LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL. MODERNAS TENDENCIAS EN EL DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO¹.

Carmen Domínguez Hidalgo

Profesora de Derecho Civil Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile y
de la Universidad de Concepción

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Sostenía el autor español Gayoso Arias en 1918 que “nadie que se precie de hombre podría o debería aceptar dinero a cambio de un dolor moral” y que “la fama y el honor son en cierto modo antitéticos de los dineros en términos que el que en estos los tase y cobre demuestra cabalmente no tenerlos y se deshonra a los ojos de todos”². En 1983, en cambio, ha podido formularse a modo de reclamo por parte del jurista francés Chartier, la pregunta de si ¿puede concebirse que en una sociedad como la actual se puedan afectar los sentimientos más elevados y nobles de los que nos rodean, de nuestro prójimo, sin que se incurra en ningún tipo de responsabilidad y que, en cambio, el menor atentado al patrimonio dé lugar a la reparación?³

Como puede observarse, en poco menos de setenta años la concepción imperante respecto del resarcimiento del denominado daño moral ha sufrido un vuelco no sólo importante sino absoluto. Esta constatación nos sugiere una pregunta obvia: ¿a qué se debe ese radical giro? A contestar esa pregunta y otras que nos sugiere la teoría actualmente desarrollada en torno a este perjuicio irá orientado nuestro trabajo.

Desde luego, cualquiera respuesta a esa cuestión debe partir por hacer una referencia, aunque sea somera, al sorprendente desarrollo experimentado por la responsabilidad civil, tanto que es frecuente que se aluda a este proceso como “el fenómeno de la responsabilidad” o incluso, como ha afirmado el jurista español Yzquierdo Tolsada, “la fiebre actual de la responsabilidad civil”⁴. Con tales expresiones quiere aludirse al creciente estudio y preocupación que tanto

¹ Este artículo consigna parte de las investigaciones llevadas a cabo con ocasión tanto de nuestra tesis doctoral titulada “El daño moral derivado de contrato”, defendida en la Universidad Complutense de Madrid en julio de 1995, aún inédita, como de los estudios realizados dentro del marco de un proyecto de investigación financiado por la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción y por Fondecyt (proyecto 1970070-97).

² GAYOSO ARIAS, “La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo”, en *Revista de Derecho Privado*, 1918, pp. 234 y ss.

³ CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, p.156.

⁴ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989, p. 1.

juristas como legisladores le han dedicado en los últimos tiempos, influidos, probablemente, por las hondas transformaciones que la jurisprudencia ha introducido a los principios en que ella se asentaba tradicionalmente.

En efecto, la transformación operada en materia de daño moral debe ser explicada, en primer lugar, a la luz de esa evolución mayor, pues es en ese contexto en el que las reticencias clásicas en contra de su resarcimiento han podido ser abandonadas por doquier, al menos en el ámbito extracontractual que no en el contractual, como observaremos más adelante.

No pretendemos abordar con ello el análisis exhaustivo de la evolución habida en general en materia de responsabilidad civil en el Derecho comparado, pues ello justificaría la elaboración de una obra de carácter general. No obstante, sí resulta pertinente insistir en la idea que aunque la enorme trascendencia adquirida por la responsabilidad encuentra su fundamento en razones muy variadas, prácticamente todas se reconducen a la mayor exposición a los riesgos que la vida moderna supone para el hombre, generando diariamente miles de accidentes y, por consiguiente, de daños y perjuicios, así como a cambios culturales que llevan a todos a negarse a soportar daños y a buscar transferir su resarcimiento a terceros.

Como ha destacado Tunc, tanto el número como el costo de los accidentes que se producen cada día en la mayor parte de los países industrializados es abismante⁵. A ello se añade la conciencia que en tales países existe, en la mayor parte de la población, de que los daños que sufren deben ser objeto de una reparación.

Es así como en esos mismos países, puede constatarse un aumento creciente tanto de las demandas indemnizatorias como del monto de las sentencias condenatorias a tal título que incluso aparecen manifiestamente sorprendentes ante el monto que las indemnizaciones alcanzan en nuestro país⁶.

⁵ TUNC, *La responsabilité civile*. Paris, 1989, pág. 1. Como destaca el mismo Tunc, en Estados Unidos 105.000 personas mueren anualmente por esta causa y más de 50.000.000 —un cuarto de la población— resultan lesionados en el mismo período de tiempo. De entre ellas, más de 11.000.000 resultan con incapacidades temporales. El costo total que todos esos accidentes supone para ese país aumentó de 30 mil millones de dólares en 1975 a 62 mil millones en 1978. Vid. TUNC, *op.cit.*, pág. 1 y ss.

⁶ Así y sólo por vía de ejemplo, en Estados Unidos, país donde por variadas circunstancias los *Torts* han alcanzado un increíble desarrollo, se han concedido sumas como las siguientes: 12 millones de dólares en 1978 para un joven lesionado a consecuencia de un accidente causado por defectos de fabricación del vehículo que conducía; 9 millones de dólares en 1980 para una mujer que, a consecuencia de una caída en una escalera eléctrica, quedó incapacitada de por vida. En Francia se han llegado a conceder a título de indemnización por daños personales: en 1978, la cantidad de 11.241.653 francos (más de 600.000.000 pesos) a una niña de dos años que quedó parapléjica después de un accidente y, en 1990, la Corte de Apelaciones de Rouen concedió por el mismo título resarcitorio 11.255.346 francos a un joven que resultó tetrapléjico después de un accidente de tránsito y de los cuales la mayor parte iba destinada a cubrir los gastos médicos de la víctima. Ambos casos forman parte de las condenas más elevadas que se han alcanzado en ese país. En Inglaterra, en 1990, se ordenó indemnizar los daños personales ocasionados a un piloto aéreo de 42 años de edad que resultó parapléjico a consecuencia de un accidente en motocicleta, fijando el tribunal la reparación en 1.571.282 libras (más de 895.000.000 de pesos). En España, las indemnizaciones han experimentado un aumento tal que sólo en 1987 crecieron en un 35,87% respecto de las mujeres y en un 29,72% para varones con relación al período anterior. Para una información acuciosa de los montos indemnizatorios alcanzados en Europa, vid. Informe MCINTOSCH y HOLMES, *Indemnizaciones por lesiones personales en los países de la C.E.E.*, Madrid, 1992; *Criterios para la valoración de los daños personales (Sistema SEAIDA A'91)*, Madrid, 1991.

La evolución experimentada por la responsabilidad civil ha llegado a transformarla por completo en términos tales que, al menos en algunos aspectos, no tiene ninguna relación con los presupuestos que la fundaban en las codificaciones decimonónicas. Tanto su estructura como su fundamento han variado substancialmente hasta el punto que, aunque en la mayor parte de tales legislaciones esos preceptos permanecen incólumes, lo cierto es que la jurisprudencia, siguiendo las tendencias anunciadas por la doctrina de cada país, ha ido paulatinamente enriqueciéndolos e incluso modificándolos substancialmente hasta conformar lo que hoy conocemos como "Teoría de la responsabilidad civil" y que, por ejemplo en Europa o en el Common Law, constituye el gran tema de estudio, tanto que algún autor ha podido decir que a quienes en el futuro les toque escribir la historia de este fin de siglo deberán destacar entre los hitos más importantes de esta época y en letras negritas "el de la responsabilidad civil"⁷.

De este modo y tal como señala Díez-Picazo, "el Derecho de la responsabilidad civil" o "Derecho de daños", como también se le conoce, de ser un tema más bien residual en el Derecho de obligaciones ha pasado a ser uno de sus más interesantes y fundamentales tópicos. Decimos residual pues, como lo ha destacado este ilustre jurista español, así parecen demostrarlo las escasas normas que en las codificaciones decimonónicas se consagraban a esta materia. Así, por ejemplo, en el Derecho francés la norma fundamental del derecho de daños la constituye el art. 1382⁹, complementado por las disposiciones siguientes, que son las últimas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos. Lo mismo sucede en la legislación civil española, cuyas reglas de responsabilidad se concentran fundamentalmente en el Título XVI del libro IV que trata de "las obligaciones que se contraen sin convenio" y cuya regla básica se contiene en el artículo 1902¹⁰. Por último, a la misma conclusión se llega en aquellas legislaciones civiles inspiradas en alguno de estos sistemas como la nuestra, con una regulación de la responsabilidad civil concentrada en 36 artículos.

Dentro de ese desarrollo, la tendencia general en el Derecho civil actual de conceder la mayor tutela posible a la persona, ha generado en el ámbito de la responsabilidad una progresiva ampliación de la categoría de daños que se consideran deben ser reparados.

2. EVOLUCION DE LA REPARACION POR DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMPARADO.

Así, de una indemnización dirigida a reparar sólo los daños patrimoniales o con contenido patrimonial como parece haber sido la idea de los Códigos

⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Madrid, 1993, p. 17.

⁸ DIEZ- PICAZO, "La responsabilidad civil hoy", en *Anuario de Derecho civil*, 1972, p. 727.

⁹ El art. 1382 del Código Civil francés dispone: "Todo hecho cualquiera del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo".

¹⁰ El art. 1902 del Código Civil español establece: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

gos dccimonónicos, se admite en la actualidad, sin lugar a dudas, que ella debe extenderse a los llamados daños extrapatrimoniales o morales. Ello implica que el concepto de daño reparable, tradicionalmente circunscrito al perjuicio de carácter pecuniario, se ha extendido para incorporar a aquellos que carecen de tal contenido.

Lo anterior no significa, como lo afirman Mazeaud y Tunc, que la cuestión del daño extrapatrimonial sea una cuestión nueva sino que se ha planteado "desde siempre"¹¹. Así, se suele reseñar el testimonio de Ihering, quien afirma que en el Derecho romano, en su último estado, se concedían varias acciones de defensa y reparación de vulneraciones que afectaran sentimientos íntimos o el honor tales como *vera rei estimatio*, *la affectus*, *la pietas*, etc. Lo mismo ocurría en el Derecho germánico, en el cual se reconocía el sistema de composiciones: el *Wehrgeld*, que consistía en una especie de tarifa legal por las injurias, las lesiones y que permitía la compensación de una muerte o de una injuria si mediaba un pago de una suma de dinero a la víctima o a su familia.

Antecedentes importantes de alguna consideración del daño moral los encontramos en el Código de las Siete Partidas, de Alfonso X el Sabio, en el que se da como concepto de daño: "*el empeoramiento o menoscabo que un hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro*", que parece contener un reconocimiento general del daño extrapatrimonial, aunque luego, los casos específicos tratados por la legislación alfonsina no permiten una conclusión indubitada en cuanto a una clara noción de lo que hoy denominamos daño moral.

Del mismo modo, el Derecho francés antiguo no desconocía esa índole de reparación sino que, por el contrario, hizo una larga aplicación de ese mismo principio. Prueba de ello son las variadas sentencias de los Parlamentos antiguos que recogían tal idea, como la de 3 de abril de 1685, según la cual: "Sabemos y todos los autores lo dicen que la reparación civil que se concede a las viudas por la muerte de sus maridos es dada para enjugar sus lágrimas y aportarle algunos consuelos en su dolor"¹².

No obstante y pese a que, como podemos concluir de las ideas anteriores, la idea de reparación pecuniaria del daño moral es de antigua aparición, lo cierto es que su verdadero reconocimiento sólo ha venido a producirse en los últimos decenios. Es sólo en este último tiempo que se ha perfilado un concepto más claro de lo que por daño moral debemos entender y se han fijado sus contornos de un modo más preciso, sin que por ello debamos creer que se trata de una materia en la que subsisten dudas o imprecisiones. Por el contrario, si existe un concepto que suscite polémica en la actualidad es la el daño moral, aunque se encuentra completamente admitido que su fundamento se encuentra en los derechos de la personalidad.

Aunque con algunos precedentes en el Derecho positivo, debe destacarse que esta evolución ha sido fruto esencialmente de la jurisprudencia. Es esta

¹¹ MAZEAUD y TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, vol. I, Paris, 1957. También en su versión traducida al español, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (trad. de Alcalá-Zamora y Castillo), t. I, vol. I, Buenos Aires, pág. 429.

¹² Traducción de una sentencia citada por VELICIU, *La réparation pécuniaire du dommage moral*, Paris, 1922, pág. 16.

la que por medio de sus sentencias ha venido a suplir en algunos países la falta de texto expreso que reconociere al daño moral y le regularé. En otros, ha extendido la aplicación de un texto restrictivo a casos que en principio parecerían estar excluidos de la norma legal, amparándose en la función integradora que a los tribunales les corresponde. Por eso, en un aspecto que puede parecer sorprendente, toda la teoría del daño moral se ha elaborado a partir de ciertas sentencias que por su trascendencia han modificado la concepción estricta del daño imperante a veces en la doctrina, otras en el propio texto legal. Decimos sorprendente porque en la mayoría de los sistemas, pese a la transformación operada por las sentencias judiciales, las normas relativas a la responsabilidad y al daño extrapatrimonial, en particular, no han sido alteradas y, no obstante, existe una desarrollada teoría que regula sus requisitos y contenido.

La evolución que el reconocimiento de la reparación por daño moral ha tenido en estos sistemas podría dividirse en tres etapas: una primera, que puede resumirse en una aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial en materia aquiliana, esto es del llamado "daño moral impropio". Una segunda, en la que se ha admitido para la misma esfera de la responsabilidad el resarcimiento del "daño moral puro", esto es de aquel perjuicio que no afecta ni aun indirectamente al patrimonio de la víctima. La tercera supondría el acogimiento del principio de su pleno resarcimiento en toda la responsabilidad y, por ende, tanto en materia extracontractual como contractual sin distinción y aun ampliándose la noción de daño moral a todo el ámbito de los atentados a los intereses extrapatrimoniales de la persona. Esta sería la conclusión final a la que, por imperativos de equidad y lógica jurídica, debería llegarse en toda esta evolución, aunque, como más adelante podremos constatar claramente al analizar específicamente el problema del daño moral derivado de contrato, son muy pocos los sistemas que se han atrevido a desarrollar ese principio en toda su amplitud y extensión. Esa tercera fase —según apuntaremos más adelante— no ha sido admitida sino muy tímidamente en algunos casos y en otros ni siquiera ha sido planteada, obediendo ello a razones tan variadas como el respeto a la opinión tradicional o a un determinado texto legal.

El estado de la cuestión, por tanto, depende de la familia —siguiendo la expresión de David¹³— en la que nos situemos y, dentro de ella, del sistema jurídico en el que nos centremos.

Así, por una parte, la doctrina del *Common Law* en la actualidad admite ampliamente la reparación del *non economic loss* en materia de *torts*. Decimos en la actualidad porque en un tiempo ello fue objeto de discusión, fundamentalmente por las dudas que suscitaba su falta de materialidad. En el presente, en cambio, su admisión es incuestionable, aún más cuando se ha destacado que la ciencia médica revela que los sufrimientos y las angustias mentales son daños verdaderamente físicos, al igual que una herida cualquiera¹⁴. En cambio, si del ámbito contractual se trata —pues no debemos olvidar que la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual

¹³ DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* (par C. Jauffret-Spinozi), Paris, 1982.

¹⁴ En tal sentido, GOODRICH, "Emotional Disturbance and Legal Damage", en *Michigan Law Review*, 1992, N° 20, pág. 427.

también es reconocida allí— la doctrina más común del *Common Law* pareciera ser contraria a su admisión aunque, en el fondo, la solución depende del caso en cuestión¹⁵.

En la familia de origen romano germánico la regulación de la indemnización por daño moral no es idéntica, aunque en todos los ordenamientos que la integran existe un principio de resarcimiento más o menos amplio de él.

La regulación no es idéntica pues encontramos legislaciones civiles que regulan expresamente el daño moral en sus Códigos, admitiéndole de manera amplia. Se trata normalmente de legislaciones modernas como la venezolana de 1922¹⁶ o peruana de 1984¹⁷ o que, pese a ser de larga data, han sido objeto de recientes modificaciones en materia de responsabilidad tales como la mexicana después de su reforma de 1982¹⁸, o señaladamente la argentina después de su reforma de 1968¹⁹. Mención aparte merece el Código Civil de Louisiana que, ya en su antigua versión de 1825, contenía la regla actualmente vigente en el art. 1934 del Código de 1870, según la cual: "Aunque la regla general es que los daños son el monto de la pérdida que ha soportado el acreedor o la ganancia de que ha sido privado, hay sin embargo casos en que pueden atribuirse sin calcularlos en ninguna pérdida pecuniaria que la parte haya sufrido. Así ocurre cuando el contrato fue convenido con algún propósito de conferir a alguna parte un puro goce intelectual, como los relativos a religión, moralidad, gusto, confort personal o cualquiera otra clase de satisfacción de tal orden. En estos casos, pese a que tales cosas no hayan sido valuadas en dinero por las partes, se debe no obstante indemnización por el incumplimiento de la obligación. Un contrato cuyo propósito es una fundación religiosa o caritativa, una promesa de matrimonio, la obligación de realizar un trabajo en cualquier arte, son ejemplos de casos en que esta regla puede ser aplicada...". Como se ha resaltado, esta norma sólo puede explicarse a partir de Toullier, de la cual provenía, que sostenía que la ruptura de una promesa de matrimonio ha de dar lugar a daños, a pesar de la dificultad de evaluación, y no obstante la opinión contraria de la época.

¹⁵ Así, véase PROSSER y KEETON, on *The Law of Torts* (3a de.), St. Paul, Min, 1964, pág. 665 y DAVID y PUGSLEY, *Les contrats en Droit anglais*, Paris, 1985, pág. 335.

¹⁶ El art. 1196 del Código Civil venezolano dispone en su primera parte: "La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima, en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o las de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto a la parte lesionada".

¹⁷ El art. 1322 del Código Civil peruano establece: "El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, es también susceptible de resarcimiento". Además su art. 1984 contenido en la sección de responsabilidad extracontractual señala que: "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia".

¹⁸ Después de la reforma, el art. 1916 del Código Civil mexicano señala que: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás". Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que haya causado un daño material tanto en la responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al art. 1913".

¹⁹ La Ley 17.711 de 1968 introdujo un nuevo texto al art. 1078: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima".

Sin embargo, los casos anteriormente citados constituyen ciertamente una excepción dentro del panorama jurídico de esta familia pues, en general, los derechos que la conforman carecen de una regulación de la categoría de daño en estudio, aun más, no existe en ellos mención expresa al daño moral. Así ocurre muy particularmente en aquellos países que tiene Códigos Civiles decimonónicos, pues estos durante mucho tiempo ignoraron esta clase especial de daño. Su reconocimiento no ha sido sino una conquista de este siglo, lograda gracias al denominado "poder creador de la Jurisprudencia", siguiendo la expresión del insigne maestro francés Boulanger.

En uno y en otro caso, claro está, la evolución ha sido semejante con la diferencia de que, en unos países, la recepción del resarcimiento del daño moral ha motivado una reforma legislativa y, en otros, en cambio, esa reforma se ha considerado innecesaria atendida la amplitud de los términos utilizados en las reglas resarcitorias contenidas en sus codificaciones.

El primer país en iniciar el cambio interpretativo será Francia, donde ni el *Code* ni los otros cuerpos legales contenían ninguna norma que hiciera referencia expresa a esta clase de perjuicio ni menos aún a su admisibilidad o no dentro del concepto de daño resarcible. Por ese motivo, la decisión de esta cuestión ha sido exclusivamente abordada por los tribunales ante una doctrina que, desde un principio, se mostraba dividida.

Es así como, compelida por razones de justicia, la jurisprudencia civil se mostrará proclive a la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales cuando resultaban de un hecho constitutivo de delito, siguiendo con ello la tendencia de los tribunales penales que desde hace ya un tiempo lo indemnizaban. Rápidamente se extenderá este mismo criterio a estos mismos perjuicios cuando derivan de un ilícito civil. En efecto, por sentencia de 15 de junio de 1833 se abrían las puertas a su reparación tras la declaración del procurador general Dupin ante las Cámaras reunidas de la Corte de Casación de que "... el error capital en todo este asunto es el de creer que no existe sino un perjuicio", tras lo cual ordenaba indemnizar un daño que —curiosamente— no constituía un verdadero daño moral sino uno común como lo era el causado a todos los farmacéuticos del departamento de la Seine por el ejercicio ilegal de esa profesión por parte de los demandados.

Como ha sostenido la doctrina, Dupin introdujo el concepto de daño moral para permitir la indemnización de un perjuicio que los farmacéuticos, en verdad, no podían justificar pues tomando las palabras de Esmein "se ha visto que cuando los tribunales estiman que es necesaria una sanción y que los hechos no les permiten cifrar la indemnización sino en un monto que les parece insuficiente o no les permiten conceder ninguna indemnización, atribuirle a la indemnización el carácter de perjuicio moral"²⁰.

Siguiendo a Rodière puede decirse que el paso de los delitos a los cuasidelitos se produjo sin que hubiera una toma de conciencia, pues la indemnización del daño moral aparecía como naturalmente ligada a la idea de responsabilidad por culpa que imperaba en la época²¹. Es así como paulatinamente los tribunales irán desechando uno a uno los variados argumentos

²⁰ ESMEIN, *Juris Clossueur* P, 1962, 12557.

²¹ RODIERE, *La responsabilité civile*, Paris, 1952, pág.221.

que en contra de esta reparación se habían esgrimido, tales como su imposibilidad para ser apreciado en dinero, la inmoralidad que suponía “poner precio a los sentimientos”, o en la célebre expresión de Morange “agitar monedas con las lágrimas”²², la arbitrariedad implícita en su evaluación y resarcimiento o la clásica idea de que las reglas indemnizatorias eran propias de los daños materiales y no podían ser aplicadas a los perjuicios morales.

Por el contrario, se resolverá que aunque es cierto que los redactores del Código Civil al escribir el capítulo de los delitos y cuasidelitos no vieron el problema, el art. 1382²³ por lo general de sus términos se aplica tanto al daño moral como al daño material²⁴. Asimismo se superará la dificultad implícita en su evaluación y reducción a dinero a través de la tesis de que la indemnización en este caso, si bien no puede cumplir con su función de compensación, puede al menos servir de satisfacción, en el sentido de que con ella puede la víctima procurarse alegrías y goces que le permitan aliviar su dolor o sufrimiento.

De esta forma se desencadenará, con el transcurso del tiempo, una evolución del concepto y de los casos en que se concede esta reparación que prácticamente no conocerá límites. Toulemon ha descrito este proceso, en términos no exentos de chauvinismo, diciendo que: “es honor de la jurisprudencia francesa y de sus autores haber sabido deducir, a medida de la evolución de las costumbres, de los gustos, de las necesidades, las fuentes de reparación de las clases más diversas y que tenían incidencia sobre la persona. Expresión de una nación civilizada, la jurisprudencia francesa muestra que nosotros concedemos un precio incomparable a la vida humana”²⁵.

En verdad, a partir del principio fundamental de respeto a la persona, los Tribunales franceses han justificado el resarcimiento de cualquier daño que se le cause a la integridad por el hecho de otro, elaborando una desarrollada teoría sobre el daño moral que no reconoce parangón en ningún otro sistema.

Por otro lado, su influencia sobre los demás sistemas cuyas codificaciones civiles se inspiraron en el *Code* será innegable. Es así como, paulatinamente, se irán abandonando en ellos los argumentos antes referidos, que también habían sido recepcionados, para admitir su indemnización en sede aquiliana. Así, por no citar sino algunos ejemplos, sucederá en Chile en 1907²⁶ o en España en 1912, bajo la idea de daño moral impropio²⁷ y, en

²² “Battre monnaie de ses larmes est une étrange alchimie” es la expresión en francés formulada por MORANGE en D. 1962, chr., pág. 15 y que en el presente es utilizada por la doctrina francesa para aludir a las objeciones de tipo moral esgrimidas en contra de la reparación del daño moral.

²³ El art. 1382 del Code dispone: “Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa se ha producido a repararlo”.

²⁴ En este sentido, entre otras, Civ. 13 de febrero 1923, D.P. 1923, I, pág. 52, nota LALOU.

²⁵ TOULEMON, “La mathématique et la valeur de la personne humaine”, *Gazette du Palais*, 1964, referida en TOULEMON y MOORE, *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, Paris, 1968, págs.28 y ss.

²⁶ Así, sentencia de la Corte de Santiago de 27 de julio de 1907, Rev. de Der. y Juris., t.4, secc. 2ª, pág.139.

²⁷ En efecto, la primera sentencia que acogerá la indemnización por daño moral en España es de 6 de diciembre de 1912 en la que el Tribunal Supremo ordenará reparar con 150.000 pesetas el atentado al honor cometido contra una joven a quien se había imputado a través de un periódico tener “escandalosa sucesión” con un profesor, información que resultó ser falsa. De entre las variadas fundamentaciones esgrimidas por el máximo tribunal conviene resaltar,

1917, en una de daño moral puro al indemnizarse "el menoscabo causado en la fama y reputación profesional del médico demandante" al expulsársele injustificadamente de su Colegio profesional²⁸.

Su admisión en la esfera extracontractual se verá en todos favorecida por la amplitud de los términos empleados por los legisladores decimonónicos que permitirán fácilmente decir en Chile que el art. 2314 comprende el daño moral en la expresión "todo daño" o que lo mismo autoriza el art. 1902 en España.

A partir de esos instantes, la doctrina del reconocimiento del daño moral en el ámbito aquiliano se verá repetida incesantemente, hasta el punto que bien podríamos decir que forma parte de aquellas verdades jurídicas que nadie está dispuesto a cuestionar.

3. EVOLUCION DE LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL EN CHILE

Ahora bien, forzoso es reconocer que esta tendencia no ha sido recepcionada en nuestro país con la intensidad que ha alcanzado en otros sistemas, según venimos de resaltar. Y ello resulta curioso pues la evolución antes reseñada no ha sido exclusiva a los países desarrollados sino también a algunos de nuestro mismo desarrollo económico o al menos semejante como Argentina o México.

En efecto, aunque las sentencias que a diario se dictan sobre esta materia en Chile son muy numerosas, son muy pocos los estudios que se han efectuado sobre ella. En este sentido y sin temor a incurrir en una exageración bien puede decirse que la mayor parte de los litigios que se plantean en cuanto a la responsabilidad extracontractual ante nuestros tribunales son resueltos única y exclusivamente a partir de las enseñanzas contenidas en la conocida obra de Alessandri de 1943²⁹. Si se trata de la responsabilidad contractual son también enseñanzas tradicionales las de Alessandri o Gatica Pacheco³⁰.

Sin embargo, ninguna duda cabe de que muchos de los principios contenidos en esas obras requieren de una urgente adaptación si se les contrasta con las tesis actualmente defendidas en el Derecho extranjero. Y lo que es aún más grave si se les contrasta con las numerosas modificaciones que el desarrollo económico ha supuesto y supone para nuestro país.

en cuanto manifiesta una aceptación del daño moral impropio, la de que "la honra, el honor y fama de una mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, puesto que, aparte de que con ello se la incapacita para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, el daño sufrido es de naturaleza tal que, de no precaverse o corregirse, privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal". Vid. en cuanto a este sentencia los comentarios de DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1979, págs.110 y ss. y de YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil...*, op. cit. págs. 198 y ss.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1917.

²⁹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago de Chile, 1943. También su última edición por la Edit. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda, 1983.

³⁰ GATICA, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago, 1959.

En efecto, nadie puede desconocer que Chile ha sufrido grandes transformaciones económicas. Esta es una constatación que todo chileno mayor de cincuenta años se encuentra en condiciones de atestiguar. Y hablar de desarrollo económico supone hablar de desarrollo industrial, de mejora en las condiciones de vida, de llegada al país de numerosos avances tecnológicos, de incorporación a la vida diaria del chileno de una serie de actividades antes desconocidas, si no para todos, para un gran segmento de la población o incluso algunas para toda ella y que entrañan claramente un aumento de sus situaciones de riesgo: empleo cotidiano de medios de transportes, exposición continua a deterioros del medio ambiente, lesiones irreparables ocasionadas por equipos médicos o quirúrgicos, aumento alarmante de los vehículos participantes en accidentes de tránsito³¹ y de todas sus secuelas, tales como muertes y lesiones, entre otras.

Frente a tales transformaciones, los criterios tradicionalmente empleados en nuestro sistema para solucionar los problemas en materia de responsabilidad resultan anticuados, pues ellos permanecen fieles a las clásicas interpretaciones propuestas a los códigos decimonónicos, por ejemplo en Francia o en España. Y estas, abandonadas en gran parte en tales países, siguen vigentes en el nuestro.

Con todo, algunas visos de innovación o de intentos de adaptación en esta materia pueden encontrarse en nuestro sistema. Todos pueden encontrarse fundamentalmente en nuestra jurisprudencia, pues las reformas legislativas en este ámbito son prácticamente inexistentes y la doctrina, con honrosas excepciones, no se ha interesado mayormente en su estudio³². Por lo demás, nada ha de extrañar esta forma de evolución, ya que ella es coincidente con la adoptada inicialmente en la mayor parte de los sistemas jurídicos que hoy poseen una acabada teoría de la responsabilidad. Todos además se han producido en época reciente y, por lo mismo, anuncian, tal vez, un inminente giro interpretativo al respecto.

³¹ Las cifras relativas a accidentes de tránsito son, por decir lo menos, alarmantes. Por ejemplo, según informes de la SIAT, en 1994, 55.419 vehículos resultaron dañados, 41.646 lesionados (8.231 con lesiones graves), 1.762 muertes. En 1995, 63.574 vehículos resultaron dañados, 45.829 lesionados (8.830 con lesiones graves) y 1.890 muertes. Los vehículos participantes en los accidentes de tránsito aumentaron de 69.889 en 1994 a 79.292 en 1995, lo que representa un aumento del 13,45%. Los tipos de vehículos que registraron porcentualmente una participación mayor en los accidentes, en comparación al año anterior, fueron los autos, camionetas y buses.

³² Entre otras, merecen ser destacadas las de TOMASELLO, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Santiago, 1969; FUEYO, *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad*, Mérida, 1972, también en *Instituciones de Derecho civil moderno*, Santiago de Chile, 1990 y *El cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago de Chile, 1991; DOMINGUEZ AGUILA, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1990, N° 188, págs. 125 y ss., también comentarios de jurisprudencia en conjunto con DOMINGUEZ BENAVENTE, misma *Revista*, 1994, N° 196, págs. 155 y ss. y con DOMINGUEZ HIDALGO, misma *Revista*, 1995, N° 198, págs. 196 y ss.; DIEZ SCHWERTER, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, 1997; ELORRIAGA, "Configuración, consecuencias y valorización de los daños corporales", en *Cuadernos Jurídicos N° 1*, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 1995.

3.1. *Progresiva ampliación de la categoría de daños indemnizables.
En particular, reconocimiento del daño moral en plenitud*

☛ Paralelamente a la colectivización de las actividades humanas que transforma, según algunos prácticamente en máquinas a los que en ella trabajan, la sociedad ha ido concediendo cada vez mayor importancia a la persona y a los derechos, valores y atributos de que se encuentra revestida. Esta tendencia, común a todo el Derecho civil del presente, ha generado en el ámbito de la responsabilidad una progresiva ampliación de la categoría de daños que se consideran deben ser reparados y, en particular, ha llevado al reconocimiento del daño moral en plenitud. A esta evolución no ha permanecido ajeno nuestro sistema, y, aun más, siguiendo las mismas etapas perceptibles en todos los países de Derecho civil codificado donde esa especie de reparación se encuentra ampliamente aceptada en todos los ámbitos de la responsabilidad civil.

~~☛ En efecto, un examen de nuestra jurisprudencia revela que la admisión del daño moral como perjuicio susceptible de ser indemnizado es bastante antigua, a pesar de que el Código Civil no la comprendía expresamente.~~

La evolución experimentada en el ámbito delictual es admirable si consideramos que, en el siglo pasado, a partir de la vigencia del Código, no figuraban en los repertorios jurisprudenciales casos de tal indemnización. Cuando se trataba de accidentes, preferentemente causados por tranvías o por el ferrocarril, con resultado de muerte o lesiones, se ordenaba la indemnización de la pérdida causada a la víctima o a los parientes cercanos que dependían de ella. No se trataba, sin embargo, sino de una forma de daño patrimonial, tal como lo era la pérdida del sustento que la víctima obtenía o procuraba a sus deudos. Curiosamente, no obstante, esa reparación se hacía la más de las veces mediante la simple fijación de una suma que se estimaba equitativa sin que apareciera, en muchos casos, ninguna prueba relevante para su cálculo, aunque poco a poco se va a insinuar que la fijación ha de tener en cuenta lo que la víctima directa podía ganar y el tiempo probable de la vida laboral que le quedaba³³. Con todo, se estaba lejos aún de la consagración del daño moral puro.

En los primeros años de este siglo, paulatinamente, y sin especiales consideraciones doctrinales, aparece el daño moral en las sentencias bajo la forma del dolor o aflicción que causa la muerte o las lesiones. En este sentido, ya en 1907 se reconoce el daño moral, bajo la idea de sentimiento y valor de afección³⁴. En sentencias posteriores, la cuestión se manifiesta claramente decidiéndose directamente por la Corte Suprema que el daño moral es indemnizable en el ámbito delictual³⁵.

A partir de entonces, la admisión de esta especie de perjuicio en casos de responsabilidad extracontractual es tan clara, que sería imposible volver a

³³ En tal sentido, por ejemplo, se pronuncian las sentencias de la Corte Suprema de 22 de septiembre de 1905 y 10 de octubre de 1906, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 3, sec. 1ª, págs. 124 y 412, respectivamente.

³⁴ Lo reconoce de esta forma la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 27 de julio de 1907, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 4, sec. 2ª, pág. 139.

³⁵ En especial, a partir de la sentencia de 16 de diciembre de 1922, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 21., sec. 1ª, págs. 1053 y ss.

citar sentencias relevantes en esta materia, aunque merece destacarse la de 3 de junio de 1973, que contiene lo que es la doctrina jurisprudencial ya firme: "Los arts. 2314 y 2329 del Código Civil ordenan indemnizar todo daño... Conforme a la doctrina, daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial"³⁶.

Por lo demás, parece imposible sostener en el presente una tesis contraria a su reparación dentro del contexto del ordenamiento jurídico chileno. Por lo pronto, el marco constitucional actual favorece toda interpretación amplificadora de la tutela personal al consagrar, como primera garantía, en el artículo 19 "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona" (N° 1) y "el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia" (N° 4) y a cuyo respeto están obligados todos los ciudadanos, todos los poderes del Estado y, por ende, todos los tribunales³⁷. Esta es una conclusión que se impone a partir del art. 6 de la Constitución que consagra lo que algunos denominan el principio de legalidad constitucional, en conformidad al cual, toda autoridad ha de obedecer primeramente la norma constitucional y ha de someterse a ella.

Un caso concreto de aplicación de este principio es el que, ante la violación de alguna de las esferas de la personalidad a que se refiere la norma constitucional (honor, integridad física o psíquica, intimidad, etc.), los tribunales deban conceder la adecuada reparación de los perjuicios a que ello ha dado lugar, como una forma de garantizar la efectiva protección de tales aspectos. Y esa reparación puede comprender sin problema alguno los daños morales, puesto que el texto constitucional no lo impide en esta materia, a diferencia de otras donde ha limitado expresamente la reparación a los daños patrimoniales como en el art. 19 N° 24 inc. 3.

Bien podría sostenerse, al igual que se ha defendido en España por Roca Juan, que la Constitución contiene una cierta *Drittwirkung* en la calificación de un valor constitucional —en este caso el de la persona— como bien jurídico" protegido en sede del art. 1902³⁸, en nuestro caso del art. 2314. Esto supone, además, la exigencia permanente para el Derecho civil de someter a una continua revisión la protección que concede a la persona desde que ese es un principio rector del ordenamiento jurídico³⁹.

³⁶ Corte Suprema, 3 de junio de 1973, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 7, secc. 4ª, pág. 75.

³⁷ Estas no son las únicas disposiciones que guardan interés en cuanto al daño moral puesto que, en otras, se hace expresa referencia a este. Así, por ejemplo, el art. 19 N° 7 letra ordena que "Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución de la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia". Esta norma se encuentra, como es sabido, reglamentada por un Autoa cordado de la Corte Suprema de 3 de agosto de 1983, D. Oficial de 11 de agosto de 1983.

³⁸ ROCA JUAN, "Sobre el deber general de respeto a la persona", en Anuario de Derecho Civil, 1986, pág. 776.

³⁹ Vid., en este sentido, VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, 1994, pág. 26 y la bibliografía que cita al respecto.

IX - OK

~~Nadie puede discutir entonces, en el presente, la procedencia de la indemnización por daño moral en sede aquiliana en nuestro país.~~ Por el contrario, su admisibilidad constituye un principio resarcitorio básico en la responsabilidad civil extracontractual, en términos tales que resulta imposible reseñar alguna decisión judicial que se aparte de esa orientación. Más aún, dadas tanto la frecuencia como la facilidad con que esta especie de perjuicio se concede, que bien puede sostenerse que esta es una categoría cuya mera invocación abre las puertas a un resarcimiento⁴⁰. Tal es así que nuestra jurisprudencia ha atenuado al máximo la prueba exigida al respecto, estableciendo incluso verdaderas presunciones de daño moral o un verdadero relevo de prueba, por lo demás enjuiciable, para el caso en que este rubro sea invocado por los parientes de la víctima.

Se trata asimismo de una evolución susceptible de juicios ambivalentes pues, por un lado, no ha alcanzado indudablemente ciertos grados de desarrollo logrados en derechos donde este rubro resarcitorio constituye una conquista antigua como, por vía de ejemplo, en Francia o en USA, y tales como la elaboración de un verdadero catálogo de perjuicios extrapatrimoniales comprensivos en la categoría amplia del daño moral o como la elaboración de baremos orientadores para los tribunales en la tarea de evaluación.

Además las sumas concedidas habitualmente por este rubro todavía no alcanzan la entidad adquirida en esos mismos sistemas donde constituye uno de los rubros más importantes de la condena pecuniaria. Con ello no pretendemos sostener que el otorgamiento de sumas abultadas o excesivas constituya un objetivo final de la reparación por este concepto. Simplemente se pretende resaltar la lentitud de la transformación habida en este aspecto, siendo todavía muy frecuente en Chile que la vida de una persona, la lesión a su integridad física o psíquica o a su honor sea "compensada" en teoría con sumas que, en la práctica, son inferiores a las que se conceden por los daños experimentados por el vehículo que conducía o, más en general, por perjuicios de tipo económico que ni siquiera son esenciales para el desarrollo de su oficio o profesión. Ello puede revelar una falta de conciencia acerca de la importancia y trascendencia de los derechos que se encuentran conculcados o comprometidos que no podemos sino rechazar.

Por otro lado, en cambio, puede afirmarse que ha alcanzado soluciones aún no decantadas en el Derecho extranjero, como cuando se ha decidido que la indemnización por esta especie de perjuicio no depende de la edad de la víctima o de su "capacidad para percibir la magnitud de la tragedia", en palabras de nuestro máximo Tribunal⁴¹. De este modo, nuestra jurisprudencia ha resuelto una cuestión ampliamente discutida en países más desarrollados en materia de responsabilidad civil, en particular en Francia e Inglaterra, aclarando con ello cuál es el verdadero fundamento de la reparación por daño moral que descansa en la sola condición de persona de la víctima y no en su conciencia o percepción del dolor o atentado que se le causa. Se enmarca así en la tendencia doctrinaria y jurisprudencial más moderna que considera a este rubro resarcitorio como uno de los instrumentos más eficientes de protección de la persona y de sus derechos.

⁴⁰ En tal sentido, DOMINGUEZ AGUILA, Consideraciones..., *op. cit.*, pág. 155.

⁴¹ La expresión pertenece a la sentencia de nuestra Corte Suprema de 11 de abril de 1995, por la cual concedió una reparación por daño moral a dos menores -de tres años y seis meses respectivamente- causado por la muerte de su progenitor. *Vid.* nuestro comentario de esta sentencia en Revista de Derecho Universidad de Concepción, 1995, N° 198, págs. 196 y ss.

3.2. *Problemas pendientes. Su solución a la luz del derecho comparado*

La evolución de la responsabilidad civil en Chile en el presente siglo ha llevado a reconocer y elevar al rango de una de sus premisas básicas la procedencia de una reparación por daño moral, lo que constituye, ciertamente, una admirable conquista en la batalla por mejorar la tutela personal. Sin embargo, subsisten en nuestra teoría del daño moral, una serie de vacíos y de problemas cuya solución aún no es nítida. Entre ellos, nos interesa abordar, en esta oportunidad, los producidos por la ausencia de una noción exacta de esta clase de perjuicio y el de la extensión de la responsabilidad por daño moral al ámbito contractual.

3.2.1. Concepto

La precisión del exacto contenido del daño moral es una cuestión ciertamente pendiente en nuestra jurisprudencia y doctrina, aunque en ello no hace sino incorporarse al estado general de este problema en el Derecho comparado. En efecto, aun después de transcurridos varios años desde que el principio de reparación de este daño —al menos en el ámbito extracontractual— ha sido acogido, no es posible encontrar consenso en este punto. Bien podríamos incluirle, en este sentido, en esas “ideas esenciales que se resisten a la definición” que destacaba para todo orden de investigación CAPITANT⁴².

Y es que, ciertamente, la precisión de una noción de daño moral encuentra su dificultad en la confluencia de una serie de factores que la agravan de manera importante.

Así, por lo pronto, ~~no existe ni siquiera unanimidad terminológica para referirse a esta clase de perjuicio.~~ La denominación más usual en la mayor parte de los sistemas romano-germánicos (España, Chile, Argentina, México, entre otros) es la de *daño moral*, siguiendo la nomenclatura francesa que opone al daño material el moral. Otros, como en Italia, le denominan *daño no patrimonial*, *daño inmaterial* en Alemania o aun *daño no pecuniario* (*pecuniary loss*) como acontece en el Common Law. Y si se trata del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual, los adjetivos empleados son también variados: *daño moral contractual*, *daño moral derivado de incumplimiento*, *daño moral derivado de contrato*.

Esta diversidad terminológica no es meramente anecdótica sino tremendamente reveladora de la complejidad que presenta esta noción en cuanto supone, por esencia, confrontarla con otra categoría, en principio antagónica, como es la de daños patrimoniales o materiales. Esta distinción teóricamente nítida es, en la práctica, bastante más oscura desde que los alcances económicos del perjuicio calzan mejor con el efecto del daño que con el daño mismo. Así, la pérdida de un bien o derecho no patrimonial puede producir consecuencias económicas importantes, como lo pone de manifiesto el ejemplo doctrinario clásico de la pérdida de un miembro importante de la víctima cuyas secuelas en su capacidad laboral y posibilidades de remuneración son más que evidentes. Y lo mismo puede demostrarse en el sentido inverso, esto

⁴² CAPITANT, Prefacio al *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* de MAZEAUD y TUNC, t. I, Buenos Aires, 1961, pág. XXII.

es que los daños materiales pueden perfectamente causar pesar o aflicción, como la pérdida de algún bien que trae recuerdos de familia.

Por otra parte, conviene tener presente que la precisión conceptual tiene una trascendencia no sólo didáctica sino práctica, aunque con distinta intensidad en cada sistema jurídico. En efecto, resulta imprescindible en aquellos derechos que, pese a admitir ampliamente la reparación del daño patrimonial, restringen la indemnización del daño moral como sucede en Italia o en Alemania o, incluso la rechazan en ciertos casos, como sucede entre nosotros con la indemnización por causa de utilidad pública que, en conformidad al art. 19 N° 24 de la Constitución, sólo comprende la reparación del daño patrimonial efectivamente causado. En cambio, deviene menos urgente en aquellos derechos que admiten una concepción muy amplia y genérica del daño como en España, Francia o, en términos generales, en Chile. Sin embargo, aun en estos últimos tiene importancia delimitar esta noción si tenemos presente que las modalidades de apreciación de lo no patrimonial no podrán ser nunca las mismas que de lo patrimonial, por naturaleza susceptible de mayor precisión.

No es de extrañar entonces que, por todos los motivos expuestos, la variedad de concepciones doctrinales y jurisprudenciales propuestas sea absoluta, pues van desde quienes les niegan toda autonomía al daño moral incluyéndole en otras categorías de perjuicios hasta quienes los configuran como una categoría de perjuicios muy amplia y que, por ello, comprende a su vez varias subespecies.

Con todo, alguna evolución puede percibirse en la materia, aunque con la prevención de que ella es perceptible de manera nítida, principalmente en sistemas derivados del Código Civil francés.

Así, resulta inadmisibile en el presente toda concepción que circunscriba el daño moral a las consecuencias no económicas del perjuicio patrimonial desde que, como se ha advertido, la tutela de los bienes e intereses extrapatrimoniales se justifica por sí misma. Este es precisamente uno de los grandes progresos de la evolución habida en general en materia de responsabilidad civil.

Tampoco prestan ninguna utilidad todas aquellas nociones que, afirmando la autonomía del daño moral, le definen de forma negativa, por contraposición al daño patrimonial, esto es, en síntesis, aquellas que entienden que la clase de perjuicio en estudio está constituida por *todo lo que no es patrimonial*⁴³.

Absolutamente superada está también aquella tesis que identifica daño moral con el *pretium doloris* o *pecunia doloris*, esto es, según las palabras de Scognamiglio, con "los dolores, las turbaciones psíquicas que derivan del quebranto padecido". Curiosamente, esta es la concepción mayoritariamente acuñada en nuestra jurisprudencia, como puede percibirse en las siguientes definiciones dadas por nuestros tribunales: "daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más cercanos"⁴⁴ o "daño moral consiste en el

⁴³ Era la concepción defendida por DE CUPIS para el cual "daño no patrimonial es en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial...", DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, (trad. De Martínez Sarrión), Barcelona, 1975, pág. 124.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 70, secc. 4°, págs. 65 y 67.

dolor psíquico, y aun físico —en sufrimientos, en general— que se experimenta a raíz de un suceso determinado⁴⁵.

En efecto, sin perjuicio de reconocer la utilidad que esta noción ha representado para la teoría del daño moral, puesto que ciertamente es la sensibilidad ante el dolor ajeno que ella pone de manifiesto la que ha presionado, al menos desde un punto de vista psicológico, en favor de la concesión de algún tipo de reparación ante tal tipo de perjuicios. No obstante, ella se revela como excesivamente estricta en cuanto no permite explicar las indemnizaciones que, en concepto de perjuicio moral, se conceden ante la violación de bienes tan importantes como el honor o la intimidad personal o familiar o, más en general, de los atributos de la personalidad. Allí, en verdad, la reparación se concede porque significan un quebranto de los atributos de la personalidad que el Derecho tutela, con independencia de que produzcan o no una repercusión psíquica en el perjudicado. En otras palabras, el solo menoscabo efectivamente acreditado de esos bienes genera el derecho a obtener una reparación por parte del perjudicado, al margen de sus consecuencias espirituales.

Frente a los defectos que presenta esta concepción —la que dio inicio a la evolución— se han propuesto una serie de otros criterios que simplemente enumeramos, por orden cronológico de aparición, pues su análisis en particular excede los límites de un trabajo como este: daño moral como menoscabo de un derecho extrapatrimonial, como menoscabo a los bienes de la personalidad, como “modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, provocada por la lesión a un interés distinto de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial” (que constituye la concepción más desarrollada en la civilística argentina pero que, como puede percibirse, es extremadamente confusa), como una especie de daño patrimonial, etc. Y no continuamos con la enumeración, pues podríamos seguir casi indefinidamente. En efecto, frente a cada nueva tesis surge la crítica y, con ello, la necesidad de proponer una nueva, con lo que la creación en esta materia es infinita.

En verdad, nuestra opinión es que ante la variedad de criterios propuestos para precisar el contenido del perjuicio, en principio opuesto al daño patrimonial, ante la diversidad de nomenclaturas empleadas para referirse a él y, después de revisados los intentos más importantes de definición propuestos desde su creación, estudio efectuado con ocasión de mi tesis doctoral, varias constataciones resultan ostensibles.

En cuanto a la nomenclatura, aunque el rigor teórico pareciera aconsejar el abandono del adjetivo “moral”, inductivo a entender tal perjuicio como de orden espiritual, su empleo habitual en las sentencias, en los comentarios doctrinales o en las propias leyes, recomienda su mantenimiento, como denominación universalmente conocida, a condición de que se emplee en un sentido amplio: equivalente al daño extrapatrimonial o no patrimonial.

Asimismo, si el daño moral encuentra su origen en el incumplimiento de un contrato preferimos hablar de perjuicio —“derivado de contrato” antes que de daño moral contractual, dado que su naturaleza es única: lo contractual no

⁴⁵ Corte Suprema, 19 de octubre de 1979, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 76, sec. 4°, pág. 444; Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda de 11 de julio de 1984, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 81, pág. 175.

es aquí calificativo, sino circunstancial. Con el accidente queda incumplido el contrato de transporte, por ejemplo, y de resultas de ello el viajero exige indemnización por el daño inferido en su integridad física. Las diferencias que existen según que el perjuicio se produzca en sede contractual o en la extracontractual son particularidades derivadas de su régimen legal, y nunca alteraciones de su esencia.

En cuanto a su contenido, por otra parte, los esfuerzos por dar una definición absoluta del daño moral se han revelado infructuosos y aun podríamos decir que son inútiles. Por un lado, porque la tendencia más acusada del Derecho contemporáneo es la reparar todo daño, incluso hasta la exageración, de suerte que una delimitación estricta resulta muy difícil. Por otro, porque en verdad se trata de una *noción esencialmente relativa*, en estricta dependencia con el nivel de tutela jurídica que se estima indispensable conceder a la persona. Bien puede resumirse esta idea en la *premisa de que a mayor conciencia social de esa protección, mayor número de hipótesis serán consideradas como de daño moral*.

Por lo mismo, su definición ha de ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño a la persona ~~en sí misma~~ física o psíquica— como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, esto es ~~en~~ como *todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente*.

3.2.2. Reconocimiento del daño moral derivado de contrato.

Si la afirmación de que no ha habido grandes dificultades para acoger a la clase de perjuicio en estudio en sede extracontractual en Chile es indudablemente cierta, la afirmación contraria es igualmente válida para el ámbito contractual donde tanto nuestra doctrina como ~~jurisprudencia~~ ha mayoritariamente ~~desechado su admisibilidad, principalmente fundados en una interpretación excesivamente restrictiva de nuestras reglas civiles resarcitorias, argumento sobre el cual ya volveremos~~. Esta lectura contrasta abiertamente con la tendencia ~~comparada~~ claramente proclive a su reparación.

3.2.2.1. La admisibilidad de una reparación por daño moral derivado de contrato en el Derecho comparado.

Bien es cierto que un estudio detenido de este problema desde la óptica comparada nos muestra que el daño moral derivado de contrato recibe, en la actualidad, un tratamiento muy variado en los distintos sistemas jurídicos que se han preocupado de él e incluso, en alguno de ellos, su resarcimiento es aún negado. De aquí que ni siquiera al día de hoy, pueda afirmarse que existe un principio de reparación del daño moral derivado de contrato de validez universal como, por lo demás, tampoco puede hacerse respecto del daño moral extracontractual, según hemos visto.

Por el contrario, el estudio de las distintas familias jurídicas nos revela notables diferencias entre el estado actual de esta cuestión en los Derechos pertenecientes al *Common Law* con los que, por razones históricas y formales, pertenecen a los llamados Derecho romano-germánicos. Es más, la variedad dentro de estos últimos es absoluta, de forma tal que podemos encontrar unos que reconocen el daño moral en forma análoga al delictual, otros que lo

admiten restrictivamente e incluso algunos que se niegan absolutamente a su reparación, como ocurre señaladamente con nuestro sistema.

Esta pluralidad de opciones a que hacemos referencia no puede extrañarnos puesto que, como ya se ha apuntado, la responsabilidad civil es una materia que ha experimentado una sorprendente evolución y que sigue sometida a un constante desarrollo. Este proceso ha estado y sigue ligado a la progresiva necesidad social de amparar ciertos intereses de determinados sujetos de derecho que se consideran jurídicamente más débiles. Prueba de ello es lo que ha sucedido con la responsabilidad del empleador por los accidentes laborales de sus trabajadores, con la responsabilidad del fabricante por los perjuicios causados a los consumidores en razón de una producción defectuosa del primero y, muy señaladamente, con la propia responsabilidad por daño moral en materia extracontractual que no ha sido posible sino hasta que el Derecho civil se ha decidido a amparar todos los intereses de la persona y en toda su extensión. Es a este mismo proceso al que se encuentra sometida la responsabilidad por daño moral derivado de contrato en la actualidad, de forma que ella está indudablemente ligada con la sensibilidad que cada derecho tiene frente a la protección de los derechos e intereses extrapatrimoniales, la que por estar sujeta a una serie de factores sociales condicionantes, es esencialmente variable en cada sistema. Es en este sentido precisamente que se ha podido decir que la reparación por daño moral es una cuestión de política legislativa, opinión que desde luego no compartimos, pues, como se puso en evidencia en Francia con ocasión de la discusión del proyecto Tunc sobre accidentes de tráfico, esta clase de perjuicio es una manifestación más del principio fundamental de respeto a la persona humana.

Sin embargo, ese mismo estudio nos demuestra que, en el presente, dentro de la familia romano-germánica: en primer lugar, no existe ningún Derecho codificado que de forma explícita excluya esa reparación; en segundo lugar, que son escasos los Derechos donde se mantiene un criterio contrario a ella —señaladamente en Alemania e Italia— y que, aún en ellos las críticas doctrinarias van en aumento hasta el punto que anuncian un giro y que, en tercer lugar, la mayoría de los sistemas ha evolucionado hacia su plena recepción —como en Francia o España— incluso con consagración legislativa como en Argentina.

~~Así, insistimos, no existe ni ha existido nunca un ordenamiento jurídico que contuviera una norma que directamente descartara la reparación por daño moral en materia contractual. Han existido más bien sistemas en los que el pensamiento jurídico ha elaborado una serie de razonamientos contrarios a su resarcimiento, como ocurría, hasta hace poco, en los países conocidos como "socialistas" o en el Derecho musulmán antiguo. Sin embargo, esos ejemplos son prácticamente históricos, pues el silencio legislativo no es, en la actualidad, la opción elegida por los países contrarios a su reparación que, en general, contienen normas restrictivas de su resarcimiento, normalmente referidas a hipótesis de responsabilidad extracontractual, de los cuales cabe desprender un principio contrario a toda respuesta ante el daño moral derivado de contrato. Así sucede en Alemania, Italia y Grecia, entre otros.~~

En Alemania, por ejemplo, las normas de responsabilidad permiten demandar indemnización del daño inmaterial, pero siempre que este provenga de un acto ilícito que haya lesionado un valor o derecho de la persona considerado por el legislador como esencial. Como el parágrafo 823 párrafo 1 del

B.G.B., considerado como el precepto más importante en esta materia, restringe su tutela a los menoscabos producidos en ciertos bienes absolutos, tales como la vida, la integridad corporal, la salud o la libertad, como también cualquier otro atentado a la propiedad ajena u otro derecho subjetivo absoluto, y siempre a condición de que la lesión sea ilícita debido a dolo o negligencia y los daños morales causados por incumplimiento no cumplen con el requisito de provenir de un acto ilícito, se ha entendido siempre que quedarían fuera de esa norma.

Y lo mismo se ha sostenido tradicionalmente en Italia en atención a que el art. 2059 —comprendido dentro de las normas destinadas a regular los actos ilícitos— ha restringido el resarcimiento del daño no patrimonial a los casos en que exista una disposición legal que lo autorice, posibilidad que, en concreto, se reduce a los daños extrapatrimoniales originados por hechos ilícitos constitutivos de delito penal según lo autoriza el art. 185 del Código Penal. Pese a la ubicación del art. 2050 dentro del *Codice*, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han entendido aplicable para la responsabilidad contractual, concluyendo que el resarcimiento del daño no patrimonial sólo es factible en las hipótesis admitidas por el legislador.

Sin embargo, una vez que en esos países también se ha advertido la necesidad de dispensar adecuada tutela a la persona, tanto la jurisprudencia como la doctrina se han visto obligadas a desarrollar una serie de razonamientos —a veces rebuscados— que permitan extender esa protección y asemejarla a la que se ha alcanzado en otros sistemas como el francés. Particularmente interesante en tal sentido es la evolución que se ha estado produciendo en Italia, donde la creatividad y el esfuerzo desplegados por esas dos fuentes es más que notorio: primero, crear una tercera clase de perjuicios —un *tertium genus*— constituida por los atentados a ciertos bienes e intereses de la persona que no quedarían comprendidos dentro de los daños morales y, por tanto, dentro de la restricción del art. 2059, sino que se registrarían por la regla general que ordena resarcir todo daño; segundo, incluir dentro de los daños patrimoniales resarcibles sin restricción, a una serie de hipótesis que, entre nosotros, son claramente de daños morales; tercero, se ha impugnado la constitucionalidad del art. 2059, que se opondría a la norma máxima.

Por último, hay quien como Bonilini se ha esforzado en demostrar los errores que existen en la tesis tradicional, particularmente al extender el contenido del art. 2059 más allá de la esfera aquiliana, sin que exista ningún argumento que así lo justifique: tanto la letra de la ley, su *ratio* y la tradición histórica permiten acoger la reparación dentro del cauce contractual. Como el mismo autor ha sostenido, en verdad, "...la vía italiana de restricción al área reparadora aparece como la menos idónea, la más llena de lagunas e imperfecta para el logro de ese resultado. Un sistema que sólo reacciona cuando la fuente productiva del perjuicio no patrimonial es un delito o bien es excesivo o bien insuficiente. Excesivo porque se basa en la idea abstracta de que todo delito puede ocasionar un daño no patrimonial, lo que constituye una premisa errada. Insuficiente, en cuanto no reconoce que un ilícito puramente civil, idóneo para generar consecuencias no patrimoniales, pueda comportar la reparación de esas consecuencias"⁴⁶. En síntesis, como puede observarse, exis-

⁴⁶ BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pág. 239.

te un claro cuestionamiento a la solución tradicional que anticipa, tal vez, un cambio radical en el análisis de la cuestión.

En el resto de los Derechos codificados, si bien pueden encontrarse sistemas jurídicos donde la reparación por daño moral derivado de contrato ha encontrado una consagración legal como en Argentina⁴⁷ o México⁴⁸, lo normal es que no exista norma alguna que la regule expresamente, y su admisibilidad se encuentra condicionada a la opinión jurisprudencial y doctrinal.

En todos ellos, el reconocimiento del daño moral en el ámbito aquiliano ha seguido la misma evolución, no así en la esfera contractual, donde las respuestas son diversas. Así, encontramos ordenamientos que podríamos denominar *reacios* a la reparación del daño moral derivado de contrato, donde podemos situar sin lugar a dudas al nuestro. Junto a él prácticamente no pueden señalarse otros ejemplos. Luego, podemos reconocer la existencia de ciertos *sistemas intermedios, denominación con la que aludimos a todos aquellos que, aunque en principio parecerían haber reconocido el resarcimiento del daño moral en toda su extensión, conservan en la práctica importantes diferencias de tratamiento entre el perjuicio nacido de la infracción contractual y el proveniente de la violación del deber general de no dañar a los demás, como acontece señaladamente con el Derecho español. Por último, podemos encontrar sistemas donde la reparación ha alcanzado un reconocimiento y entidad similares a los del mismo perjuicio producido en la esfera extracontractual de la responsabilidad, entre los cuales destaca el Derecho francés.*

Ahora bien, a lo largo del tiempo y con distinta intensidad en cada país, tres grandes obstáculos han impedido extender el principio de reparación integral del daño moral al ámbito contractual de la responsabilidad:

A. El dogma de la patrimonialidad de la prestación.

Uno, que puede resumirse siguiendo la expresión de Ihering, en el consabido "dogma de la patrimonialidad de la prestación", esto es, la exigencia defendida por un sector antiguo de la doctrina de que el contenido de la obligación sea siempre de orden económico, incluso con el matiz introducido posteriormente por la tesis intermedia. Exigencia que, a efectos del daño moral, impediría concebir obligaciones con una prestación no patrimonial y, por ende, resarcir los perjuicios no económicos que su incumplimiento pudiera causar.

Después de un estudio detenido de esta objeción puede observarse que este planteamiento encuentra numerosos defectos que le privan de su inicial relevancia.

⁴⁷ El art. 522 del Código Civil argentino expresamente dispone: "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso".

⁴⁸ El Código Civil mexicano ordena en su art. 1916 inc. 2: "Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual".

Por un lado, en las teorías que pretenden justificar este requisito existe una petición de principio, puesto que ninguno fundamenta adecuadamente la razón del porqué sólo lo patrimonial puede ser el contenido obligacional.

Así, unas plantean, en el fondo, el problema no de si la obligación ha de ser patrimonial sino si es posible obtener forzosamente el cumplimiento de prestaciones sin contenido patrimonial, cuestión perfectamente superable si se considera, por una parte, que ese es tan sólo uno de los efectos posibles de la obligación y, por otra, que el Derecho dispone de medios para hacer cumplir ese tipo de prestaciones, pese a su ausencia de contenido económico.

Otras desvinculan la exigencia de patrimonialidad de cualquier imperativo derivado de la propia estructura de la obligación fundando el requisito en consideraciones que bien podrían calificarse de política legislativa y que, por lo mismo, pueden ser removidas, sobre todo si se tiene en cuenta que se encuentran vinculadas a una concepción patrimonialista no sólo de la prestación sino de todo el Derecho de obligaciones que, en el presente, huelga decirlo, ha sido y sigue siendo objeto de profundos matices.

Por otro lado, y situándonos en el estricto terreno legal, la visión patrimonialista de la prestación ha sido expresamente descartada por no pocos derechos, algunos bastante recientes, y carece de apoyo en la mayor parte de los sistemas de Derecho civil codificado donde el silencio respecto de la cuestión es la regla general. Sólo por excepción puede encontrarse una consagración expresa de la referida exigencia, como sucede, por ejemplo, en el artículo 1174 del Código Civil italiano, regla que lejos de anular el debate ha sido y está siendo objeto de un serio cuestionamiento, precisamente por las dificultades que presenta para ajustarse a la concepción actualmente imperante de la obligación que no ve en los *imprenditori* a los únicos protagonistas del Derecho de obligaciones, ni en el corporativismo comercial propio de las ideologías italianas de los años cuarenta el clima de desenvolvimiento del mismo.

Por último, y aun partiendo de la efectividad de esta exigencia, no se deriva de ello la improcedencia de una reparación por daño moral, dado que ambos problemas se presentan en momentos distintos de la vida obligacional sin que se encuentren en relación de dependencia sino todo lo contrario: de nítida autonomía. En efecto, la cuestión de la patrimonialidad se refiere al contenido de la obligación directa que emana del contrato, en cambio, la de la reparación del daño moral dice relación con la posibilidad de otorgar una indemnización por el daño patrimonial o no patrimonial causado por la violación de la obligación contractual, aunque esta sea patrimonial o no. En otros términos, la cuestión de la patrimonialidad concierne a la constitución de la obligación, a su nacimiento, en cambio, la del resarcimiento del perjuicio tantas veces aludido, atañe a su incumplimiento, esto es a un momento posterior. Por ello, el resarcimiento de este daño no depende del contenido que se asigne a la prestación sino exclusivamente de la extensión que se esté dispuesto a dar a la idea de reparación. Y este es un problema completamente distinto, consustancial a la teoría del daño moral, que requiere un tratamiento separado; sobre el que ya volveremos

B. La interpretación estricta de las reglas resarcitorias.

Una segunda objeción clásicamente opuesta a la indemnización de la clase de perjuicio en estudio, que tiene especial relevancia en nuestro sistema

pues ha sido tradicionalmente invocado por nuestros tribunales, se encuentra en la idea según la cual la reparación del daño moral se halla excluida por el propio tenor de las normas destinadas a regular la indemnización contractual. Como se ha sostenido y sostiene todavía en algunos derechos, que se reducen prácticamente al nuestro, los términos empleados por los legisladores codiciales en las reglas que precisan el contenido de esa indemnización, impiden incorporar el daño moral. Ellas ~~contemplan exclusivamente el resarcimiento de daños de orden patrimonial tales como daño emergente y el lucro cesante.~~

En nuestro país, la objeción se ha centrado en el texto de las reglas contractuales que regulan el contenido de la indemnización y, en particular, en el art. 1556, sosteniéndose de un modo muy tajante, en una fórmula que casi podríamos denominar de estilo, ~~que la indemnización del daño moral fundada en el incumplimiento contractual no ha tenido acogida en la jurisprudencia nacional fundada en que de acuerdo al texto del artículo 1556 del Código Civil, relacionado con la materia, la indemnización de perjuicios proveniente de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento, sólo comprende el daño emergente y el lucro cesante...~~⁴⁹

No se trata por cierto, y así conviene destacarlo, de un criterio novedoso sino de uno clásico, propuesto en Francia, recepcionado e invocado en todas las codificaciones civiles inspiradas en el *Code* e invocado desde la promulgación de este último hasta mediados del siglo XX. Interpretación esta de las reglas resarcitorias que se entendía fundada en los precedentes tanto romanos como de Derecho antiguo o intermedio, y en las opiniones defendidas por sus propios redactores.

Curiosamente, esta objeción permanece vigente en nuestro sistema pese a que, en el Derecho francés, de donde fue tomada por Bello, y en la mayor parte de las codificaciones antes aludidas, ha sido categóricamente descartada pues, pese a la aparente coherencia de esta lectura, las bases en las que se funda no son lo suficientemente sólidas como para justificar una conclusión de esa entidad.

En efecto, como han destacado varios autores⁵⁰, los precedentes anteriores a la codificación carecen de la exactitud necesaria para ser invocados en tal sentido, pues parten de una incorrecta interpretación del Derecho romano efectuada por Domat, traspasada, posteriormente, a todos los juristas de esa época, adoptada por los redactores del *Code*, seguida por sus primeros comentaristas y recepcionada en los Derechos cuyo Código Civil se inspiró en el cuerpo legal francés. Incluso más, después de revisadas todas esas opiniones y sus fundamentos, cabe reconocer que ninguna conclusión firme puede obtenerse de los textos romanos, pues con base en ellos puede tanto sostenerse que en tal Derecho se concedía la reparación en estudio como que se la denegaba.

En realidad, la polémica en sí misma resulta impertinente ante la evidencia de que el daño moral, en su contenido actual, es una institución moderna,

⁴⁹ Corte Suprema, 27 de agosto 1990, Gaceta Jurídica N° 122, pág. 131.

⁵⁰ Entre ellos debe destacarse a RANJARD, *La responsabilité civile dans Domat, Th.*, Paris, 1943, pág. 85.

de reciente elaboración. ~~Por lo mismo, la respuesta al problema de su resarcimiento no puede ser buscada en esos antecedentes ni en unas reglas que fueron dictadas cuando su noción estaba muy lejos de ser concebida.~~ Estas sólo tienen la virtud de que, al haber sido redactadas en términos amplios, permiten incorporar al daño moral al daño emergente, al igual como ha acontecido en sede extracontractual con el artículo 2314 en Chile, 1902 en España o 1382 en Francia. En suma, las reglas decimonónicas no son por sí mismas aptas para descartar la indemnización por daño moral si existe una decidida intención judicial de concederla como, por lo demás, se ha reconocido en varios países.

C. La reparación del daño moral: ¿un imposible?

Repasando los obstáculos antes apuntados constatamos que, en el fondo, ambos se reconducen a la dificultad que experimenta cierta doctrina para concebir y, por ende, acoger la reparación de un daño moral no susceptible de una apreciación pecuniaria exacta. Esto es, no se trata de escrúpulos novedosos, aunque aparentemente se presenten como tales, sino los mismos que, por tanto tiempo, impidieron o complicaron la aceptación del daño moral al amparo de las reglas aquilianas.

Abordamos así el consabido problema de determinar la procedencia de una respuesta civil ante el daño moral y, admitida su necesidad, la de precisar su naturaleza.

Ahora bien, no cabe duda que en el estado actual del desarrollo de la responsabilidad tanto en Chile como en el resto de los miembros de la familia romano-germánica, la condena por este rubro es concebida esencialmente desde un punto de vista reparatorio y que las condenas por daños punitivos o por daños nominales del *Common Law* resultan inconcebibles. La nítida distinción establecida entre la responsabilidad civil y la penal, el paso de una responsabilidad anclada en la culpa a una responsabilidad por daños, de una responsabilidad individual a una colectiva obligan a esa conclusión.

Sin embargo, la cuestión no queda zanjada por esta afirmación, pues el análisis de la jurisprudencia tanto chilena como extranjera nos ha demostrado que la condena pecuniaria no está lejos de cumplir esos dos roles del *Common Law*. De hecho, el matiz punitivo o de reconocimiento de derechos no está del todo ausente. En otros términos, pese a que la indemnización por este concepto suele ser concedida, y así se entiende como el estricto reconocimiento del principio de reparación integral, no es menos cierto que la consideración de la gravedad de la culpa es frecuente en los tribunales, pues la acreditación de culpa en el autor o, mejor aún de dolo, ~~se traduce generalmente en un aumento del monto de la indemnización.~~ Y, en materia contractual, esta no es tan sólo una constatación de origen netamente jurisprudencial sino de nítida consagración legal en el art. 1558 y sus similares. Además, las cada día más frecuentes condenas por sumas simbólicas en países como Francia o España anuncian su empleo como forma de proclamar la efectiva violación de un derecho. No de otra manera cabe entender la famosa "justicia del franco": condenas a indemnizar con un franco a la víctima.

Por otra parte, las dificultades de reducción monetaria presentadas por este tipo de perjuicio no impiden su reparación. De partida porque la condena

pecuniaria es tan sólo una de sus formas posibles. Pero además porque, tal como se ha admitido en sede aquiliana, debe entenderse que la entrega de una suma de dinero por este concepto no pretende ser un equivalente exacto del perjuicio causado, objetivo inalcanzable incluso ante los daños materiales, sino una compensación otorgada a la víctima a fin de que se procure el equivalente que ella juzgue oportuno.

En síntesis, la extensión de la reparación por daño moral al ámbito contractual es una conclusión que se impone, pues ninguno de los obstáculos esgrimidos para la admisión del resarcimiento de los daños morales derivados de contrato son, en el fondo, distintos de los habidos secularmente para la admisión del daño moral en sede extracontractual. Derrumbados estos, no hay justificación para negar a la víctima del daño moral derivado de contrato su derecho a la justa compensación, más aún si, como ya hemos destacado, nuestro ordenamiento ha consagrado como principio rector el de protección a la persona. Bien podríamos decir –tomando las palabras formuladas hace años por De Castro y Bravo respecto de la indemnización por causa de muerte– “que la renacida tendencia que postula un reconocimiento general de los bienes de la persona, y el mayor respeto a la vida de cada uno; que ha de expresarse, para que no quede en palabra vacía, en el valor universalmente conocido hoy: el dinerario. El responsable por dolo, culpa o negligencia de la pérdida de una vida humana debe pechar siempre con la indemnización adecuada, y la ciencia jurídica no debe amparar artificios ni repetir viejos sofismas, de siempre, utilizados para eludirla”⁵¹.

El resultado de este análisis ha determinado entonces en aquellos sistemas más desarrollados en materia de responsabilidad civil, un abandono de la clásica reticencia por una decidida recepción del daño moral en el ámbito contractual, en términos tales que la distinción entre uno y otro ámbito ha sido absolutamente superada. Así sucede de manera destacada en Francia, donde la respuesta otorgada a este problema tiene entidad propia. Por un lado, las normas contenidas en el *Code* desde 1804 permanecen sin alteración alguna y son, en esencia, semejantes a las de otros códigos civiles, en los cuales, sin embargo, la reparación del perjuicio en estudio no es tan amplia. Por otro, en cambio, se ha llegado a consagrar su pleno resarcimiento en toda la responsabilidad civil mediante una creativa y audaz labor interpretativa jurisprudencial y doctrinal.

3.2.2.2. La indemnización del daño moral derivado de contrato en nuestro sistema jurídico: ¿hacia una plena aceptación?

Nuestra jurisprudencia más reciente en esta materia ha tenido precisamente el mérito de sumarse a esta tendencia comparada al modificar, por primera vez, y en fallo de nuestro máximo tribunal de 20 de octubre de 1994⁵², sus consabidos argumentos contrarios a su reparación, ordenando la indemnización del daño moral ocasionado a una abogada y regulándola en la

⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, “La indemnización por causa de muerte”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1956, pág. 451.

⁵² Corte Suprema, 20 de octubre 1994, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T.XCI, N° 3, 1994, secc.1ª, págs. 100 y ss.

suma de \$ 2.250.000. Decimos por primera vez pues, aunque algunos pronunciamientos anteriores habían abierto las puertas a esta reparación en el ámbito del contrato de transporte⁵³, esta es la primera decisión que la asienta como principio de aplicación general a toda convención.

No puede ciertamente afirmarse categóricamente que, a partir de esta decisión, la procedencia del daño moral en el ámbito contractual haya pasado a constituir un principio resarcitorio de nuestro sistema dado que, por ahora, no constituye sino un primer fallo. Por lo mismo, habrá que constatar si este criterio se mantiene en futuras decisiones.

Sin embargo, algunos pronunciamientos de segunda y primera instancia parecen reafirmar esta línea interpretativa. Así, en sentencia de 24 de agosto de 1995⁵⁴ se vuelve a repetir la misma consideración aunque por vía indirecta, pues los hechos sometidos a la decisión del tribunal eran constitutivos de un cuasidelito de lesiones y, por lo mismo, la acción ejercida se circunscribía a la esfera extracontractual. También en decisión de 31 de julio de 1996 se ordenó indemnizar el daño moral infligido a un individuo por un laboratorio al haberle certificado resultado positivo de sida mediante test de Elisa, resultado desmentido dos años después por un nuevo examen practicado en otro establecimiento, fijándose la condena en la suma de \$ 150.000.000 de pesos⁵⁵.

⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago de 21 de julio de 1951, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 48, secc. 1ª, pág. 552; Corte Suprema, 14 de abril de 1954, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 51, secc. 1ª, pág. 74.

⁵⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel de 24 de agosto de 1995, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T.XCII, N° 2, 1995, secc. 4ª, págs. 161 y ss. En ella, tras reproducir el argumento de la parte demandada en orden a que la reclamación por daños morales debía ser rechazada pues el art. 1556 del C.C. impide su reparación "cuya naturaleza de índole psicológica impide, por otro lado, su exacta evaluación pecuniaria" y "que su cobertura vendría a ser una especie de objeto ilícito, toda vez que lo que está en juego es algo que escapa al comercio humano, a las realidades patrimoniales de las personas, a las cuales el derecho protege y regula". El tribunal contravierte categóricamente esas alegaciones al decir, en su considerando decimonoveno, "Que, como primera reflexión ante tal razonamiento, debe acotarse que la citada norma del Código Civil pertenece al campo de la responsabilidad contractual, esto es, aquella que se origina en el incumplimiento de las obligaciones de índole contractual y su interpretación, según lo ha dicho la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, no puede formularse con un criterio restrictivo en términos de que, aun en el ámbito de esa especie de responsabilidad, la indemnización se circunscriba a los dos rubros indicados en el texto del precepto, con exclusión del daño moral" (y reproduce a continuación dos sentencias de la Corte Suprema que, con anterioridad, habían reconocido esta indemnización en el ámbito del contrato de transporte, curiosamente también citadas en fallo de 20 de octubre de 1994 antes aludido). Esta decisión es ciertamente digna de elogio pues además de descartar la consabida interpretación del art. 1556 desecha a continuación el argumento patrimonialista aducido por el demandado, de que esta indemnización constituiría objeto ilícito al señalar "que la indemnización de que se trata no sólo no repugna sino que se conforma al ordenamiento jurídico, el cual expresamente la consagra, imprimiéndole un carácter imperativo, de acuerdo con los razonamientos precedentes".

⁵⁵ Sentencia del 24 Juzgado Civil de Santiago de 31 de julio de 1996. La cantidad fijada en esta sentencia a título de daño moral puede sorprendernos al compararla con las habitualmente fijadas por nuestros tribunales por esta clase de perjuicio. Sin embargo, esa decisión se enmarca dentro de la orientación de la jurisprudencia comparada, por ejemplo francesa o norteamericana, especialmente rigurosas con las hipótesis de daños no patrimoniales relacionados o vinculados con la enfermedad del sida. Tal es así que en Francia se ha jurisprudencialmente reconocido una nueva clase de daños extrapatrimoniales constituida por esa índole de perjuicios e incluso se ha creado un fondo estatal destinado a cubrir sus indemnizaciones.

Por otro lado, también es menester reconocer que algunas de las hipótesis que han dado lugar a los referidos fallos no son ejemplos absolutamente nítidos de daño moral derivado de contrato o, al menos, la calificación como tal no está exenta de discusión. En tal sentido, y tal como lo alegase en su oportunidad la propia defensa del Banco demandado en el primer caso citado, no queda claro en la sentencia si el daño moral se hace radicar en el incumplimiento del deber de no otorgar talonarios de cheques a persona que no exhiba poder emanado del girador o si habría causado por la acción delictual cometida por un tercero, ajeno a la relación contractual, al girar indebidamente esos cheques. En otro de los pronunciamientos, el reconocimiento de la procedencia de una indemnización por esta especie de perjuicio cuando proviene de incumplimiento contractual constituye más bien una declaración de principios, pues se trataba de un caso de responsabilidad aquiliana. Por ello, es de esperar que futuras decisiones confirmen el mismo principio en supuestos más evidentes de daño moral derivado de contrato y no tan sólo cometido *con ocasión* del incumplimiento contractual.

Con ello queremos destacar la idea de que, aunque abogamos por un claro reconocimiento del daño moral en esta esfera de la responsabilidad, creemos que ello no ha de suponer ni supone una indebida ampliación del ámbito del contrato que pueda conducirnos a una verdadera fantasía contractual. No se trata ciertamente de conceder esta índole de reparación por consecuencias no económicas remotas, que de ninguna manera han podido entrar en el cálculo de riesgos del deudor. La infracción del contrato supone siempre molestias o desagradados, pero ello no significa que estos puedan y deban ser indemnizados como daño moral. Por el contrario, sólo debe ser resarcido por vía contractual el perjuicio extrapatrimonial producido a resultados del incumplimiento y no ocasionalmente por él, pues, de otro modo, podría llegarse a la exageración de conceder este tipo de reparación, como irónicamente han advertido Maulaurie y Aynes, por el dolor que experimenta un agricultor por la pérdida de una lechuga a la que se encontraba tan atado, producida por un insecticida defectuoso. No han faltado críticas en Francia hacia algunas sentencias pronunciadas en esa línea de fantasía.

Por ello es importante fijar los límites exactos de lo que debemos entender por daño moral derivado de contrato. No es esta ciertamente una cuestión sencilla pues, por un lado, la determinación del ámbito de lo contractual nos enfrenta a una de las mayores dificultades planteadas por la distinción de la responsabilidad en dos sedes al existir, siguiendo la expresión del jurista español Yzquierdo Tolsada, numerosas *zonas fronterizas*. Por otro, la determinación del exacto contenido de la especie de perjuicio en estudio se encuentra sometida a una constante evolución en cuanto se encuentra en directa relación con la mayor o menor sensibilidad jurídica que exista hacia la protección de la persona y de sus intereses más relevantes. Son problemas como estos los que precisamente se invocan en el Derecho comparado en pro de la unificación de la responsabilidad civil.

No obstante, el mérito de los pronunciamientos antes reseñados radica en que los argumentos invocados por nuestros tribunales en ellos implican un giro interpretativo al acoger una serie de razonamientos ya propuestos en otros países y que, finalmente, les han permitido llegar a un pleno desarrollo de la responsabilidad por daño moral.

A. Abandono de la clásica interpretación literal del art. 15⁵⁶

Así, las sentencias aludidas parten por descartar la restrictiva interpretación del art. 1556, acogida en nuestra jurisprudencia, entendiendo, por el contrario, que “desde luego, al decir el artículo 1556 que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral, comoquiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros, caso en que quedaría marginada cualquiera otra consecuencia lesiva, derivada de un incumplimiento o del incumplimiento imperfecto de deberes emanados de un contrato”⁵⁶. S.P.

Conviene resaltar nuevamente que la novedad de este razonamiento se circunscribe a nuestro sistema, pues en algunos Derechos extranjeros constituye uno más que antiguo. Así, en Francia ya en 1895 Chausse proponía una lectura semejante para el art. 1149 francés⁵⁷, que aunque con iniciales reticencias va a constituir una interpretación recurrente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de tal país desde la mitad del presente siglo.

B. Abandono de la interpretación o aplicación extensiva de los preceptos de la responsabilidad delictual a la contractual

Asimismo, las decisiones en estudio abandonan otro fundamento de texto reiteradamente invocado por nuestra jurisprudencia en esta materia, en conformidad al cual el rechazo legislativo ante la reparación del daño moral se desprendería de la distinta regulación conferida a esta especie de perjuicio en materia contractual que extracontractual. Para la primera, nuestro legislador optó por emplear términos restrictivos como *daño emergente* y *lucro cesante* y, en cambio para la segunda, eligió una expresión —todo daño— notoriamente más amplia que permite reparar toda consecuencia dañosa sin exclusión. Esa diferencia en el tratamiento legal no puede considerarse sino como una nítida negativa ante el resarcimiento del daño moral en materia contractual⁵⁸.

Contra esta opinión se alzan las sentencias en estudio al efectuar, por una parte, como correspondía, un análisis sistemático de nuestro ordenamiento civil entendiendo que de una serie de disposiciones, como los arts. 544, 1544 del Código Civil y otros, se desprende una aceptación de esta reparación. Por otra, en el argumento que nos parece más importante, se funda esta

⁵⁶ Sentencia C. Suprema de 20 de octubre de 1994, citada. En el mismo sentido, decisión de 31 de julio de 1996 del 24 Juzgado Civil de Santiago, antes citada, que en su considerando vigésimo repite el argumento invocado por nuestra Excelentísima Corte en los mismos términos y agregando que “Todo daño directamente emanado y previsto, derivado del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de obligaciones contractuales, debe indemnizarse. Por otra parte, si en el ámbito del Derecho privado todo lo no prohibido expresamente por la ley debe entenderse permitido y este no ha prohibido la indemnización del daño moral en materia contractual, no hay razón para excluirla”.

⁵⁷ Vid. en este sentido, CHAUSSE, “De l'intérêt d'affection”, en *Revue Critique*, 1895, págs. 447 y ss. Más modernamente, WEIL y TERRE, *Droit civil (Les obligations)*, Paris, 1986, pág. 394.

⁵⁸ En este sentido y, entre muchas otras, sentencia de la Corte Suprema de 27 de agosto de 1990 antes citada.

reparación en los arts. 19 N° 1 y 4 del propio texto constitucional, que fuerzan al intérprete a aplicar la ley con estricta sujeción a los derechos de la persona allí garantizados.

Esta fundamentación nos parece ciertamente digna de destacar, pues supone una recepción directa del moderno elemento hermenéutico que la doctrina comparada ha calificado como "interpretación desde o según la Constitución" y, en conformidad al cual, la ley debe leerse a la luz de la Constitución. Es ciertamente desde esta perspectiva que debe partir por enfocarse el problema de la reparación por daño moral so pena de destruir la necesaria coherencia que debe existir en el ordenamiento jurídico.

C. Abandono de la concepción patrimonialista del Derecho de obligaciones

Finalmente, las decisiones aludidas centran el debate sobre la admisibilidad del perjuicio en estudio en la imprescindible tutela de la persona y no en la existencia o no de un vínculo jurídico previo entre víctima y responsable o, en su caso acreedor y deudor, al resaltar que "los bienes extrapatrimoniales de una persona como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales, con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica, de modo que si con respecto a los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización del daño exclusivamente moral, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes"⁵⁹.

En efecto, como insistíamos anteriormente, la procedencia o no de esta partida resarcitoria no puede hacerse depender del origen o fuente de la responsabilidad civil, pues la noción misma de daño moral es idéntica en uno u otro de sus ámbitos. En otros términos, el hecho de que el responsable del daño se encuentre vinculado con la víctima por un contrato anterior no determina que el perjuicio causado a su integridad, a su honor, a su intimidad sea menos relevante o digno de reparación, al no existir razón lógica ni jurídica que así lo determine. Sólo supone que, a diferencia del daño moral aquiliano, su régimen jurídico vendrá determinado esencialmente por las disposiciones contenidas en la convención.

Por último, los atisbos de algún cambio en la tesis tradicionalmente aceptada en nuestro país en la materia han recibido un refuerzo importante con la reciente Ley de Protección al Consumidor 19.496⁶⁰, cuyo art. 3 letra de la ley) concede al consumidor el derecho a una indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto por ella. De este modo, se concede al tribunal la facultad de reparar todos los daños causados por el uso o consumo de productos defectuosos, comprendiéndose en ellos tanto los perjuicios ocasionados a la propiedad, como a la persona del adquirente o usuario e incluso a los perjuicios morales.

⁵⁹ Considerando octavo de la sentencia de 20 de octubre de 1994, tantas veces citada.

⁶⁰ Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, aprobada el 7 de enero de 1997 y publicada en el Diario Oficial de 7 de marzo de 1997.

Esto supone –tal como se puso de manifiesto durante la discusión del proyecto de ley– una innovación “respecto de los criterios existentes en la materia, por cuanto se obliga a reparar en sede contractual, como es la relación de consumo, el daño moral que se hubiese producido... lo que constituye un avance en el tratamiento del tema acorde con la modernización de nuestras instituciones jurídicas”⁶¹. En efecto, a partir de esta ley tenemos en Chile, por primera vez, un texto legal que reconoce y concede al acreedor el derecho a obtener una indemnización inclusive del daño moral ocasionado por el incumplimiento. Es de esperar que la expresa recepción de este rubro reparatorio, por lo demás procedente de plena justicia, motive a nuestros tribunales a abandonar la consabida doctrina de la no resarcibilidad del daño moral en sede contractual.

En suma, el daño moral es un concepto de reciente elaboración, acuñado y admitido como una prolongación lógica y evidente de la tutela a la persona conferida en el Derecho civil. Es en ese contexto donde debe ser situado y definido.

Nuestro Derecho parece avanzar en esa línea al haber reconocido plenamente la reparación del daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. La tarea pendiente subsiste aún con su esfera contractual, aunque algunos atisbos recientes parecen anunciar un giro. La unificación del principio resarcitorio del daño moral se impone por razones de justicia y lógica jurídica. Como bien lo expresa el adagio: *similia, similibus*.

⁶¹ Así consta textualmente en los comentarios efectuados al art. 3 –del entonces Proyecto de Ley de Protección al Consumidor– en el Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados de 9 de diciembre de 1992