

ubicación de la presunción de muerte en los preceptos relativos al fin de la personalidad tiene, por otro lado, el inconveniente de identificar su funcionamiento con el de la muerte natural y de consagrarla legalmente como causa de término de la personalidad, cuestiones estas que en modo alguno son pacíficas en la doctrina.

Por todo lo anterior, parecen más acertadas las posturas intermedias que combinan ambos criterios, tratando la institución de la declaración de muerte presunta en relación con uno de sus polos naturales y haciendo la oportuna remisión en sede del otro. Quizás para evitar el desdibujamiento del instituto y su disolución dentro de la ausencia, lo mejor fuera, dentro de esta posición ecléctica, efectuar su tratamiento en relación con la muerte física e incluir en las normas referentes a la ausencia la remisión oportuna a la primera regulación, al revés de lo que ocurre en los actuales Códigos de Brasil y España.

De todos modos, aun en los casos en que el legislador ha estimado con justificadas razones que el lugar más apropiado para la declaración de muerte es el de la ausencia, que como sabemos es el criterio ampliamente mayoritario, resulta imprescindible hacer un esfuerzo por destacar y distinguir la naturaleza jurídica especialísima de la presunción de muerte que, por la autonomía de sus fundamentos, requisitos y efectos, amerita un estudio separado e independiente de la ausencia. Ello, como se comprenderá, no significa en caso alguno negar o descuidar las relaciones que existen entre ambas instituciones, íntimamente vinculadas en razón de constituir ambas, cada una en su propio ámbito, medios que el ordenamiento jurídico ofrece para enfrentar el universal problema de la incertidumbre sobre la existencia de la persona.

## LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL. MODERNAS TENDENCIAS EN EL DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO<sup>1</sup>.

*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"<sup>2</sup>. 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?<sup>3</sup>

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"<sup>4</sup>. Con tales expresiones quiere aludirse al creciente estudio y preocupación que tanto

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> GAYOSO ARIAS, "La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y positivo", en *Revista de Derecho Privado*, 1918, pp. 234 y ss.

<sup>3</sup> CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, p. 156.

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

dolor psíquico, y aun físico —en sufrimientos, en general— que se experimenta a raíz de un suceso determinado<sup>45</sup>.

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

es aquí calificativo, sino circunstancial. Con el accidente queda incumplido el contrato de transporte, por ejemplo, y de resultados 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 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

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

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 párrafo 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 regirían 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 el 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"<sup>46</sup>. En síntesis, como puede observarse, exis-

<sup>46</sup> 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 Argentina<sup>47</sup> o México<sup>48</sup>, 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.

<sup>47</sup> 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".

<sup>48</sup> 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..."<sup>49</sup>.

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 autores<sup>50</sup>, 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,

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

<sup>50</sup> 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 eludirlos”<sup>51</sup>.

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 1994<sup>52</sup>, sus consabidos argumentos contrarios a su reparación, ordenando la indemnización del daño moral ocasionado a una abogada y regulándola en la

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

<sup>52</sup> 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 transporte<sup>53</sup>, 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 nuestros 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 1995<sup>54</sup> 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 pesos<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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”.

<sup>55</sup> 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 desagrados, 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 resultas 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"<sup>56</sup>.

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 francés<sup>57</sup>, 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 contractual<sup>58</sup>.

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

<sup>56</sup> 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".

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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"<sup>59</sup>.

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 19.496<sup>60</sup>, 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.

<sup>59</sup> Considerando octavo de la sentencia de 20 de octubre de 1994, tantas veces citada.

<sup>60</sup> 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"<sup>61</sup>. 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*.

<sup>61</sup> 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.