

Cuadernos de Análisis Jurídico
ISSN 0716-727 X

DIRECTOR RESPONSABLE
Carlos Peña González
Decano de la Escuela de Derecho
Universidad Diego Portales

EDITOR
Carlos Pizarro Wilson

EDITOR DE LA PRODUCCIÓN
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones Universidad Diego Portales
República 105, Santiago de Chile
Teléfono: 6762640 Fax: 6762641
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO

Colección Derecho Privado

TEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

CARLOS PIZARRO W.
EDITOR

CLAUDIA BAHAMONDES O.
RODRIGO BARCIA L.
IÑIGO DE LA MAZA G.
GONZALO FIGUEROA Y.
ANDRÉS JANA L.
CHRISTIAN LARROUMET
FABRICIO MANTILLA E.
CARLOS PEÑA G.
CARLOS PIZARRO W.
MAURICIO TAPIA R.
FRANCISCO TERNERA B.



Ediciones
Universidad Diego Portales
Escuela de Derecho

DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL A PROPÓSITO DE UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2001

Andrés Jana L. y Mauricio Tapia R.¹

RESUMEN

Un fallo reciente de la Corte Suprema condenó a un laboratorio a reparar el daño moral sufrido por una persona que contrató sus servicios y a quien diagnosticó por error el VIH. Para analizar esta decisión, el artículo revisa el tratamiento de la reparación del daño moral por incumplimiento contractual en el Derecho Comparado y en el derecho nacional. Así, se concluye que la pregunta pertinente no es si procede o no en términos absolutos la indemnización del daño moral en materia contractual, sino, más bien, si un perjuicio de esta naturaleza era previsible al tiempo del contrato. Finalmente, se examina el alcance de las obligaciones del deudor contractual en estos casos y la naturaleza de los daños morales que puede reclamar la víctima de un diagnóstico errado.

I. Generalidades

La Corte Suprema, el 5 de noviembre de 2001, rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto contra una sentencia que condenó a un laboratorio a pagar la suma de sesenta millones de pesos a título de indemnización del daño moral provocado a un cliente que contrató sus servicios para efectuarse un *test* de SIDA y a quien informó erradamente que su sangre estaba contaminada con el VIH, en circunstancias de que aproximadamente tres años más tarde se comprobó que nunca había sido portador de ese virus.

¹ Andrés Jana es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, LL.M. Harvard Law School. Mauricio Tapia es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, candidato a doctor en Derecho por la Universidad de París-Val de Marne (París XII). Ambos son profesores de Derecho Civil de la Universidad de Chile.

Este fallo, publicado en dos importantes revistas nacionales de jurisprudencia², resulta de gran interés en materia de responsabilidad civil desde un doble punto de vista: en primer lugar, porque confirma, con una extensa argumentación, la tendencia actual de la jurisprudencia nacional a conceder en algunos casos la reparación del *daño moral por incumplimiento contractual* y, en segundo lugar, porque contiene precisiones sobre las condiciones de la responsabilidad de quienes efectúan tales exámenes por los perjuicios causados por un *diagnóstico errado de una enfermedad*.

2. Resumen de los hechos

Un breve resumen de los hechos de esta causa puede ser útil para apreciar el alcance de la decisión. El 8 de junio de 1989 el señor X concurre al Laboratorio Biológico S.A. (en adelante, el "laboratorio") para efectuarse un examen de SIDA. El laboratorio informó la presencia en la muestra de sangre, analizada mediante el denominado *test Elisa*, del VIH. Este resultado fue ratificado el 26 de junio de 1989 por el Instituto de Salud Pública. Al sentirse portador del virus del SIDA, el señor X cayó en un profundo estado de depresión, intentando, incluso, suicidarse. Con el paso del tiempo, estimando que su estado no correspondía a la sintomatología del SIDA se efectuó, el 7 de marzo de 1992, un nuevo examen en el centro médico Carlos Casanueva, quien certificó que en realidad no padecía esa enfermedad. Este resultado fue también confirmado por el Instituto de Salud Pública.

El señor X demandó a tres personas jurídicas que, en su opinión, actuaban mediante el laboratorio: a un médico (a quien atribuía intervención en el examen), al Instituto de Salud Pública y al fisco de Chile. Imputó conductas "gravísimamente culpables" a los demandados, y solicitó, a título de daño moral por "responsabilidad extracontractual", el pago de cuatrocientos millones de pesos en forma solidaria entre los demandados. Subsidiariamente demandó el pago de la misma suma a título de "responsabilidad contractual".

El 24° Juzgado Civil de Santiago, el 31 de julio de 1996, acogió la demanda condenando a uno de los demandados (al laboratorio, cuyo repre-

² La sentencia fue publicada en la RDJ, t. xcvi, sec. 1ª, p. 234 y s., y en la *Gaceta Jurídica*, N° 257, noviembre de 2001, p. 39 y s. Véase también el comentario de Ramón DOMÍNGUEZ A., "Daño moral contractual. Examen de laboratorio por VIH. Ausencia de norma que impida esa reparación en materia contractual. Comentario de jurisprudencia", en *Revista de Derecho*, N° 209, Universidad de Concepción, 2001, p. 233 y s. En otro caso planteado recientemente en Chile, una paciente a quien se le diagnosticó erradamente durante dos años un cáncer terminal con metástasis pulmonar, recibiendo un tratamiento con morfina y habiendo sido desahuciada, presentó una querrela criminal contra el médico tratante. Véase diario *La Tercera*, 4 de septiembre de 2003.

sentante reconoció la práctica del examen) a pagar al demandante ciento cincuenta millones de pesos, suma en la que se reguló la indemnización del daño moral causado por el incumplimiento contractual. La Corte de Apelaciones de Santiago, el 2 de marzo de 2000, confirmó ese fallo, reduciendo el valor de tales perjuicios a sesenta millones de pesos, por considerar excesiva la indemnización concedida de acuerdo con el mérito de los antecedentes allegados sobre la materia³.

El laboratorio interpuso contra la sentencia de segunda instancia recurso de casación en la forma y en el fondo. La Corte Suprema, el 5 de noviembre de 2001, declaró inadmisibles por no haber sido preparado el recurso de casación en la forma y rechazó el recurso de casación en el fondo, contra el voto de minoría de un ministro, que estuvo por aceptarlo. Los fundamentos principales del recurso de casación en el fondo fueron, por una parte, un supuesto error de derecho al considerar que el artículo 1.556 del *Código Civil* autoriza la reparación del daño moral en materia contractual y, por otra parte, la inexistencia de los requisitos de la responsabilidad contractual, en particular, el haber exigido un grado de diligencia superior al señalado por el artículo 1.547 del *Código Civil*⁴.

Como se indicó, al pronunciarse sobre estos dos capítulos del recurso de casación, la Corte Suprema expone interesantes argumentos:

- I. La admisibilidad del daño moral en materia contractual
 - II. Las condiciones de la responsabilidad civil de laboratorios por diagnóstico errado de una enfermedad.
- Materias que son examinadas a continuación.

I. ADMISIBILIDAD DEL DAÑO MORAL POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

3. Generalidades

La procedencia de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual se ha debatido durante décadas en el Derecho nacional. Antes de

³ Por otra parte, el fallo de alzada efectuó una precisión importante —aunque alejada del objeto de este comentario— al declarar que el reajuste de la indemnización se contabiliza desde la fecha en que la sentencia resulta ejecutoriada y no desde la fecha del fallo.

⁴ El recurrente también invocó otros dos argumentos accesorios: una supuesta violación del artículo 1.558 del *Código Civil*, en atención a que los perjuicios provendrían de la propia conducta del demandado, que "no consultó médico alguno sino que se diagnosticó la enfermedad del SIDA"; y una infracción de las normas reguladoras de la prueba. La Corte rechazó estos argumentos, considerando que el nexo causal es una cuestión de hecho que no puede alterarse al conocer de la casación en el fondo y que las reglas reguladoras de la prueba fueron respetadas (cons. 21° a 25°).

analizar los argumentos para acceder a su reparación (B), se examinará brevemente la relación contractual que existía entre el laboratorio y el actor (A).

(A) Existencia de un contrato

4. Relación contractual entre el actor y el laboratorio

El demandante planteó sólo subsidiariamente la acción de responsabilidad contractual, sin duda con el propósito de eludir la discusión acerca de la procedencia del daño moral en este ámbito; no obstante, parecía indiscutible la existencia de una *relación contractual* entre el actor y el laboratorio. El fallo de Corte Suprema concluyó:

“que entre las partes existió un vínculo jurídico consistente en un contrato de prestación de servicios mediante el cual el Laboratorio Biológico S.A. se obligó a tomarle al actor una muestra de sangre, analizarla e informarle su resultado en orden a la presencia del anticuerpo del VIH (virus de la inmunodeficiencia humana) y el Sr. X se obligó, por su parte, a pagar una determinada suma de dinero por dicha prestación”⁵.

En efecto, en la contratación masiva el ofrecimiento de servicios al público (en este caso, la realización de exámenes médicos) constituye jurídicamente una “oferta”. Al ser aceptada por un particular se da nacimiento a un contrato, cuyas condiciones de contratación, como ocurre típicamente en estas situaciones, son fijadas unilateralmente por el prestador del servicio. Se trata, por tanto, de un *contrato por adhesión*, celebrado entre un proveedor y un consumidor, y sujeto a la ley N° 19.496, *sobre protección de los derechos de los consumidores*⁶; calificación que tiene algunos efectos prácticos según se expondrá⁷.

Cabe la pregunta, ¿qué ocurre cuando un hospital, una clínica o un médico, con el fin de precisar las causas de una enfermedad encarga a un tercero (laboratorio especializado) la realización de un examen específico (como el VIH), remitiéndole una muestra de sangre? Dos relaciones contractuales existirían en este caso: una entre el paciente y el hospital, clínica o médico, y otra entre estos últimos y el laboratorio. El paciente no estaría vinculado

⁵ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 6°); fundándose en los hechos establecidos por el juez de fondo (24° Juzgado Civil de Santiago, 31 de julio de 1996, cons. 15°).

⁶ Véase sobre estos contratos por adhesión entre proveedores y consumidores: Mauricio TAPIA y José Miguel VALDIVIA, *Contrato por adhesión, ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 49 y s.

⁷ Véase *infra* (párrafo 9).

contractualmente al laboratorio, que actúa como simple mandatario o representante en la ejecución del contrato y, por ende, un diagnóstico errado de su parte constituiría un incumplimiento contractual imputable directamente al mandante (arts. 1.448 y 1.679 del *Código Civil*)⁸. Sostener lo contrario implicaría autorizar una excusa general del deudor cada vez que el incumplimiento se deba a la negligencia de un tercero en quien delega la ejecución del contrato. Si la víctima deseara en tal caso demandar al laboratorio, debería recurrir entonces a las normas de la responsabilidad extracontractual, en atención a que la negligencia en el examen fue la causa de los daños.

5. Posición del Instituto de Salud Pública

La posición del Instituto de Salud Pública es distinta, pues obligado legalmente a ratificar los resultados de tales exámenes no mantiene relaciones contractuales con los clientes de los laboratorios. Tampoco al Instituto podría imputársele en este caso un ilícito cuasidelictual fundado en el error de diagnóstico de la enfermedad, puesto que su labor se limitó a confirmar un resultado a partir de una muestra de sangre tomada y etiquetada erróneamente por el laboratorio. La sentencia de primera instancia, por ello, declaró que los perjuicios sufridos por el demandante no podían imputarse al Instituto de Salud Pública, rechazando la demanda interpuesta en su contra y en contra del fisco⁹.

(B) Procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento de contrato

6. Violación del artículo 1.556 del *Código Civil*

Confirmada la existencia de una relación contractual entre las partes, el principal capítulo del recurso de casación atribuía a la sentencia de segunda instancia el error de derecho de infringir el artículo 1.556 del *Código Civil*. Evidentemente, en opinión del recurrente este artículo sólo declararía indemnizable el daño emergente y el lucro cesante, excluyendo la reparación del daño moral en materia contractual¹⁰. El fallo de la Corte Suprema rechazó este argumento, estimando que la sentencia impugnada aplicó válida y correctamente ese artículo del *Código Civil*¹¹.

⁸ El mandante, evidentemente, podría repetir contra el representante.

⁹ 24° Juzgado Civil de Santiago, 31 de julio de 1996 (cons. 23°).

¹⁰ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 5°).

¹¹ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 18°).

Antes de analizar los argumentos de la Corte, conviene revisar brevemente la evolución que ha experimentado la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual en el derecho nacional y comparado.

7. Jurisprudencia y doctrina nacional

Como ha ocurrido en la experiencia comparada, la procedencia de la reparación de los perjuicios morales derivados del incumplimiento contractual ha sido progresivamente aceptada por la jurisprudencia, con el apoyo de la mayor parte de la doctrina¹².

Como es sabido, el *Código Civil* no regula la reparación del daño moral. Es más, la única norma que se pronuncia sobre este daño excluye su reparación (en materia de injuria, el artículo 2.331). Así, a principios del siglo xx, la reparación alcanzaba sólo a los perjuicios patrimoniales de que trata el artículo 1.556 (daño emergente y lucro cesante). La jurisprudencia nacional comenzó a conceder la indemnización del daño moral, en materia extracontractual, desde la década de 1920, con algún retraso en relación con el Derecho Comparado¹³; sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad contractual la jurisprudencia se ha mostrado aún más reticente, argumentando que el *Código Civil* no ordena la reparación en sede contractual de "todo" daño (como lo hace en el ámbito extracontractual el artículo 2.329), sino que únicamente del *daño emergente* y del *lucro cesante* (artículo 1.556), conceptos que históricamente han tenido una clara connotación patrimonial. Así, hasta el año 1950 existió una posición jurisprudencial unánimemente hostil a la indemnización de estos perjuicios en sede contractual, fundada en que la patrimonialidad de los contratos excluía tal posibilidad¹⁴. Esta reticencia fue estimulada por la caren-

¹² La indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual ha sido exhaustivamente estudiada en el derecho nacional por Carmen DOMÍNGUEZ H., *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 167 y s.; así como en la reciente memoria de prueba de Nicolás ROJAS C., *El daño moral derivado de incumplimiento de contrato*, dirigida por Enrique Barros, Santiago, Universidad de Chile, 2002.

¹³ En general, se señala que la Corte Suprema concedió por primera vez la indemnización del daño moral en la sentencia de 16 de diciembre de 1922 (daño moral por muerte de un hijo de ocho años atropellado por un tranvía), RDJ, t. XXI, sec. 1^a, p. 1.053. Sobre la evolución de la reparación del daño moral en Chile: Carmen DOMÍNGUEZ H., "La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho Civil chileno y Comparado", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 1, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1998, p. 27-55 y DOMÍNGUEZ H. (n. 12); Enrique BARROS, *Curso de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Universidad de Chile, 2002 y Hernán CORRAL, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 148 y s.

¹⁴ Pueden consultarse las siguientes sentencias que rechazan la indemnización del daño moral en materia contractual: Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio de 1936,

cia de estudios doctrinales (la mayoría de los autores eludía el tratamiento del daño moral, como es el caso de Luis Claro Solar¹⁵), y por una lectura errada de la influyente obra de Arturo Alessandri, quien paradójicamente, y a pesar de lo sostenido hasta la fecha por algunos autores y fallos nacionales, no se pronunció contra la indemnización del daño moral en materia contractual¹⁶.

Pero en la década del cincuenta se inició un período de vacilaciones, que condujo a la jurisprudencia a aceptar la indemnización del daño moral sólo en algunos tipos de contratos. Es lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de transporte, justificándose la reparación del perjuicio moral en la posibilidad del porteador de *prever* los daños que el incumplimiento importa y en su obligación de conducir al pasajero hasta el lugar de destino sano y salvo (denominada en la doctrina comparada *obligación accesoria de seguridad*)¹⁷. Sin duda, la Corte Suprema se percató en estos casos de la extrema injusticia de negar la indemnización del daño moral a la víctima pasajera y concederla al tercero transeúnte¹⁸. Con posterioridad, y particularmente en los últimos

confirmada por la Corte Suprema sin pronunciarse sobre la cuestión, en RDJ, t. xxxiii, sec. 1^a, p. 331 y Corte Suprema, 18 de abril de 1950, en RDJ, t. XLVII, sec. 1^a, p. 127; cons. 2^o.

¹⁵ *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Santiago, Imprenta Nascimento, 1937, t. II, N° 1.216 y s.

¹⁶ Arturo Alessandri se limita a señalar que en materia contractual el "daño moral no es indemnizable, a lo menos en el estado actual de la jurisprudencia" e, incluso, cita a los tratadistas Mazeaud, Planiol y Ripert (que influyeron notablemente en la redacción de su obra) "que estiman que el daño moral es indemnizable en materia contractual", en *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, p. 49 y n. 1. La sentencia objeto de este comentario afirma que la restricción de la reparación a los daños patrimoniales en materia contractual "tuvo su principal sostenedor y defensor en el profesor Arturo Alessandri", en Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, cons. 8^o. Véase sobre estas cuestiones: ROJAS C. (n. 12), p. 112 y s.

¹⁷ Sobre estas obligaciones de seguridad, accesorias al contrato de transporte, que dan origen a la reparación de daños morales, véase François CHABAS, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, traducción y notas de Mauricio Tapia, París, Editorial Van Dieren, 2004, p. 62 y s.; Christian LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, 5^a ed., París, Economica, 2003, T. III, p. 644 y s.; Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*, 2^a ed., París, LGDJ, 1998, p. 398 y s. En el Derecho nacional, Carlos PIZARRO, *Etude critique sur la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, tesis de doctorado, París, 2003, p. 166 y s.

¹⁸ Corte Suprema, 3 de julio de 1951, en RDJ, t. XLVIII, sec. 1^a, p. 252 y 14 de abril de 1954, en RDJ, t. LI, sec. 1^a, p. 74. En el segundo de estos fallos, la Corte Suprema acertadamente concluye que "el problema de la procedencia de la indemnización del daño moral se concreta a saber si éste es o no previsible para las partes al momento de celebrarse el contrato", y que "si se admite, como ocurre en la especie, que el daño moral es indemnizable cuando proviene de un cuasidelito, es ilógico rechazarlo si se le funda en el contrato [de transporte]...". Véase sobre la justificación de estos fallos: DOMÍNGUEZ H. (n. 12), p. 335 y s.

veinte años, los tribunales han otorgado la indemnización del daño moral tratándose de un contrato de trabajo (por accidentes del trabajo¹⁹ o por despido injustificado²⁰) y en algunos contratos vinculados a la actividad bancaria (como es el caso del descédito provocado por protestos erróneamente efectuados por un banco)²¹.

Al respecto cabe, sobre todo, destacar la sentencia de 20 de octubre de 1994, citada por el fallo objeto de este comentario²². En ella, la Corte Suprema afirma que el artículo 1.556 no excluye forzosamente la indemnización del daño moral; que la ley lejos de prohibir su indemnización, se refiere a los perjuicios morales en algunos casos²³, y que no se justifica negar su reparación, pues los bienes extrapatrimoniales tienen usualmente mayor valor que los patrimoniales. Como se concluye en un comentario, esta sentencia tiene la virtud de desestimar uno de los principales argumentos para negar la reparación de este daño en sede contractual, esto es, el texto del artículo 1.556²⁴.

¹⁹ Sin embargo, en este ámbito existe una legislación especial (la ley N° 16.744, relativa al seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales), que abre expresamente el derecho a la indemnización del daño moral (art. 69). Véanse algunos fallos en este sentido: Corte Suprema, 16 de junio de 1997, en RDJ, t. xciv, sec. 3ª, p. 95; Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de diciembre de 1998, en *Gaceta Jurídica*, N° 222, diciembre de 1998, p. 196; Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de julio de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 265, julio de 2002, p. 85 y s., que se funda en la mencionada ley especial y concluye, al mismo tiempo, que el artículo 1.556 no hace ninguna distinción entre el daño moral y el daño patrimonial; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de julio de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 275, mayo de 2003, p. 227 y s.; Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de agosto de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 266, agosto de 2002, p. 210 y s., que también se funda en esa ley especial y concluye que el artículo 1.556 no prohíbe la compensación del daño moral; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 13 de diciembre de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 270, diciembre de 2002, p. 183 y s.

²⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de diciembre de 1997, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 2, p. 431 y s., comentario de Ramón Domínguez A. Una posición contraria, sin embargo, puede verse en la sentencia de la Corte Suprema, 12 de julio de 2001. Véase sobre esta materia Sergio GAMONAL, *El daño moral por término del contrato de trabajo*, Santiago, Editrem S.A., 2000.

²¹ Véase, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 1996, en RDJ, t. xciii, sec. 2ª, p. 100. Otros fallos que han tomado una posición favorable a la indemnización del daño moral en materia contractual: Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de julio de 1984, en *Gaceta Jurídica*, N° 49, p. 101; Corte Suprema, 16 de junio de 1997, en RDJ, t. xciv, sec. 3ª, p. 94; Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 1998, en RDJ, t. xcvi, sec. 2ª, p. 96.

²² Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, en RDJ, t. xci, sec. 1ª, p. 100; esp. cons. 6º a 8º.

²³ La sentencia cita el artículo 544, en relación con el 539 y 1.544 del *Código Civil*, que aceptarían la reparación de daños no patrimoniales.

²⁴ Ramón DOMÍNGUEZ A. y Ramón DOMÍNGUEZ B., "Comentario de jurisprudencia. Daño moral en la responsabilidad extracontractual. Ausencia de una norma excluyente de su reparación", en *Revista de Derecho*, N° 196, Universidad de Concepción, 1994, p. 155-160.

La posición de la jurisprudencia a partir de la segunda mitad del siglo xx (especialmente en los últimos veinte años), parcialmente favorable a la reparación de este daño en materia contractual, se explica también por la proliferación de obras generales (Orlando Tapia S.²⁵, Fernando Fueyo²⁶, René Ramos²⁷), estudios monográficos (Leslie Tomasello²⁸, Carmen Domínguez²⁹), memorias de pruebas (Nicolás Rodríguez P.³⁰, José Gabriel Palma³¹, Cristián Aedo B.³², Nicolás Rojas C.³³, entre otras³⁴), y artículos o comentarios (Claudio Illanes³⁵, Ramón Domínguez A., Ramón Domínguez B.³⁶), que han argumentado en su favor. Una notable influencia ha tenido, entre éstos, el estudio de Leslie Tomasello, quien observa que la prestación en que consiste una obligación contractual no es necesariamente de carácter patrimonial y que su incumplimiento puede causar daños extrapatrimoniales al acreedor³⁷. También el trabajo de Carmen Domínguez, que dedica extensas páginas a refutar los argumentos utilizados tradicionalmente para rechazar la reparación del daño moral contractual: la supuesta patrimonialidad excluyente de la prestación —que resulta irrelevante cuando el incumplimiento ocasiona perjuicios

²⁵ *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Concepción, Publicaciones de la Universidad de Concepción, 1941, p. 292.

²⁶ Entre otras obras, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 375 y s.

²⁷ *De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 243.

²⁸ *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969. Antes de este trabajo, puede citarse, en favor de la reparación del daño moral en el contrato de transporte, la tesis de Mario RUIZ G., *El transporte de pasajeros en la doctrina y la jurisprudencia*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, Editorial Universitaria, 1962, p. 179 y s.

²⁹ DOMÍNGUEZ H. (n. 12) y también, con anterioridad (n. 13).

³⁰ *El daño moral en la responsabilidad contractual*, memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, 1992.

³¹ *El concepto de daño moral y su recepción en la jurisprudencia chilena*, seminario de titulación, Universidad Diego Portales, 1999.

³² *Daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, tesis, Antofagasta, Universidad Católica del Norte, 2000, publicada por Editorial Libromar como *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*.

³³ (n. 12).

³⁴ En el completo trabajo efectuado de Nicolás Rojas C. se analizan exhaustivamente las restantes memorias de pruebas en la materia y que, en general, recogen los argumentos que los autores nacionales utilizan para fundamentar la reparación de estos daños en materia contractual (n. 12), p. 129 y s.

³⁵ "El daño moral en la responsabilidad contractual", en *Revista del Abogado*, Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 1994.

³⁶ Entre otros, el artículo citado en n. 24, pp. 155-160.

³⁷ (n. 28), pp. 120-142.

extrapatrimoniales—, la imposibilidad de reparar el daño moral con dinero y el tenor literal del artículo 1.556³⁸.

A pesar de esta evolución, es innegable que desde el punto de vista del texto del *Código Civil* la reparación del daño moral en materia contractual se sigue enfrentando en el Derecho nacional a un problema (insalvable, según la opinión de Sergio Gatica³⁹), pues el artículo 1.556 autoriza la indemnización del *daño emergente* y del *lucro cesante*; no obstante, tal como concluyen algunos autores y fallos nacionales, aunque no pueda forzarse el sentido de estos términos para hacer entrar la reparación del daño moral (puesto que históricamente han estado vinculados inequívocamente al daño patrimonial), puede concluirse que ese artículo, si bien no lo regula al menos no prohíbe su indemnización⁴⁰.

En todo caso, la jurisprudencia nacional continúa vacilante hasta esta fecha y existen numerosos fallos que rechazan la reparación del daño moral por incumplimiento contractual⁴¹ y que emplean generalmente el argumento del texto del artículo 1.556, aludido también en el voto de minoría de la sentencia objeto de este comentario⁴². Pero, al mismo tiempo, existen varios fallos que la conceden⁴³; contradicción que puede explicarse, según se expondrá, por la exigencia de la *previsibilidad* del daño moral⁴⁴.

³⁸ (n. 12), p. 277 y s.

³⁹ *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, pp. 144-145 y 149-154.

⁴⁰ En este sentido, TOMASELLO (n. 28), p. 157 y ROJAS C. (n. 12), p. 143 y s. Algunas sentencias han concluido también que el artículo 1-556 no prohíbe la compensación del daño moral, por ejemplo, Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, en RDJ, t. xci, sec. 1^a, p. 100; Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 268, octubre de 2002, p. 93 y s., que cita la sentencia de 1994 y Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de agosto de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 266, agosto de 2002, p. 210 y s.

⁴¹ Entre otros, pueden citarse los siguientes fallos que rechazan la reparación del daño moral en materia contractual: Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de enero de 1990, confirmada por la Corte Suprema, 27 de agosto de 1990, en *Gaceta Jurídica*, N° 122, agosto de 1990, p. 31, fundado en el texto del artículo 1.556 del *Código Civil*; Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de septiembre de 1996, en RDJ, t. xciii, sec. 2^a, p. 115; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de diciembre de 1999 (“González Humberto con Rojas Gino”, ingreso Corte N° 5303-1996); Corte Suprema, 3 de enero de 2000, en RDJ, t. xcvi, sec. 1^a, p. 1). Asimismo, en el estudio de Nicolás Rojas se mencionan otras dos sentencias, no editadas, confirmadas por la Corte Suprema, de 14 de agosto de 2000 y de 11 de enero de 2001, que rechazan la indemnización sobre la base del texto del artículo 1.556 del *Código Civil* (n. 12), p. 139.

⁴² El voto disidente del ministro Jorge Rodríguez concluye que al indemnizar el daño moral en materia contractual se desatiende el tenor literal del artículo 1.556 del *Código Civil*, con el pretexto de consultar su espíritu y su intención (Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001).

⁴³ Véase *infra* (párrafo 12).

⁴⁴ Véase *infra* (párrafo 13).

8. Un argumento adicional: *el efecto horizontal* de los derechos constitucionales⁴⁵

Por otra parte, el desarrollo de la teoría constitucional moderna contribuye a reforzar la tesis de la reparación del daño moral en materia contractual. La Constitución, que contiene un catálogo de derechos y de garantías considerados fundamentales, no sólo representa una defensa de los particulares contra los excesos del Estado sino que, también, establece un conjunto de valores o principios que imponen límites a la actuación de los particulares en sus relaciones con otros particulares. Esta utilización de las normas constitucionales, denominada usualmente *efecto horizontal de los derechos fundamentales*⁴⁶, es un argumento adicional para aceptar la indemnización del daño moral en materia contractual. En efecto, la Constitución, entre otros derechos, asegura el respeto a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1) y a la intimidad, vida privada y el honor (artículo 19 N° 4), garantizando a los particulares la protección de intereses extrapatrimoniales. La reparación o compensación económica concedida a la víctima de los daños morales es una forma de garantizar la efectiva protección de tales intereses extrapatrimoniales, siendo indiferente en principio que el hecho generador de tales perjuicios provenga del incumplimiento de un contrato.

La jurisprudencia nacional, gracias al extendido desarrollo del recurso constitucional de protección, ha aceptado que se invoque directamente un derecho constitucional —como la propiedad incorporal sobre un derecho

⁴⁵ Véase sobre este *efecto horizontal* de los derechos constitucionales: Andrés JANA L., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Los derechos fundamentales*, seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2001, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 53 y s.; Víctor FERRERES C., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en *Los derechos fundamentales*, seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2001, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 41 y s.; Carlos PIZARRO, “Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la *Drittwirkung*”, en *Gaceta Jurídica*, N° 221, noviembre de 1998, p. 7 y s.

⁴⁶ La expresión *efecto horizontal* se utiliza para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre privados, en oposición al *efecto vertical* en que sólo resultan oponibles tales derechos a las acciones de entes públicos (es el contraste entre coordinación y subordinación). En el lenguaje jurídico alemán (derecho en que esta discusión ha alcanzado un mayor desarrollo) se utiliza la expresión *Drittwirkung* para referirse al efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. En el lenguaje jurídico anglosajón, en adición al *horizontal effect*, se ha introducido la nomenclatura de *privatisation of human rights*. El efecto horizontal puede ser, a su vez, *directo o inmediato (unmittelbare Drittwirkung)* e *indirecto o mediato (mittelbare Drittwirkung)* según se reconozca a los derechos constitucionales el carácter de derechos subjetivos también vinculantes para los privados o sólo un rango de principios que se irradian a las relaciones privadas a través de los valores que subyacen a ellos. En JANA (n. 45), p. 53.

personal⁴⁷ o la igualdad— en conflictos entre particulares —como el incumplimiento de un contrato—. También en materia de responsabilidad civil existen varias sentencias que citan como derechos directamente oponibles a las partes del litigio el artículo 19 N° 1 y 4 de la Constitución, con el objetivo de conceder la reparación del daño moral en materia contractual y sosteniendo, generalmente, que tales normas predominan de modo jerárquico por sobre el artículo 1.556 del *Código Civil*⁴⁸. Esta tesis ha sido desarrollada, asimismo, por algunos autores nacionales⁴⁹.

No cabe duda de que la invocación de la Constitución en conflictos entre privados muestra el vigor y la elasticidad de sus preceptos. Pero esa práctica involucra algunos riesgos. Las normas constitucionales son expresión de valores considerados fundamentales por la sociedad, pero la materialización de esos principios generales y abstractos en reglas precisas es una tarea que corresponde al legislador. Así, por ejemplo, el respeto constitucional de la *integridad física* puede llevar a concluir que el daño corporal sufrido por la infracción contractual debe ser reparado, pero ello nada nos dice acerca de la naturaleza de esa reparación, de su alcance y de sus límites. Estas últimas cuestiones son los típicos problemas que el Derecho Privado, en más de veinte siglos de evolución, ha intentado resolver mediante leyes y prácticas judiciales que, por ejemplo, han extendido la reparación al *pretium doloris*, precisados las reglas sobre legitimación activa y exigido la previsibilidad de los daños como límite a la reparación. Esta riqueza normativa corre el riesgo de despreciarse cuando las sentencias fundan su decisión no en las normas legales y costumbres judiciales, sino en la aplicación directa de normas constitucionales que tienen valor de principios generales, pero cuyos límites son, más bien, difusos⁵⁰. Esa misma indeterminación es una fuente de inseguridad jurídica,

pues sobre la base de esas normas generales de la Constitución puede alegarse como daño moral consecuencias de incumplimientos contractuales que escapan a la previsión normal de las partes y que deben permanecer, según las reglas del Derecho Privado, fuera de la reparación⁵¹.

En el fallo que se comenta, la Corte utilizó preceptos constitucionales como fundamento de su decisión, al invocar los artículos 1° y 19° de la Constitución en la justificación del derecho del demandante a recibir una indemnización; sin embargo, la sentencia se limita a citarlos sin abundar en el efecto argumentativo que debiera atribuirse a los derechos fundamentales. Así, se pueden extraer conclusiones muy distintas a partir de esta sentencia. Podría concluirse que la Corte le dio un valor interpretativo a dichas normas constitucionales o, bien, ir más lejos y entender que desestimó el artículo 1.556 porque en el extremo sería contrario a las normas citadas al excluir la reparación del daño moral en sede contractual. De esta forma, el riesgo de indeterminación que se anuncia en el párrafo precedente se transforma en una fuente de incertidumbre jurídica mayor al dar espacio el fallo a conclusiones que representan posiciones doctrinarias antípodas en el Derecho Comparado.

Sin perjuicio de las debilidades de la sentencia comentada, la influencia de los derechos fundamentales en distintas áreas del Derecho Privado es irresistible y a la vez deseable; no obstante, es preferible que esa penetración se haga utilizando las normas constitucionales como principios interpretativos de las normas pertinentes del *Código Civil* (especialmente los artículos 1.546, 1.556 y 1.558), declarando la procedencia del daño moral cuando, según las normas civiles, exista un perjuicio cierto a intereses extrapatrimoniales que pudo preverse por las partes al contratar y se cumplan las demás condiciones de la acción de responsabilidad civil. Esto constituiría una renovación del sentido de estas normas civiles para consagrar la indemnización de daños cuya reparación se considera un principio ineludible en la actualidad (que no fueron imaginados al tiempo de la redacción del *Código*), respetando al mismo tiempo la lógica del "Derecho Privado"⁵². Ello sería consistente con la propia tradición del Derecho Civil. Después de todo, como acertadamente afirma Enrique Barros, precisamente por su carácter marcadamente histórico el Derecho Privado se encuentra abierto a la evolución⁵³. Por el contrario, una aplicación directa de las normas constitucionales sin la mediación de la rica tradición civil, puede conducir, como ha señalado Carlos Peña, a propósito de la utilización indiscriminada del re-

⁴⁷ Véase sobre el desarrollo de esta práctica en materia de contratos y sus riesgos: Andrés JANA L. y Juan Carlos MARÍN G., *Recurso de protección y contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Corte Suprema, 20 de octubre de 1994, en RDJ, t. xci, sec. 1ª, p. 100; Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de agosto de 1995, en RDJ, t. xcii, sec. 4ª, p. 161; Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 1998, en RDJ, t. xcv, sec. 2ª, p. 96; Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de agosto de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 266, agosto de 2002, p. 210 y s., que concluye que el artículo 1.556 no excluye la reparación del daño moral y que, en todo evento, deben prevalecer en caso de conflicto el artículo 19 N° 1 y 4 de la Constitución, en el que debería fundarse la reparación de este daño.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, DOMÍNGUEZ H. (n. 12), p. 360 y s.; RAMOS (n. 27), p. 283 y DOMÍNGUEZ A. y DOMÍNGUEZ B. (n. 24), p. 158.

⁵⁰ Véase sobre la diversa naturaleza de los principios y reglas: Robert ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 y Enrique BARROS, "Reglas y principios en el Derecho", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 2, 1984.

⁵¹ Véase *infra* (párrafo 13).

⁵² Véase JANA (n. 45), p. 64 y s.

⁵³ "Lo público y lo privado en el Derecho", en *Revista Estudios Públicos*, N° 81, 2001, p. 5 y s.

curso de protección, a una práctica constitucional procesalmente avanzada, pero argumentativamente arcaica⁵⁴; o lo que es peor, fundada en una forma elemental de justicia de equidad⁵⁵.

9. Leyes especiales

Finalmente, como un argumento adicional, se debe tener presente que existen normas legales nacionales que han reconocido expresamente la procedencia del daño moral en caso de incumplimiento contractual. Una de ellas es la ley N° 16.744, relativa al seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que abre expresamente derecho a la indemnización del daño moral (art. 69)⁵⁶. En segundo lugar, la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, que contiene una norma que reconoce a los consumidores el derecho a la "indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley" (art. 3 letra e). El incumplimiento de esta ley se acredita, entre otras formas, precisamente si el proveedor

"en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio" (art. 23)⁵⁷.

El fallo objeto de este comentario se refería a un incumplimiento defectuoso de un contrato de prestación de servicios, que debe calificarse como un contrato por adhesión sujeto a las normas de esta ley del consumidor y su incumplimiento, en consecuencia, puede dar origen a la reparación del daño moral⁵⁸. Como es posible imaginar, una inmensa mayoría de los contratos

⁵⁴ *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1997, p. 154 y s.

⁵⁵ Véase en este sentido, JANA y MARÍN (n. 47).

⁵⁶ Véase *Infra* (párrafo 7) y las sentencias citadas en n. 19.

⁵⁷ Véase en este sentido PALMA (n. 31), p. 30 y s.

⁵⁸ Véase *supra* (párrafo 4). La aplicación de las normas de esta ley parece indiscutible tratándose de laboratorios que prestan servicios de exámenes o análisis médicos. Por el contrario, a los "médicos" personas naturales, como tradicionalmente se ha sostenido que los profesionales no celebran actos de comercio, no se le aplicarían las normas de esta ley (art. 2). Véase en este sentido: RONY JARA, *Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor. Inclusiones y exclusiones*, en *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago, Universidad de los Andes, 1999, p. 60.

del comercio masivo quedan sujetos a estas disposiciones, y así en los últimos años varias sentencias en el ámbito de la protección al consumidor han concedido la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual⁵⁹.

10. Derecho Comparado

Con algún adelanto a la experiencia nacional, la tendencia en el Derecho Comparado ha sido conceder la reparación del daño moral en materia contractual. Se puede revisar, a modo ejemplar, lo sucedido en el Derecho francés, alemán y en el *Common Law*.

En el DERECHO FRANCÉS, sobre la base del artículo 1.149 del *Código Civil* (semejante al artículo 1.556 del *Código nacional*)⁶⁰, esta conclusión es indiscutible, sobre todo luego del "descubrimiento" por la jurisprudencia de la obligación de seguridad (preservar la integridad del acreedor) implícita en ciertos contratos (transporte de personas y contrato médico, por ejemplo)⁶¹, y que da lugar a la reparación de daños morales en caso de incumplimiento⁶². En la actualidad, los textos no hacen distinciones entre la reparación del daño moral en materia extracontractual y contractual⁶³.

⁵⁹ Puede consultarse, a modo ejemplar, la siguiente sentencia emanada de un juzgado de policía local (competentes para conocer las infracciones a esa ley): Juzgado de Policía Local de Providencia, 12 de abril de 2000 ("Jorge Streeter P. con Autoventas del Pacífico Limitada"), que condenó a la indemnización del daño moral (aunque sin discutir la naturaleza de la responsabilidad) a una empresa de arrendamiento de automóviles que efectuó un doble cobro del servicio, obligando a un cliente a efectuar aclaraciones y a solicitar explicaciones, sufriendo el temor de verse perjudicado en sus antecedentes comerciales a raíz de la supuesta falta de pago (se cita, en la sentencia, el mencionado artículo 23 de la ley N° 19.496).

⁶⁰ El texto del artículo 1.149 señala: "Los daños e intereses debidos al acreedor son, en general, la pérdida que hubiera sufrido y la ganancia de la que hubiera sido privado, salvo las excepciones y modificaciones citadas a continuación" ("Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a fait et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après").

⁶¹ Véase sobre estas obligaciones de seguridad en el Derecho francés los estudios citados en n. 17.

⁶² Generalmente se estima que se trata de una obligación de resultado.

⁶³ Así, entre los manuales y tratados recientes: JEAN CARBONNIER, *Droit Civil, Les obligations*, 22ª edición refundida, París PUF, Thémis Droit Privé, 2000, t. 4, p. 155 y s.; LARROUMET (n. 17), p. 644 y s.; PHILIPPE LE TOURNEAU y LOÏC CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2002-2003, p. 408 y s.; HENRI LÉON, JEAN MAZEAUD y FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 9ª edición por François Chabas París, Montchrestien, 1998, t. II, 1 v., p. 422 y s.; FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER y YVES LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8ª ed., Paris, Précis Dalloz, 2002, p. 540 y s.; VINEY y JOURDAIN (n. 17), p. 24 y s.

En el DERECHO ALEMÁN, el BGB establece taxativamente los derechos y los bienes jurídicos cuya violación se protege con la indemnización⁶⁴, sosteniéndose durante la primera mitad del siglo XX que estos preceptos, desde ya restrictivos, no regían cuando el daño moral proviene del incumplimiento contractual⁶⁵. Como usualmente las obligaciones contractuales tienen un contenido exclusivamente económico, el problema se consideraba de menor importancia; sin embargo, el deseo de reforzar el respeto a la dignidad humana luego de las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra y el desarrollo de la teoría constitucional a partir de los años cincuenta, llevó a recurrir a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de Alemania Federal de 1949 para la creación de un *derecho general de la personalidad*. Sobre la base de este derecho, el Tribunal Constitucional declaró que los jueces están obligados a interpretar las restrictivas normas del BGB de manera que hagan precedente, en casos distintos a los previstos por ese código, la indemnización de los intereses extrapatrimoniales⁶⁶. En la actualidad, si se prueba la infracción de un derecho a la personalidad es indiferente que el daño provenga de un incumplimiento contractual, siempre que se cumplan los otros requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria⁶⁷.

En el COMMON LAW, en términos generales, se admite en la actualidad la reparación de *non economic loss* tratándose de *torts* (responsabilidad extracontractual). En materia contractual, sin embargo, su reparación se ha enfrentado a fuertes reservas, hasta el punto de ser excluidos en contratos típicamente comerciales. Así, daños por *pain and suffering* o *mental distress* no son indemnizables por incumplimiento de contratos, excepto por supuesto en aquellos casos en que existe una superposición entre un contrato y la responsabilidad extracontractual, como ocurre con los daños corporales causados por negligencia médica o los provocados a un trabajador⁶⁸. Las razones que se han dado para esta limitación son, en esencia: que históricamente los contratos se vinculan a intereses económicos, que los eventuales daños morales

originan incertidumbres por su difícil evaluación y que una indemnización del daño moral podría ser fuente de una compensación desproporcionada⁶⁹. Esta posición ha sido reforzada por el análisis económico del Derecho, que ve en la indemnización de daños no pecuniarios un factor de incertidumbre en la determinación de los costos del incumplimiento y, por ende, un obstáculo a la asignación eficiente de los recursos⁷⁰; sin embargo, los tribunales de Estados Unidos y el Reino Unido no han aplicado esta regla de manera rígida. En ciertos casos los jueces han mirado a la naturaleza del contrato y han concedido daños no patrimoniales: cuando era particularmente probable que del incumplimiento se siguieran este tipo de daños⁷¹; cuando el propósito mismo del contrato era proteger de un daño emocional o proveer a la contraparte de un beneficio no monetario⁷²; en fin, cuando el incumplimiento del contrato es tan reprochable que podría considerarse como fuente de responsabilidad extracontractual⁷³. De este modo, con la reserva de la particularidad de los casos resueltos en el *Common Law*, puede sostenerse que en los denominados *personal contracts*, que atienden a intereses personales (contratos médicos, de transporte de personas, de vacaciones, funerarios, etc.), se concede la reparación de daños no pecuniarios; cuestión que no ocurre en los *commercial contracts*, en que predominan los intereses pecuniarios (como un simple contrato de compraventa). Pero estas categorías admiten cierta flexibilidad si las particularidades del caso así lo exigen. Por ejemplo, una típica transacción comercial sobre un objeto de un valor emocional para una parte, conocido de la otra, puede dar lugar a la reparación de los perjuicios no económicos⁷⁴.

11. Fundamentos del fallo para la indemnización del daño moral contractual

De lo expuesto puede concluirse que el Derecho Comparado tiende a aceptar, con ciertas condiciones, la reparación de los intereses extrapatrimoniales

⁶⁹ Sobre estas cuestiones véase ATIYAH (n. 68); Alan FARNSWORTH, *Contracts*, 2ª ed., Boston, 1990, p. 934.

⁷⁰ Véase Richard POSNER, *Análisis económico del derecho*, traducción de Eduardo Suárez, 1ª ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 96 y 116 y s. Esta posición no está exenta de detractores. Así, por ejemplo, se ha afirmado que también una "infracomensación" de la víctima estimula una asignación de recursos ineficiente, pues el autor no asume todos los costos de su actuar.

⁷¹ Véase FARNSWORTH (n. 69), p. 934.

⁷² Véase ATIYAH (n. 68), p. 440.

⁷³ Véase FARNSWORTH (n. 69), p. 934.

⁷⁴ Por ejemplo, el caso *Windekler vs. Scheers Jewelers*, en el que un joyero perdió unos anillos de familia que había recibido para fabricar uno nuevo (8 Cal. App. 3d. 844, 88 Cal. Rptr. 39-1970).

⁶⁴ Cuando no es posible la reparación en naturaleza, la indemnización en dinero sólo procede en los casos señalados expresamente por el BGB, en especial, en materia extracontractual se acepta la reparación de las lesiones al cuerpo o la salud y las privaciones de libertad.

⁶⁵ Véase en ese sentido: Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, traducción y notas de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 232.

⁶⁶ Esta sentencia del Tribunal Constitucional (1973), confirmó una jurisprudencia que ya había establecido la Corte Suprema Federal.

⁶⁷ En particular, que los daños sean "serios". Véase una exposición del desarrollo de estas materias en Alemania en ROJAS C. (n. 12), p. 79 y s., y 148 y s.

⁶⁸ Véase Patrick ATIYAH, *An introduction to the Law of Contracts*, 5ª ed., Clarendon, 1995, p. 440.

lesionados por la infracción contractual. La sentencia objeto de este comentario es coincidente con esa evolución y para apreciar sus alcances resulta necesario examinar detalladamente los argumentos empleados por la Corte Suprema.

En primer lugar, la Corte hace valer un *argumento histórico*, al afirmar que al momento de la redacción del *Código Civil* (y de su fuente el *Código Civil francés*) el daño resarcible comprendía solamente el perjuicio patrimonial, que era el único conocido por la doctrina. Por ello, no puede sostenerse, en opinión de la Corte, que la intención de los redactores haya sido excluir la reparación de perjuicios que se ignoraban al momento de formular el artículo 1.556 del *Código Civil*⁷⁵. Más aún, la utilización de la forma verbal “comprende” en este artículo, sinónima de “contiene” o “incluye”, no llevaría implícita la idea de exclusividad y no descartaría, en consecuencia, al daño moral⁷⁶.

En segundo lugar, la Corte hace presente la *evolución jurisprudencial* en la interpretación del artículo 1.556. En particular, reproduce los argumentos de la sentencia de 20 de octubre de 1994, que concluye que no es efectivo que esta disposición ordene únicamente la indemnización del daño patrimonial y que la ley no prohíbe invocar el daño moral fuera del ámbito de la responsabilidad extracontractual⁷⁷. Estos precedentes demostrarían la necesidad de que la jurisprudencia se adapte a las nuevas necesidades sociales, reinterpretando los preceptos legales⁷⁸.

No cabe duda de que la consistencia entre las decisiones judiciales es una exigencia no sólo de justicia sino, también, de certeza al propender al tratamiento igualitario de casos similares. Lamentablemente, citando sólo los fallos favorables a la concesión del daño moral, la Corte olvida referirse y hacerse cargo de los argumentos de las innumerables sentencias que hasta esta fecha han rechazado su reparación. En el fondo, no queda claro como se concilian aquellas “nuevas necesidades sociales” de que habla el fallo con precedentes recientes que han rechazado la reparación⁷⁹.

En tercer lugar, la Corte afirma que la *doctrina nacional* reciente, como se ha expuesto, acepta la indemnización del daño moral en materia contractual,

citando para ello las obras de Fernando Fueyo, Leslie Tomasello, Ramón Domínguez A., Ramón Domínguez B. y Carmen Domínguez H.⁸⁰.

En cuarto lugar, la sentencia concluye que la protección de los atributos morales de la persona se encuentra reconocida y garantizada por la *Constitución*, al prescribir que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (art. 1º) y al consagrar el derecho a la vida, a la integridad física y síquica (art. 19), concepciones también aceptadas por convenciones internacionales ratificadas por Chile⁸¹; sin embargo, la sentencia no extrae ninguna conclusión de esta constatación, es decir, no sostiene ni la aplicación directa de las normas de la Constitución, ni un posible conflicto de estas normas con el artículo 1.556, ni tampoco que deban utilizarse como herramienta interpretativa del *Código Civil*; simplemente se limita a citar el texto de esos artículos.

La invocación de los artículos de la Constitución podría entenderse como una incipiente muestra de la consagración del *efecto horizontal* de los derechos fundamentales. Como se concluyó, antes que una aplicación directa de la Constitución que prescindiera de los principios de la responsabilidad civil, es preferible que tales derechos fundamentales sean utilizados para interpretar los artículos pertinentes del *Código Civil* (1.546, 1.556 y 1.558), con el propósito de concluir que la protección de intereses extrapatrimoniales es un valor fundamental reconocido constitucionalmente y que, por lo tanto, su violación debe ser compensada pecuniariamente, siempre que se cumplan las restantes condiciones de la responsabilidad civil⁸².

En quinto lugar, la Corte concluye que las nuevas tendencias de la doctrina y la jurisprudencia conducen a aseverar que el concepto de *daño emergente* que emplea el artículo 1.556 del *Código Civil* comprende no sólo el daño pecuniario sino, también, el moral. Esta interpretación sería aceptable por el significado gramatical de “daño”⁸³.

La sentencia no cita ni autores ni fallos que acojan esta aventurada interpretación del concepto de daño emergente. Esta interpretación, rara vez sostenida por la doctrina nacional⁸⁴, es absolutamente discutible. Existe una larga tradición en el Derecho Comparado y nacional que atribuye al daño emergente una significación estrictamente vinculada a la pérdida patrimonial actual. Así, la Corte Suprema ha fallado que este tipo de daño consiste en un

⁷⁵ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 9º).

⁷⁶ En el caso de la fuente de esta norma, el artículo 1.149 del *Código Civil francés*, este problema es menor, pues el texto señala que los daños debidos al acreedor son “en general” la pérdida efectuada y las ganancias de las que fue privado.

⁷⁷ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 11º). Véase sobre la sentencia de 1994 *supra* (párrafo 7). El fallo comentado también cita los fallos de 3 de julio de 1951 y de 14 de abril de 1954, en *ibid*.

⁷⁸ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 12º).

⁷⁹ Un intento de explicar estos precedentes contradictorios en *infra* (párrafo 13).

⁸⁰ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 13º y 14º).

⁸¹ *Ibid.* (cons. 15º).

⁸² Véase *supra* (párrafo 8).

⁸³ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 16º).

⁸⁴ En este sentido véase RUIZ G. (n. 28).

“desmedro real y efectivo en su patrimonio”⁸⁵. En la doctrina, por ejemplo, Arturo Alessandri afirma que el daño emergente es “la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio”⁸⁶, y para Sergio Gatica es un “menoscabo de los bienes que forman actualmente el patrimonio del acreedor”⁸⁷. Junto a su carácter patrimonial, el daño emergente es esencialmente un perjuicio *actual*, contemporáneo y, por ello, fácil de calcular objetivamente. En cambio, el daño moral es un perjuicio que generalmente se proyecta en el tiempo como un detrimento de bienes de la personalidad y cuya valoración escapa a reglas precisas, quedando entregada a la prudencia judicial. Por esto, habría sido preferible que la Corte no forzara esa noción, y hubiera limitado su argumentación a sostener que el artículo 1.556 no excluye en ningún caso la reparación de otros perjuicios.

En sexto lugar, citando también la sentencia de 1994, la Corte agrega un argumento que la doctrina ha utilizado para sostener la reparación del daño moral en materia contractual: los *intereses extrapatrimoniales* tienen un valor que ordinariamente sobrepasa aquél de los bienes patrimoniales⁸⁸. Así, no existirían razones para conceder su indemnización en materia extracontractual y no en materia contractual⁸⁹. Agrega que un tratamiento diferente llevaría a situaciones absurdas, como en casos de responsabilidad médica, en que no es equitativo proceder a la indemnización si no existe un vínculo contractual entre el médico y paciente y se rehúse en caso contrario⁹⁰. Con todo, aun cuando los daños morales tengan una entidad inferior a los perjuicios patrimoniales en un determinado caso, deberían de todas formas repararse para dar cumplimiento con el principio de *reparación íntegra* que inspira en la actualidad a la legislación nacional⁹¹.

⁸⁵ Corte Suprema, 2 de marzo de 1977, en *Fallos del Mes*, N° 220, sent. 1, p. 25. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que el daño emergente es el “empobrecimiento real y efectivo padecido por quien pide que se le indemnice” (7 de diciembre de 1984, en RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, p. 266).

⁸⁶ Quien cita varios fallos en apoyo de esta definición, así como abundante doctrina comparada y nacional, (n. 16), p. 547.

⁸⁷ (n. 39), p. 107.

⁸⁸ Véase, por ejemplo, DOMÍNGUEZ H. (n. 12), p. 358 y s.

⁸⁹ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (cons. 16° *in fine*).

⁹⁰ *Ibid.* (cons. 17°).

⁹¹ Véase una exposición sobre el reconocimiento del principio de reparación íntegra en la jurisprudencia nacional: Andrés JANA L. y Carlos PEÑA G., *Reparación del daño extracontractual*, Edición, jurisprudencia y doctrina, texto preparado con la participación de los ayudantes Claudio Gutiérrez y Francisca Román, Santiago, Universidad de Chile, 2002.

12. Fallos posteriores

Los argumentos que han sido expuestos en el párrafo anterior han conducido a la jurisprudencia a insistir, con posterioridad a ese fallo, en la indemnización del daño moral en materia contractual tratándose, por ejemplo, de accidentes laborales en el marco del cumplimiento de un contrato de trabajo⁹² o de una infección contraída con motivo del cumplimiento de un contrato médico⁹³; sin embargo, tal como se indicó, existen fallos recientes que niegan la reparación de este daño en casos de incumplimiento contractual⁹⁴.

Esta aparente contradicción puede tener una explicación, pues la indemnización del daño moral en materia contractual se encuentra sujeta a todas las condiciones de la responsabilidad civil. En particular, debe rechazarse la indemnización cuando los perjuicios extrapatrimoniales reclamados sean una consecuencia imprevisible no tenida en cuenta por las partes al momento de contratar, tal como se expone a continuación.

13. Límite a la indemnización del daño moral en materia contractual: previsibilidad del perjuicio

Según el artículo 1.558 del *Código Civil*, para que los perjuicios sean reparables deben haber sido previstos o haber podido preverse al tiempo del contrato, excepto que se le pueda imputar dolo al deudor, en cuyo caso responderá también de los imprevisibles⁹⁵. La previsibilidad es un criterio que se valora en abstracto, comparando la conducta efectiva del deudor con el modelo del contratante diligente, y por ello la Corte Suprema la define como “una posibilidad de prever lo que no se ha previsto”⁹⁶.

⁹² Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de julio de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 265, julio de 2002, p. 85 y s.; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de julio de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 275, mayo de 2003, p. 227 y s.; Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de agosto de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 266, agosto de 2002, p. 210 y s. y Corte de Apelaciones de Antofagasta, 13 de diciembre de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 270, diciembre de 2002, p. 183 y s.

⁹³ En el ámbito médico, al obligarse a sanar al paciente, el profesional también se compromete a velar por su seguridad, siendo procedente la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales que derivan del incumplimiento de esta obligación. Véase Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2002, en *Gaceta Jurídica*, N° 268, octubre de 2002, p. 93 y s., el recurso de casación en la forma interpuesto contra esta sentencia fue declarado inadmisibles por la Corte Suprema, 29 de octubre de 2002, en *ibid.*

⁹⁴ Véase *supra* (párrafo 7).

⁹⁵ Enrique Barrios ha afirmado que la previsibilidad es un requisito esencial de la responsabilidad civil, pues la diligencia con que se mide el cumplimiento de las obligaciones alude a una persona que actúa razonablemente, y como lo imprevisible escapa a la deliberación, no debe quedar comprendido en el ámbito de la responsabilidad del agente, (n. 13).

⁹⁶ Corte Suprema, 29 de marzo de 1962, en RDJ, t. LIX, sec. 4ª, p. 21.

Ahora bien, la previsibilidad, al ser un elemento crucial de la responsabilidad civil, resulta en extremo difícil de determinar⁹⁷. Usualmente es definida por fórmulas generales cuya aplicación deja demasiado margen de discrecionalidad y, por tanto, de incertidumbre: "aquello que ocurre en el curso natural de los eventos" o "eventos normales en oposición a excepcionales", son ejemplos que evidencian esta dificultad.

Al igual que en otras materias de compleja aprehensión en el Derecho Privado, los orígenes y la justificación de la limitación a los perjuicios previsibles en la responsabilidad extracontractual, contribuyen a precisar el contenido de la regla. La Constitución de Justiniano fijó la regla del doble del valor de la cosa objeto del contrato como monto máximo de la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. Esta regla fue tomada por Dumoulin, Domat y finalmente recibe forma definitiva en Pothier, quien traduce esta regla en la idea de previsibilidad. La opinión de Pothier es recogida con ciertas modificaciones por el *Código Civil* francés y de ahí pasa a la mayoría de los códigos que siguen su tradición. La idea fundamental en Pothier es que la indemnización de perjuicios por incumplimiento culpable debe tener un límite y este límite debe estar dado por la previsibilidad⁹⁸. En la extraordinaria lucidez de Pothier, razones de justicia y de eficiencia concurren en apoyo de regla. Razonablemente no cabe pretender que el deudor haya tenido el propósito de responder sino de aquellos perjuicios que pudo suponer como consecuencias probables de su incumplimiento. Nadie se obliga, salvo acuerdo expreso, a lo que no pudo precaver ordinariamente. Agrega Pothier, dando contenido a la previsibilidad, que debe apreciarse si el deudor aparece a cargo del riesgo por el cual se produjeron los daños. Esta idea, de dar contenido a la noción de previsibilidad a partir de la noción de riesgo, pareciera ser un camino particularmente fértil para fijar el ámbito de los daños indemnizables. Así, la pregunta acerca de cuales daños son previsibles y cuales no, podría replantearse entonces desde la perspectiva de a quién pertenece el riesgo que ocasiona el daño: ¿debe el daño ocurrido ser tratado como parte del riesgo de una parte o el de la otra?

Las consideraciones anteriores otorgan, en nuestra opinión, una correcta aproximación para decidir la procedencia de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual: el daño moral por incumplimiento culpable está sujeto al requisito de la previsibilidad para ser indemnizable⁹⁹.

⁹⁷ Véase sobre la previsibilidad del daño moral por incumplimiento contractual el extenso análisis de DOMÍNGUEZ H. (n. 12), p. 493 y s.

⁹⁸ Véase POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, traducción de la edición francesa de 1828 a cargo de M. Dupin, por M.C. Cuevas Buenos Aires, Heliasta, 1978.

⁹⁹ En tal sentido, la Corte Suprema en un antiguo fallo había concluido que "el problema de la procedencia de la indemnización del daño moral se concreta a saber si éste es o no

Por lo tanto, habrá que determinar si en el contrato particular de que se trata el deudor aparece encargado del riesgo por el cual se produce el daño extrapatrimonial, si ello forma parte o no de las expectativas que razonablemente cabía que se formasen las partes al momento de celebrar el contrato.

La tradición individualista del Derecho Civil entiende al contrato como un acuerdo que permite el intercambio de bienes, con un contenido esencialmente económico; sin embargo, esto no obsta a que determinados contratos involucren directa o indirectamente intereses extrapatrimoniales de las partes y cuya lesión pueda anticiparse como parte de aquello que según las expectativas de los contratantes integra el ámbito de lo contratado. Así, en primer lugar, pueden las partes en el acuerdo haber tenido en cuenta ciertos intereses no económicos, como en el caso resuelto en el Derecho anglosajón de un joyero que recibe a sabiendas unas joyas de familia para transformarlas y que termina perdiéndolas¹⁰⁰. Más aún, como se sabe, el acuerdo de las partes puede exonerar total o parcialmente al deudor de la responsabilidad¹⁰¹ o, bien, regular anticipadamente el monto de los perjuicios mediante una cláusula penal (artículos 1.535 y siguientes del *Código Civil*). Pero a falta de acuerdo, el juez deberá recurrir a otros elementos para determinar si las partes, al tiempo del contrato, consideraron como parte de los riesgos que asumía uno de los contratantes la lesión de intereses extrapatrimoniales. En este sentido, un elemento relevante (aunque no excluyente) es la naturaleza del contrato que suscriben las partes, pues existen algunos acuerdos (denominados en el *Common Law*, como se indicó, *personal contracts*) que están vinculados directamente a intereses extrapatrimoniales de las partes, siendo, por tanto, previsible que la infracción contractual pueda inferir una lesión a tales intereses, como es el caso del contrato de trabajo, del contrato de transporte de personas y del contrato médico¹⁰². Como también se señaló, en muchos de estos contratos se tiende a reconocer en el Derecho Nacional y Comparado una obligación implícita de seguridad (llevar sano y salvo al pasajero a destino, no empeorar la condición del enfermo producto de una infección intrahospitalaria, etc.), siendo previsible al tiempo del con-

previsible para las partes al momento de celebrarse el contrato", 14 de abril de 1954 en RDJ, t. LI, sec. 1ª, p. 74.

¹⁰⁰ Véase *supra* (párrafo 10 y n. 74).

¹⁰¹ Salvo si se trata de un contrato por adhesión sujeto a las reglas de la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, que establece que en tales contratos no producen efecto alguno las cláusulas que "contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio" (artículo 16 letra e).

¹⁰² Véase *supra* (párrafo 10).

trato que una violación de esa obligación pueda originar una lesión a intereses extrapatrimoniales (muerte del pasajero, agravación del enfermo, etc.)¹⁰³. En cambio, en otros contratos (denominados, en el *Common Law*, *commercial contracts*), por su naturaleza esencialmente fundada en el intercambio comercial de bienes y servicios, resulta extraño a la naturaleza y riesgos tenidos en vista por las partes al tiempo de contratar que el incumplimiento tenga consecuencias extrapatrimoniales para el acreedor. De esta forma se puede explicar que algunos fallos nacionales recientes hayan rechazado la indemnización del daño moral en materia contractual tratándose, por ejemplo, en un contrato de representación para la venta de armas en el extranjero en que se demandó el daño moral proveniente del incumplimiento del pago de comisiones del representante¹⁰⁴. En todo caso, aunque hubiese sido previsible un daño de esta naturaleza, es necesario que el incumplimiento contractual haya originado un perjuicio de una cierta entidad para dar lugar a la reparación. Por ello, la decepción de un comprador a quien no fue entregada la cosa a tiempo no puede dar lugar a reparación por ser un perjuicio que carece de la *seriedad* que el Derecho exige y debe ser soportado como una molestia normal del comercio¹⁰⁵.

En este sentido, el fallo comentado no efectúa ninguna apreciación acerca del grado de previsibilidad del daño ocasionado al actor o de la naturaleza del contrato particular; sin embargo, el actor contrató los servicios del laboratorio para efectuarse un examen de una enfermedad grave e incurable y que involucra hasta nuestros días, desgraciadamente, una cierta carga de reprobación social. En consecuencia, es posible concluir que el laboratorio asumía los riesgos de los efectos nefastos que una torpeza en el examen podía acarrear al actor, en particular, la repercusión que podía tener en su salud mental y las consecuencias para sus relaciones familiares y sociales. En este caso, los intereses extrapatrimoniales de quien solicitó el examen quedaban comprendidos en el ámbito de la responsabilidad del laboratorio.

14. Naturaleza de la indemnización del daño moral

La sentencia de primera instancia concedió como daño moral al actor la suma de ciento cincuenta millones de pesos (el actor solicitó cuatrocientos

¹⁰³ Véase *supra* (párrafo 7).

¹⁰⁴ En este caso la Corte Suprema concluye que el acreedor enfrentaba el simple resultado de una situación de negocios, esencialmente incierta y eventual. Corte Suprema, 3 de enero de 2000, en RDJ, t. XCIV, sec. 1^a, p. 1, y el comentario de Ramón DOMÍNGUEZ A., "Responsabilidad contractual. Ausencia de daño moral. Comentario de jurisprudencia", en *Revista de Derecho*, N° 207, Universidad de Concepción, 2000, p. 173 y s.

¹⁰⁵ Véase *infra* (párrafo 22).

millones), suma que el tribunal de alzada redujo a sesenta millones de pesos por estimarla elevada según el mérito del proceso¹⁰⁶. Si se considera que existen fallos nacionales que conceden sumas mucho menores en caso de accidentes que causan la muerte de la víctima, cabe la pregunta acerca de si el monto de esta indemnización puede explicarse por el deseo implícito de sancionar una conducta inexplicable bajo cualquier estándar elemental de diligencia atendida la entidad de los bienes en juego: una injustificada torpeza de mal etiquetar o confundir las muestras de exámenes de enfermedades graves¹⁰⁷. Así, el juez del fondo declaró que "la mínima prudencia ante la pandemia del SIDA indica que para los efectos de control debió el laboratorio privado extremar las medidas en la identificación de la muestra"¹⁰⁸.

En realidad, tal constatación no debería sorprender. Una práctica frecuente de los tribunales chilenos y extranjeros en la indemnización de daños no económicos es la de fijar el monto a indemnizar considerando no sólo la entidad del daño sino, también, la gravedad de la culpa¹⁰⁹. Este fuerte sabor punitivo que presenta el daño moral hace que usualmente en el Derecho Comparado se le atribuya un carácter de *pena privada* o de *daños punitivos*¹¹⁰, generalmente aplicada tratándose de la responsabilidad por culpa¹¹¹.

Si bien tal práctica pareciera contradecir abiertamente las bases de la responsabilidad civil que atribuyen a la indemnización una función esencialmente compensatoria, es cierto que, como también ha sido reconocido en el Derecho Comparado, la función de la indemnización por daño moral más que compensatoria es satisfactoria. Esta idea, fundamentalmente desarrollada por la jurisprudencia alemana, parte de la base que la lesión a bienes extrapatrimoniales es inconmensurable y, por lo tanto, explicarla bajo la lógica compensatoria de la indemnización patrimonial conduce inevitablemente a callejones sin salida. Así, el daño moral cumpliría una función más bien satisfactoria de la víctima, restituyendo la sensación de agravio que ha sufrido como consecuencia de la violación de sus bienes extrapatrimoniales. Por ser satisfactorio y no compensatorio, la valoración del daño moral admitiría considerar la gravedad de la conducta y la posición económica de las partes.

¹⁰⁶ Véase *supra* (párrafo 2).

¹⁰⁷ Sobre todo si se piensa que históricamente los actos médicos relativos a epidemias han sido considerados de interés público.

¹⁰⁸ 24° Juzgado Civil de Santiago, 31 de julio de 1996 (cons. 16°).

¹⁰⁹ Véase en este sentido, BARROS (n. 13).

¹¹⁰ Geneviève VINEY y Patrice JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*, 2^a ed., Paris, LGDJ, 2001, p. 4 y s.

¹¹¹ Como señalara Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, prefacio de M. Picard, tesis, Paris, L. Rodstein, 1947.

Es esta misma naturaleza incommensurable la que trae aparejados los mayores problemas de la indemnización del daño moral. En efecto, dada la imposibilidad de atenerse a parámetros objetivamente verificables como en el daño económico, atender a la particularidad del caso concreto exige otorgar una discrecionalidad casi sin límites a los jueces para valorar esta forma de daño. De este modo, el daño moral puede transformarse en una fuente de incertidumbre en el sistema jurídico nacional, pues sus criterios de atribución son aproximativos y la forma de determinación de su monto es simplemente caprichosa¹¹². Sólo un reconocimiento expreso de la función satisfactoria de la indemnización y una regulación de sus condiciones y efectos puede eliminar tales incertidumbres¹¹³. En ese sentido parecen particularmente deseables soluciones de tablas o baremos judiciales o, incluso, legales, que reconociendo la necesidad de la indemnización por lesión a bienes extrapatrimoniales, permitan controlar la enorme fuente de incertidumbre que su valoración lleva implícita.

Como podrá comprenderse, esta nota de cautela general frente a la indemnización del daño moral, adquiere especial significación cuando se trata de su reparación en el ámbito de la responsabilidad contractual. Como ya hemos visto, el carácter de instrumento de intercambio económico que tienen los contratos hace excepcional la presencia de elementos extrapatrimoniales como parte de la relación contractual. La idea de previsibilidad en los contratos se justifica por un afán de limitar la exposición de las partes en caso de incumplimiento intentando que ésta se mantenga en el ámbito de los riesgos que las partes se han distribuido y consecuencialmente compensarlo de forma económica. La incapacidad de mensurar la cuantía que trae aparejada la lesión al tipo de bienes que se indemnizan a través del daño moral puede significar que una parte al contratar sea incapaz de mensurar los efectos de su incumplimiento y, por lo tanto, el precio que puede cobrar por su prestación. Ello, en ausencia de seguros disponibles, puede terminar estableciendo in-

¹¹² En el derecho francés, un examen exhaustivo de la pena privada y sus riesgos en Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, tesis, Paris, LGDJ, 1995.

¹¹³ Por otra parte, desde el punto de vista de la prevención que puede lograrse con esta *pena civil*, debe tenerse presente que la tasa promedio de indemnizaciones por un ilícito opera como un precio de mercado que alienta o desalienta su comisión. Así, una actividad riesgosa provista de una muy baja tasa de indemnizaciones, poseerá un bajo costo que la hará preferible a otras actividades sustitutivas más caras (los laboratorios preferirán, por ejemplo, pagar las indemnizaciones antes que costear las medidas de prevención). Por su parte, tasas de indemnización excesivamente altas inducirán a un abandono de la actividad, haciéndola poco rentable y derivando recursos a otras áreas (por ejemplo, en este caso, ocurriría que ningún particular asumiría el eventual costo de la ejecución de exámenes de SIDA).

centivos incorrectos al desarrollo de actividades socialmente deseables (o indeseables).

15. Algunas notas sobre el alcance del fallo en materia de daño moral contractual

El contrato es, en esencia, la forma jurídica mediante la cual se efectúan los intercambios en la economía moderna y, por esto, sólo excepcionalmente afectan intereses extrapatrimoniales de las partes. Jean Carbonnier, con sobria claridad, ha concluido que:

“esto que llamamos responsabilidad contractual debería ser concebido como una cosa muy limitada: la obligación de procurar al acreedor el equivalente del interés (pecuniario) que esperaba del contrato; es un artificio hacer entrar en él brazos quebrados o la muerte de hombres; las tragedias son de la competencia del artículo 1382 [esto es, de la responsabilidad extracontractual]”¹¹⁴.

En efecto, la responsabilidad contractual es esencialmente una manera de reparar la pérdida económica sufrida por el acreedor y únicamente cuando el daño moral ha sido una consecuencia previsible al tiempo del contrato debe ser compensado por el deudor, considerando en esa indemnización las características particulares de cada relación contractual. En la actualidad es posible constatar una progresiva homologación entre los estatutos de responsabilidad contractual y extracontractual y es así, por ejemplo, que la prueba del incumplimiento es exigida cada vez que se trata de una obligación de diligencia con independencia del estatuto de responsabilidad aplicable, y que los daños indemnizables dependen más de su previsibilidad que del tipo de acción de responsabilidad que plantea la víctima. Este fenómeno, unido a una mayor tolerancia frente a la opción o cúmulo de responsabilidad, puede transformar en irrelevante esta discusión de la procedencia del daño moral en materia contractual. En todo caso, la decisión comentada al menos representa una confirmación de que al momento del contrato existen perjuicios extrapatrimoniales que son perfectamente previsibles por un contratante diligente, que deben entenderse a su cargo y ser cubiertos por la indemnización¹¹⁵.

En suma, la sentencia comentada, pensamos, demuestra que la aproximación doctrinaria y jurisprudencial tradicional respecto del lugar que cabe

¹¹⁴ (n. 63) p. 520.

¹¹⁵ Ramón Domínguez A., en un comentario de este fallo, destaca también que en él se menciona la “previsibilidad” como criterio de la reparación del daño moral en materia contractual, (n. 2), p. 238.