

que sería por completo inevitable que los perjuicios no patrimoniales escapen a todo esfuerzo de estandarización (de modo que sólo pueden ser evaluados subjetivamente).³²⁰

b) De hecho, del análisis de los fallos publicados se infieren criterios muy dispares de apreciación.³²¹ Ante todo, como es natural desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado.³²² La comparación de las indemnizaciones muestra,

³²⁰ Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795, que expresa, además, que el daño moral no puede ni es necesario que se acredite; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660, que señala que el daño moral "no tiene parámetros fijos para su apreciación"; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115, que expresa que el daño moral no requiere ser probado; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97, que manifiesta la ausencia de criterios objetivos para evaluar el daño moral.

³²¹ En esta sección sólo se hace referencia a casos de daño moral sufrido por la víctima directa; los problemas de evaluación del daño moral reflejo son analizados en *infra* § 25 c.

³²² Véase, por ejemplo, CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2856 (\$ 500 mil por lesiones menos graves de una mujer en accidente de tránsito); Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144 (\$ 500 mil por puñaladas y robo con violencia); Corte de Copiapó, 21.3.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 12.11.2001, GJ 297, 121, publicada también en F. del M. 504, 4090 (\$ 500 mil por lesiones causadas en accidente de tránsito); Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115 (\$ 700 mil por tratos deshonrosos a consumidora en una farmacia, a raíz de una supuesta sustracción de un artículo); CS, 12.8.2002, F. del M. 501, 2006 (\$ 800 mil por lesiones menos graves en accidente de tránsito); Corte de Temuco, 10.8.2000, RDJ, t. XCVIII, sec. 4^a, 27, publicado también en GJ 249, 123 (\$ 1 millón por golpiza en la vía pública a un menor por parte de un adulto); CS, 6.6.2002, GJ 264, 166, publicada también en F. del M. 500, 1555 (\$ 1 millón por lesiones ocasionadas en un accidente automovilístico); Corte de Valdivia, 25.6.2001, GJ 263, 120 (\$ 1.5 millones por lesiones graves y de mediana gravedad a dos menores causadas en un atropello); CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1^a, 186 (\$ 1.5 millones por pérdida de acciones cíviles y criminales por negligencia de un banco al consignar domicilio de un deudor); Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por la CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5^a, 132 (\$ 2 millones por negligencia en un tobillo y contusión en un codo en razón de caída en una vereda sin mantenimiento); CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5^a, 87 (\$ 2 millones por anegamiento producido en una vivienda en razón de la deficiente pavimentación de la calle frente a la cual dicho inmueble se encuentra); Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212 (\$ 2 millones por lesiones graves a raíz de atropello por parte de bus de locomoción colectiva); CS, 24.7.2003, GJ 277, 245 (\$ 2.5 millones por imputaciones falsas hechas por empleador para despedir a un trabajador); Corte de Concepción, 16.10.1998, GJ 225, 98, publicada también en F. del M. 484, 150 (\$ 3 millones por atropello); Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5^a, 105 (\$ 3 millones por detención injustificada de la víctima por el personal de seguridad en una vivienda en razón de una supuesta sustracción de un artículo); Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3^a, 103 (\$ 3 millones por pérdida de movilidad y dolor crónico en muñeca izquierda a raíz de accidente laboral); Corte de Chillán, 12.11.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 24.12.2001, GJ 257, 126, publicado también en F. del M. 505, 4643 (\$ 3 millones por manoseos violentos y molestias sexuales en la vía pública a una mujer); CS, 3.6.2002, GJ 264, 114 (\$ 3 millones por lesión en la espalda causada por un disparo con escopeta); CS, 10.3.2003, F. del M. 508, 154 (\$ 3 millones a mujer víctima de incesto por parte de su padre de cuya

sin embargo, asimetrías asombrosas; así, por ejemplo, la inmovilidad total y de por vida de un joven de 17 años recibió una indemnización idéntica a la lesión sufrida en un hombro a consecuencia de la caída de un tablón y muy inferior a la concedida por el susto provocado por un diagnóstico

relación nació un hijo); CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198 (\$ 3 millones a cada una de las cinco menores víctimas de abusos sexuales; también se otorgó indemnización por \$ 2 millones a los padres de dos de las menores); Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282 (\$ 4 millones por fractura de pierna izquierda con invalidez parcial en accidente de trabajo); Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95 (\$ 5 millones por lesiones ocasionadas en accidente automovilístico a bordo de transporte colectivo); CS, 24.11.2003, GJ 281, 80 (\$ 6 millones por lesiones en rodilla a raíz de caída en la vereda); Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 227, 159 (\$ 7 millones por pérdida de movilidad de extremidad inferior); Corte de Santiago, 1.6.1998, GJ 216, 195 (\$ 8 millones a trabajador accidentado en sus labores); Corte de Santiago, 11.7.2000, GJ 241, 201, confirmada por la CS [cas. fondo], 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3659 (\$ 10 millones por múltiples fracturas e invalidez total a causa de caída de un poste de alumbrado público); Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002 RDJ, t. XCIX, sec. 5^a, 104 (\$ 10 millones por corte del tendón de Aquiles derecho en razón de mal estado de la vereda); Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281 (\$ 10 millones por fractura encefálica con ocasión de una caída desde una altura de más de seis metros en accidente laboral); CS, 27.1.1998, GJ 211, 57 (\$ 12 millones por violación sodomitica de menor otorgada a todo el grupo familiar, incluyendo a la víctima); Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216 (\$ 12 millones por pérdida de dedos índice y pulgar de la mano derecha en accidente laboral); Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2^a, 24 (\$ 15 millones por entrega errónea de cadáver a padres de mujer fallecida); Corte de Santiago, 8.9.2003, GJ 279, 188 (\$ 15 millones por inmovilidad de por vida de un joven de 17 años); CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198 (\$ 15 millones por inundaciones causadas por pavimentación deficiente de vía pública); Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196 (\$ 18 millones por invalidez total de trabajador a raíz de atropello en el lugar de las faenas); Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175 (\$ 20 millones por pérdida de un brazo); CS, 30.1.2001, GJ 247, 150 (\$ 20 millones por pérdida de aptitud visual y trauma posterior en atropello); CS, 10.1.2002, GJ 259, 114 (\$ 20 millones por lesiones ocasionadas al demandante en circunstancias que ingresaba al predio del demandado autorizado por una resolución judicial); Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138 (\$ 20 millones por diagnóstico errado de sida a una joven mujer casada, también se otorgaron \$ 10 millones al cónyuge); CS, 27.4.1998, F. del M. 473, 244 (\$ 30 millones por entrega errónea del mismo rol único nacional a dos personas distintas, lo que produjo finalmente la detención errónea de la víctima); Corte de Concepción, 13.7.1998, confirmada por la CS [cas. fondo], 6.9.1998, GJ 219, 168 (\$ 30 millones por amputación completa de una pierna y de parte de la otra); Corte de Santiago, 2.11.2001, GJ 257, 172 (\$ 30 millones por invalidez total en accidente del trabajo); Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210 (\$ 35 millones por pérdida del antebrazo derecho); Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81 (\$ 50 millones por lesiones corporales graves de dos víctimas por amputación de una pierna a raíz de una infección intrahospitalaria); CS, \$ 50 millones por amputación de una pierna a raíz de una infección intrahospitalaria); Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149 (\$ 50 millones por incapacidad parcial en razón de bala alojada en un pulmón); Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115 (\$ 50 millones a un banco que permitió apertura de cuenta corriente sin poder suficiente); Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96 (\$ 60 millones por perjuicio cerebral no especificado e inmovilidad de una estudiante universitaria); CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503 (\$ 70 millones por múltiples lesiones en el cráneo, rostro y tórax y \$ 20 millones a hermano por distintas lesiones en accidente donde



equivocado de sida o por la pérdida de un pezón y otras heridas superficiales que se traducían en un perjuicio estético.³²³

A veces, las diferencias parecen tener por antecedente los aspectos retributivos que subyacen a la práctica de apreciación del daño moral. Así se explica que las indemnizaciones tiendan a ser mayores cuando el demandado es particularmente solvente y que sean sustancialmente inferiores en el caso inverso,³²⁴ y que la gravedad del ilícito y de sus circunstancias también sea explícita o implícitamente relevante.³²⁵

además falleció el padre de las víctimas; también se otorgaron indemnizaciones a la madre y hermanas de las víctimas); CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301 (tres UF por el lapso de veinte años a menor víctima de apunamiento que además presentó el homicidio de su madre); Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270 (1.500 UF por pérdida de visión en ojo derecho y otras lesiones a ojo izquierdo).

³²³ Compárense, respectivamente, Corte de Santiago, 8.9.2003, GJ 279, 188 (\$ 15 millones por inmóvilidad de por vida de un joven), Corte de Santiago, 8.4.1999, RDJ, L XCVI, sec. 5^a, 94 (\$ 15 millones por lesiones en el hombro a una mujer que se cayó desde un tablón); Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138 (un total de \$ 30 millones por diagnóstico erróneo de sida por un laboratorio); Corte de Concepción, 6.3.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 6.3.2002, GJ 274, 59 (\$ 65 millones por pérdida de un pezón y necrosis en el tejido de una mama).

³²⁴ De la comparación de los fallos se infiere que las condenas mayores tienen por obligado al Estado o a empresas y que, por el contrario, en casos de agresores de pocos recursos, la indemnización se tiende a fijar en el límite de sus capacidades. En el primer grupo de casos, Corte de Concepción, 25.10.2005, rol N° 737-2005, confirmada por la CS [cas. fondo], 5.6.2006, rol N° 6118-2005, en una condena al Estado por una suma total exorbitante de \$ 240.000.000, por el mal estado de los cubrecantos que protegían la acera de un puente, que se levantaron a consecuencias de un choque en que el estado de la vía no tuvo incidencia causal y que tuvo resultados fatales para el pasajero de uno de los vehículos; las reparaciones totales por daño moral reflejo exceden los US\$ 450.000; esta suma sería in-pensable para un accidente de ese tipo en países muchas veces más ricos (que usualmente sólo reconocen reparación del daño patrimonial reflejo); así, en la tablas alemanas de daño moral, la sentencia más gravosa, en un conjunto de más de 3.000 fallos, es por □ 500.000 a favor de un paciente tetrapléjico de por vida (Hacks/Ring/Böhm 2004 536); en el Reino Unido, las tablas de daño moral del *Judicial Studies Board* establecen £ 205.000 como el parámetro más alto, precisamente para un accidente que produzca tetraplejía perpetua en la víctima (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries Cases*, 1 a). Otros ejemplos en que el bolsillo del demandado parece determinar el monto de la indemnización en Corte de Santiago, 1.9.2003, GJ 279, 115 (\$ 50 millones a banco que permitió la apertura de una cuenta corriente sin poder suficiente). Por el contrario, en CS, 19.5.1999, F. del M. 486, 730, se estableció una indemnización de \$ 500 mil por agresión con resultado de muerte, con expresa declaración de que el monto se fija en atención a los limitados ingresos del responsable; en CS, 16.4.1998, F. del M. 473, 301 (Pensión vitalicia de tres UF en caso de homicidio de la madre y heridas a la demandante). Rubio 2005 N° 67 muestra que las condenas al Estado por daño moral que se sigue de la muerte son cinco veces mayores que las que afectan a personas naturales y casi tres veces mayores a las de empresas privadas. La revisión de los antecedentes de los casos analizados también permite intuir que

c) En definitiva, del análisis de la jurisprudencia se sigue que la apreciación del daño moral se efectúa por los jueces en la forma de sumas globales, incorporando en un conjunto diversos elementos que se aprecian subjetiva y aleatoriamente. La doctrina nacional reciente tiende a ser crítica de esta práctica subjetiva de valoración y ha instado a que al menos se describan precisamente los daños que son indemnizados y se señalen con precisión los factores que determinan la evaluación.³²⁶

202. Conveniencia de racionalizar la evaluación del daño moral. a) El postulado de la compensación equitativa de los daños no patrimoniales impone dos exigencias difíciles de cumplir, en atención a la naturaleza de estos daños. Ante todo, debe haber una cierta *proporcionalidad* entre el daño y la indemnización, porque de la circunstancia de que los daños morales no sean mensurables en dinero no se sigue la imposibilidad de comparar sus diversas intensidades. Pero, además, debe observarse el criterio básico de justicia formal, que se funda en el principio de *igualdad*,³²⁷ en cuya virtud a iguales daños le sean atribuidas indemnizaciones semejantes, con independencia de la condición de la víctima, porque no hay razón para que en la valoración del daño moral se atienda a su fortuna o posición social.³²⁸

A las anteriores consideraciones de justicia se agregan requerimientos de utilidad y de seguridad jurídica, que aconsejan estandarizar las indemnizaciones para transformar en razonablemente previsibles las consecuencias de los actos ilícitos. La indeterminación de la reparación de los perjuicios morales dificulta la posibilidad de asegurarlos y crea incentivos imprecisos al cuidado que deben emplear los agentes de riesgo. Finalmente, la objetivación de la evaluación produce el efecto de neutralizar la tendencia a mezclar consideraciones punitivas en la compensación del daño moral (obligando, al menos, a que éstas aparezcan como

las indemnizaciones son fijadas en niveles sustantivamente más bajos cuando se trata de demandados en estado de pobreza. Sobre la influencia de la condición de las partes en la valoración del daño, véase también López 1971 *passim*.

³²⁶ Así se explica que se haya concedido reparación por daño moral, además del patrimonial, en el caso del comprador de un establecimiento de comercio que retiró de manera abusiva e inconsulta las instalaciones del arrendatario de un local (CS, 29.1.2002, F. del M. 498, 676).

³²⁷ Es la conclusión del estudio de C. Domínguez 2000 701; una ordenación de los criterios que la jurisprudencia utiliza para justificar la valoración del daño moral, en M. Letter 1994 61; véase también Díez 1997 254 y Corral 2003 341.

³²⁸ En la literatura chilena, véanse C. Domínguez 2000 714, Corral 2003 168, Court 2004 90.

³²⁹ Burrows 1994 138, Busnelli 2000 190 señala las orientaciones del grupo europeo de expertos en materia de resarcimiento del daño no patrimonial: ante todo, se planteó el desafío de poner término a la anarquía en la evaluación; enseguida, la necesidad de buscar criterios de racionalización y de garantía de igualdad; especialmente se coincidió en que la reparación debía ser independiente de los ingresos de la víctima y que debía ser objeto de evaluación o, al menos, de constatación médica (idem 193).



correctivos explícitos de equidad, que justifican alejarse de las valoraciones estandarizadas).

b) En la práctica comparada se ha mostrado la conveniencia de formular *baremos estadísticos o técnicos* para algunas categorías de perjuicios, especialmente en materia de daño corporal.³²⁹ Estos baremos suelen ser confeccionados con la ayuda de expertos (médicos, jueces) o sobre la base de antecedentes estadísticos (especialmente, precedentes judiciales y transacciones de empresas aseguradoras). Las tablas son recogidas por la legislación (como para los accidentes de la circulación en España),³³⁰ o recogen prácticas judiciales respaldadas por publicaciones judiciales o científicas.³³¹

A falta de norma legal, los baremos cumplen la función de una directiva informal, que se ha mostrado muy fértil para lograr un mínimo de coherencia en la jurisprudencia. Como se expresa en la presentación de las tablas inglesas, éstas tienen por función esencial 'destilar la sabiduría

³²⁹ "Baremo" es un galicismo aceptado por la Real Academia Española (originado en el nombre del matemático François Barrême), que consiste en un cuadro o lista de tarifas utilizados para evaluar algunos daños corporales.

³³⁰ Ley 30/1995, que estableció una cuantificación legal del daño moral que corresponde a cada tipo de lesiones que se siguen de accidentes de circulación (de acuerdo con el criterio del legislador, en cuanto establece criterios de valoración del daño moral. Véase 1994 324, L. Diez-Picazo 1999 220).

³³¹ En Francia, las cortes de apelaciones poseen tablas indicativas recogidas periódicamente, entre otras, por la *Gazette du Palais*; la práctica judicial tiende a alinearse con estos criterios de valoración meramente indicativos (Le Tourneau/Cadict 2002/03 N° 409, Viney/Jourdan 2001 133 y 199). En Alemania, la reparación sigue las directivas informales que se expresan en las "Tablas de Daño Moral" (*Schmerzensgeldtabellen*) que se publican periódicamente y que contienen estadísticas de montos reconocidos por los tribunales; entre las más influyentes, *Sitzyk-Batsche Schmerzensgeldtabellen*, Munich: Beck, 4ª edición, 2001; Hacks/Ring/Böhm 2004; esta última publicación privada recoge 3.029 casos de valoración de daños corporales, con descripción del daño corporal sufrido y de las precisas consecuencias médicas que de él se siguen; las indemnizaciones van desde 50 por la herida de un centímetro, sin consecuencias posteriores, debida a la mordedura de un perro a un niño de 9 años, hasta 500 mil por graves daños cerebrales de un niño que queda con severos defectos motores en todas las extremidades y retardo mental a consecuencia de un grave error médico; la media estadística de los tres mil casos es de aproximadamente 6 mil. En Inglaterra, *The Judicial Studies Board (JSB)* publica periódicamente directivas para el establecimiento de perjuicios en casos de daño corporal (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries*). A diferencia de las tablas alemanas, que contienen una descripción en concreto de las lesiones y de las características relevantes de cada caso, las directivas inglesas son el resultado de un trabajo de sistematización en que participan abogados y especialistas en daños corporales, bajo el patrocinio del JSB; las directivas están construidas a partir de una clasificación de los daños corporales en 10 capítulos (parálisis, daños en la cabeza, daño psiquiátrico, daños que afectan los sentidos, daños a órganos internos, daños ortopédicos, daños faciales, heridas en otras partes del cuerpo, daño capilar y dermatitis). Cada capítulo comprende en detalle los tipos de creos de lesiones y atribuye a cada uno un rango indemnizatorio basado en la práctica judicial y en la estimación médica de su significación relativa.

convencional de los fallos recogidos', quedando los jueces en libertad para valorar las circunstancias del caso, porque las directivas contribuyen como 'un punto de partida en la tarea de declarar la indemnización en cada caso particular'.³³² En circunstancias que los baremos son especialmente valiosos para la evaluación de las consecuencias del daño corporal, se volverá sobre la materia al tratar ese concepto de daño (*infra* N° 208).

203. Control jurídico de los criterios de evaluación. La jurisprudencia estima que la determinación del daño moral es una cuestión de hecho que no puede ser objeto de control jurídico por el tribunal de casación. Esta práctica plantea la dificultad de que no se pueden establecer estándares generales de valoración del daño. En efecto, no sólo la valoración en concreto, sino también los *criterios* de valoración del daño son tenidos usualmente por cuestiones de hecho, que escapan al control jurídico. Como se ha visto (*supra* N° 201), la calificación de la valoración como puramente subjetiva (esto es, ajena a todo criterio vinculante), dificulta severamente la homologación.

Sin embargo, la experiencia comparada enseña que para que haya progresos en la determinación y valoración de los daños morales es necesario que exista algún control jurisdiccional.³³³ La cuestión no es menor si se atiende a que está en juego el principio de igualdad ante la ley que, además de su expresión constitucional, es fundante de la relación de derecho privado.

De exigirse como cuestión de derecho que los jueces de instancia justifiquen la apreciación del daño moral, con debida consideración de las prácticas de valoración de los distintos tipos de daños, siguiendo el requisito de fundamentación de las sentencias impuesto por el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, se podría producir una combinación de los factores que hacen posible una apreciación propiamente *equitativa* del daño. Esta plantea, por un lado, la exigencia de justicia de que haya una cierta igualdad y proporcionalidad relativa de las indemnizaciones y, por otro, la apreciación prudencial y explícita de las circunstancias que justifican, en el caso particular, que la indemnización sea superior o inferior a la establecida por esas prácticas judiciales. Para ello convendría distinguir entre las bases de apreciación del daño (que responden a una cuestión de derecho, revisable en sede de casación) y la apreciación en concreto de las circunstancias del caso (que es una cuestión de hecho).³³⁴

e. *Daño moral que se sigue del daño corporal*

204. Consecuencias no patrimoniales del daño corporal. a) Los atentados a la integridad física constituyen la causa más frecuente de daño moral. En

³³² *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries*, capítulos vii y ix.

³³³ Pantaleón en Paz-Ares et al. 1991 1993; véase también *infra* N° 704.

³³⁴ Así, la jurisprudencia española (Yaquerdo en Reglero 2002 a 1153).

verdad, las potencialidades de la vida contemporánea guardarán una inevitable correlación con un aumento exponencial de los riesgos cotidianos.³⁹⁵ Puede afirmarse que el desarrollo del derecho de la responsabilidad civil en el último siglo se explica principalmente en razón del aumento de los daños corporales que se siguen de accidentes laborales, del consumo y de la circulación.

b) El daño corporal no es una categoría diferente del daño moral y del patrimonial (*supra* N° 149). Lo peculiar del daño corporal radica en los efectos específicos de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial que se siguen de las lesiones: la invalidez, la pérdida de conciencia, la disfunción de órganos vitales, la amputación de extremidades, las cicatrices faciales y los demás efectos dañosos que se pueden seguir de un accidente que afecta la integridad física de la persona. Las consecuencias morales y patrimoniales de diversos tipos e intensidades que se derivan de esos daños deben ser valoradas por separado. La noción de daño corporal, que a veces es asumida como una categoría autónoma de daño,³⁹⁶ tiende a opacar la determinación de los perjuicios, porque arriesga disolver en un conjunto holístico daños de naturalezas típicamente patrimonial y extrapatrimonial.

c) El esquema de análisis más simple para calificar los daños morales derivados de un atentado a la integridad física distingue los males que el accidente positivamente provoca en la víctima (sus sufrimientos y aflicción) y las eventuales privaciones del goce de ciertos bienes (la disminución de las capacidades de disfrutar de una buena vida).³⁹⁷ En el primer grupo, denominado usualmente *preium doloris*, se incluyen los sufrimientos físicos y psíquicos que se siguen de una lesión corporal. En el segundo, denominado *perjuicio de agrado*, se incluyen las repercusiones extrapatrimoniales futuras que limitan la capacidad de la víctima para disfrutar de las ventajazas de la vida (la dificultad para establecer una vida de relación, para desarrollar actividades de esparcimiento y cualesquiera otras semejantes).³⁹⁸

La experiencia nos enseña que el dolor o aflicción es mensurable con más facilidad que la pérdida de oportunidades de la vida, pues la indivi-

³⁹⁵ Un excepcional desarrollo de esta idea, que usualmente es objeto de análisis muy triviales, en Calabresi 1985 1.

³⁹⁶ Pradel 2004 336, llega a plantear un *daño corporal puro* que pudiere ser considerado con independencia de sus efectos patrimoniales y extrapatrimoniales; otros autores subordinan estos efectos a la categoría genérica e independiente de daño corporal (Vicente 1994 *passim* y 322, Elortzága 1995 4).

³⁹⁷ *Supra* N° 192.

³⁹⁸ Este esquema corresponde muy cercanamente a la distinción usual en el *common law* entre *pain and suffering* y *loss of amenities*. Una proposición similar, aunque contaminada por las imbricaciones del derecho civil con el régimen de asistencia social francés, en Viney/Jourdain 2001 267. En el derecho chileno se acostumbra incluir en el *preium doloris* el dolor físico y el psicológico; así, Alesandri 1943 224 y jurisprudencia constante, ejemplarmente, Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96; Corral 2003 155 insinúa separarlos, pero para indemnizar el dolor físico como 'daño corporal' y el sufrimiento psíquico como 'daño moral', en una distinción que carece de sustento en las categorías de daño del derecho civil.

dualidad y la complejidad de los agravos de la existencia dificultan su medición objetiva e imposibilita las comparaciones (es difícil valorar la expectativa del niño inválido que quería ser atleta o de la joven desfigurada que soñaba con ser reina de belleza). Por eso también a este respecto es necesaria una cierta objetividad, atendiendo a las expectativas de una persona que presenta las características más típicas de la víctima.

d) Muchos de los tipos de daños que ha desarrollado la jurisprudencia comparada presentan la característica de expresar tanto el dolor físico y psicológico, como la pérdida de oportunidades de llevar una vida de agrado. Es el caso, por ejemplo, del llamado perjuicio estético. Las heridas que dejan cicatrices causan dolor físico, disminuyen la autoestima y privan de oportunidades en la vida de relación. Más que de categorías de daños que merezcan un tratamiento separado, se trata de lesiones que típicamente producen ciertos tipos de perjuicios no patrimoniales, que se relacionan entre sí.

205. El sufrimiento como daño (*preium doloris*). a) Ante todo, el daño moral se sigue de lesiones corporales presenta la forma de una *aflicción física y mental*, que tiene por causa el accidente. Se trata de un daño positivo, consistente en cualquiera forma significativa de sufrimiento. Comprende, por ejemplo, el dolor que se sigue directamente de las heridas y del tratamiento médico, la pérdida de autoestima de quien está físicamente desfigurado y la conciencia de la propia incapacidad. Su intensidad está dada por la naturaleza del daño y por su duración. La indemnización de este tipo de daño expresa propiamente un *preium doloris*.

La jurisprudencia nacional atribuyó al daño moral una acepción casi exclusivamente ligada al *preium doloris*.³⁹⁹ En ello influyeron la experiencia comparada⁴⁰⁰ y la circunstancia de que históricamente el único perjuicio alegado era el dolor físico (especialmente con ocasión de las lesiones causadas en accidentes ferroviarios) o la aflicción por la pérdida de un familiar cercano (*infra* N° 231). A ello contribuyó también la doctrina nacional de la primera mitad del siglo XX, que consideró exclusivamente el sufrimiento

³⁹⁹ Este concepto de daño moral ha sido ampliamente recogido por la jurisprudencia nacional. Por ejemplo, se ha fallado que "debe entenderse que el daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, un perjuicio o una aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales, vale decir, cuando se ocasiona a una persona un dolor o aflicción en sus sentimientos" (CS, 10.8.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 4°, 168); "el daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos" (Corte de Santiago, 3.6.1973, RDJ, t. LXX, sec. 4°, 65). En este sentido puede también consultarse, Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795; Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2°, 95; Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2°, 24; CS, 27.3.2002, GJ 261, 80; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 31, publicada también en GJ 262, 81; y CS, 27.3.2003, F. del M. 508, 198.

⁴⁰⁰ Así ocurre en la tradición francesa, pero también en la alemana, que utiliza el concepto de *Schmerzensgeld* (*pecunia doloris*) para referirse a este tipo de daños (BGB, § 253).



actual, ignorando la otra manifestación elemental del daño, la pérdida de agrados que contribuyen a una buena vida. Aunque estudios más recientes introducen esta diferenciación, numerosos fallos continúan utilizando la expresión *pretium doloris* como sinónima de todo tipo de daño moral.³⁴¹

b) El daño corporal puede estar asociado tanto al dolor físico como a la aflicción puramente psíquica o mental. Una herida que destruya la cara puede no haber producido demasiado dolor físico, pero es evidente que provoca una severa angustia en una joven (la que puede estimarse significativamente superior a la que sufriría un viejo profesor de derecho). En otras palabras, el *pretium doloris* no es indiferente a la naturaleza e intensidad de los males psíquicos o mentales que a consecuencia del daño corporal sufre la víctima, atendidas su edad y su sexo y la duración de los padecimientos.³⁴²

En el derecho chileno, es usual que los fallos otorguen una compensación por la autoestima perdida como consecuencia de lesiones corporales³⁴³

³⁴¹ En general, sin embargo, ello ocurre en el contexto apropiado de daños que consisten en sufrimiento o aflicción. En fallos recientes se ha asociado el daño moral al 'dolor y agobio' que produce la muerte del cónyuge e hijo (Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4^a, 199); al 'dolor y aflicción' que produjo la injusta detención por supuesto hurto en un establecimiento de comercio (Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5^a, 105); al 'sufrimiento y angustia' que produce el uso por un tercero de una creación intelectual (CS, 2.11.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1^a, 212); al 'sufrimiento o aflicción psicológica que lesiona el espíritu, al herir sentimientos de afecto y familia', que produce la muerte del cónyuge y padre (Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183). Véase además Corte de Coyhaique, 9.5.1997, confirmada por CS [cas. fondo], 28.5.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1^a, 57; Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publicada también en F. del M. 504, 4202; Corte de Santiago, 5.10.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2^a, 79; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3^a, 103; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Santiago, 31.12.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 30.4.2003, GJ 274, 212; CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; Corte de Concepción, 19.8.2003, confirmada por la CS [cas. fondo], 24.12.2003, GJ 282, 61. En la doctrina, Alessandrí 1943 224 y O. Tapia 1941 176 asimismo el daño moral al *pretium doloris*, críticos de esta generalización C. Domínguez 2000 58 y Díez 1997 82.

³⁴² En Ingleterra, por ejemplo, se suele distinguir a efectos de las cicatrices entre mujeres y varones y se hace expresa referencia a que la calificación se efectúa de conformidad con la edad de la víctima (*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries* 7 B).

³⁴³ A este respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4^a, 186; Corte de Santiago, 17.6.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4^a, 144; Corte de Santiago, 9.8.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4^a, 229; CS, 28.12.1981, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4^a, 235; Corte de Santiago, 21.3.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4^a, 35; CS, 3.12.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 3^a, 198; Corte de Santiago, 24.5.1999, GJ 227, 138; CS, 30.1.2001, GJ 247, 150; Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144; Corte de Santiago, 1.7.2003, GJ 277, 149; Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270; CS, 24.11.2003, GJ 281, 80; y CS, 27.11.2003, GJ 281, 64.

o de mutilaciones de miembros,³⁴⁴ extendiendo la indemnización más allá del dolor físico sufrido.

En verdad, el sufrimiento psíquico que acompaña al daño corporal puede adoptar dos formas principales: por un lado, el dolor físico sufrido por la víctima en razón del accidente, lo que incluye malestar, insomnio, y otras manifestaciones semejantes; por otro lado, la víctima sufre daño moral en sentido más estricto, que se traduce en depresión, pérdida de autoconsideración y en otros efectos psicológicos que se derivan del accidente.³⁴⁵ La mayor dificultad radica en la imposibilidad de medir caso a caso la intensidad de estos daños (a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial). Por eso, el derecho sólo se limita a discriminar cuáles de estos sufrimientos son dignos de protección (*supra* N° 145), procurando que iguales lesiones tengan la misma razonable compensación. En definitiva, no es fácil para el derecho penetrar en estos sentimientos, de modo que el propósito emprendido con frecuencia por la jurisprudencia de medir la intensidad subjetiva de estos daños suele llevar por caminos muy oscuros.

Estas dificultades provocan que una cierta estandarización de los sufrimientos resulte inevitable para el derecho civil (como ocurre con el cuidado debido). Por eso, parece prudente asumir que 'las lesiones o menoscabos a los sentimientos de una persona (...) deben ser producidos por actos o hechos que determinen en la generalidad de las personas tal detrimento; esto es, deben ser hechos o actos que por sí mismos puedan generar ese daño moral, y no que el menoscabo se derive de una especial sensibilidad de la víctima'.³⁴⁶

206. Pérdida de oportunidades de la vida (*perjuicio de agrado*). a) Como se ha mostrado, por analogía al daño emergente y al lucro cesante, el perjuicio no patrimonial proveniente de atenuar o a la integridad física puede generar, a la vez, un efecto positivo de malestar o aflicción (representado por el dolor físico y espiritual) y una pérdida de beneficios que ofrece la vida (representada por los planes de vida frustrados y los agrados ordinarios de que es privada la víctima del accidente). Esta última categoría no es un sufrimiento que atenuamente las cargas de la víctima, sino una privación de las ventajas de la vida, que muy genéricamente puede ser llamado *perjuicio de agrado*.³⁴⁷

³⁴⁴ Ejemplos de esta especie de daño moral pueden encontrarse en las siguientes sentencias: Corte de Santiago, 5.5.1993, confirmada por la CS [cas. fondo], 14.9.1994, RDJ, t. XXXII, sec. 1^a, 10, en un caso de daño ocasionado por la pérdida de una pierna; y Corte de Santiago, 25.5.1945, confirmada por la CS [cas. fondo], 13.6.1946, RDJ, t. XLIII, sec. 1^a, 495, en un caso en que la víctima sufrió la amputación de un brazo. Véase también Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175, y Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216.

³⁴⁵ Vicente 1994 185, con amplias referencias bibliográficas al derecho español y francés.

³⁴⁶ Corte de Santiago, 5.11.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 2^a, 136.

³⁴⁷ La denominación se ha generalizado en el *common law* bajo la denominación de *loss of amenity* (Burrows 1994 188, Cane/Atyah 1999 135) y en el derecho francés, como *préjudice d'agrément* (Matzaud/Chabas 1998 425, Viney/Jourdain 2001 280).



El perjuicio de agrado es conceptualmente diferente del dolor físico o mental. Consiste en la *privación de agrados normales de la vida*, en la pérdida de la oportunidad de disfrutar de aspectos importantes de la existencia.³⁴⁸ Son típicamente perjuicios de este orden la incapacidad para el desplazamiento y la entretención, para la lectura o la audición, para una actividad sexual normal y la procreación, para el disfrute de los sentidos, incluso del gusto, y en general, todo aquello que perturba los disfrutes ordinarios de la vida.

b) Algunos sistemas jurídicos distinguen expresamente el perjuicio de agrado del dolor o aflicción. Como se ha visto, la distinción es asumida expresamente en el derecho inglés, que se refiere al daño no patrimonial como comprensivo de *pain and suffering* y de *loss of amenities*. Sin embargo, la doctrina es escéptica acerca del efecto de la distinción, porque si bien se trata de perjuicios conceptualmente diferentes, sus efectos se superponen, con el consecuente riesgo de que se reconozca una doble indemnización (la pérdida de autoestima y la pérdida de oportunidades en la vida de relación que se siguen de una cicatriz horrible están demandadas en la vida de relación que se pueda atribuirseles valores reparatorios independientes),³⁴⁹ por lo mismo, la jurisprudencia inglesa tiende a otorgar sumas globales, atendiendo a la naturaleza del daño corporal y a circunstancias típicas de la víctima, que son comprensivas de ambos capítulos de daño, de modo que la distinción tiene un efecto más bien analítico.³⁵⁰

En el derecho francés el perjuicio de agrado tenía originalmente una concepción más bien elitista: se indemnizaban las privaciones de ciertos agrados atendiendo a las particularidades de la víctima, que la privaban en concreto de algunas actividades sociales, artísticas o deportivas que desarrollaba antes del accidente.³⁵¹ En una segunda etapa, el perjuicio de agrado se generalizó, pasando a ser compensada la privación de los agrados o placeres normales de la existencia, sin requerir la prueba de habilidades o actividades particulares de la víctima.³⁵² Más que la creación de un nuevo perjuicio, sucedió que las consecuencias extrapatrimoniales de las lesiones corporales en la forma de vida de la víctima pasaron a ser indemnizadas separadamente, aislándolas del *pretium doloris*. Sin embargo, esta evolución ha estado marcada por la concurrencia de los regímenes indemnizatorios de la responsabilidad civil y de los seguros sociales, lo que ha llevado a los jueces a expandir el perjuicio de agrado (que no debe ser reembolsado a las cajas) a costa del *pretium doloris* (que sí debe serlo).³⁵³

³⁴⁸ Chabas 2000 b N° 85.

³⁴⁹ Markesinis/Deakin *et al.* 2003 827.

³⁵⁰ Burrows 1994 188.

³⁵¹ Un caso extremo, ya referido, es un fallo francés de 1937 que indemnizó a una mujer de mundo por 'privación de hábitos mundanos', en razón de que no había podido durante dos meses y medio usar un vestido escotado (Tribunal de la Seine, 11.10.1937, citado por Chabas 2000 b N° 85).

³⁵² Chabas 2000 b N° 85, Viney/Jourdain 1998 41.

³⁵³ Mazeaud/Chabas 1998 425, Chabas 2000 b N° 85; *infra* N° 697.

c) El *perjuicio de agrado tiene una extensión inabordable*: la riqueza de la individualidad humana y la diversidad de los planes de vida hacen que las actividades de agrado que una persona puede llegar a desarrollar (en su vida espiritual, de relación, artística, profesional, deportiva, de esparcimiento, sexual, social) sean inabarcables por una resolución judicial. Por lo mismo, análogamente a lo que ocurre con el lucro cesante, la indemnización no puede consistir sobre la base de hipótesis extravagantes. Las circunstancias típicas de la vida son fácilmente aprehsibles y hacen previsible, en términos generales, el perjuicio de agrado presente y futuro de la víctima. Y ello es consecuencia, como se ha visto, del tipo de lesiones, pero también de la edad y sexo de la víctima. Así, es razonable compensar en mayor medida, por la misma invalidez que lo afectará por el resto de su vida, a un niño (que puede incluso verse privado de disfrutar los juegos de la infancia) que a un adulto mayor (que ya ha disfrutado de buena parte de las ventajas que da la capacidad de desplazamiento).³⁵⁴

Por eso, todo indica que también el *criterio de valoración de estos daños debe partir de una base objetiva*, sin perjuicio de admitir correctivos marginales en atención a las particularidades de la víctima. Un criterio objetivo sacrifica la especificidad de cada individuo y de cada situación de daño en particular, pero presenta las ventajas de neutralizar la discrecionalidad judicial, de aumentar la seguridad jurídica (diminuyendo la litigiosidad) y de acercarse a un ideal de justicia en sentido formal. Según se ha visto, las características propias de la víctima (como el pianista que sufre la amputación de una mano) son un correctivo, que permite hacerse cargo, dentro de ciertos rangos, de un perjuicio de agrado superior.³⁵⁵

d) En la práctica jurisprudencial chilena y comparada es frecuente, como se ha señalado, que el daño moral sea compensado en la forma de una *suma global*, que comprende el dolor físico o mental y el perjuicio de agrado. En la mayoría de los casos los perjuicios de agrado quedan comprendidos dentro de una suma global reconocida a título de *pretium doloris*.³⁵⁷ Asimismo

³⁵⁴ Es la doctrina dominante en el derecho inglés especialmente marcado por la práctica de los baremos indemnizatorios para los distintos tipos de daño corporal (Burrows 1994 188).

³⁵⁵ Nuestra jurisprudencia conoce el caso de un policía que apuntó su arma y disparó directamente contra una estudiante de piano, que formaba parte de un grupo de estudiantes que participaban en una manifestación política fuera del Teatro Municipal, quien perdió por un largo período el uso de una de sus manos, y luego permaneció con otras secuelas neurológicas permanentes (Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96).

³⁵⁶ Un ejemplo en Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81, donde se hace una larga descripción de las repercusiones físicas y en la vida social que el accidente causó en la víctima y luego valora el daño moral en una suma global; véase también, Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195.

³⁵⁷ Por ejemplo, CS, 7.5.1947, G. de los T., 1947, 1° sem., N° 38, 283, donde se señala que una persona sufre daño moral "cuando se le restan las posibilidades de que disfrutaba de alcanzar una mayor cultura o preparación intelectual, o cuando se le priva del goce de circunstancias que le proporcionaban alegría o complacencia espirituales"; Cor- te Presidente Aguirre Cerda, 31.12.1986, GJ 79, 54, donde se resuelve que "el plan de vida



mo, son frecuentemente indemnizados los perjuicios estéticos, en su componente de sufrimiento psíquico,³⁵⁸ y cualquier deterioro del normal desarrollo de la vida familiar, afectiva o sexual.³⁵⁹

En definitiva, la distinción entre el dolor físico y moral y el perjuicio de agrado facilita el análisis de la *extensión* del perjuicio no patrimonial, pero no parece tener la precisión suficiente como para justificar una apreciación por separado, sin que se incurra en el riesgo de una doble indemnización.

207. Situación de la víctima inconsciente. En el derecho comparado se ha discutido acerca de la procedencia de la compensación del daño moral por atentados a la integridad física cuando la víctima cae en un estado de inconsciencia a consecuencia del accidente; en particular, cuando entra en un coma profundo y prolongado (estado vegetativo) o en algún estado de demencia.³⁶⁰ En el fondo, partiendo de la base de que la indemniza-

del actor en cuanto a piloto de guerra afecta gravemente sus derechos como persona humana, ya que no podrá realizarse a causa del accidente, y esta modificación a su realización personal y profesional es un aspecto de que debe considerarse en el daño moral", véanse también Corte de San Miguel, 27.11.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 4^a, 279; Corte de Valparaíso, 24.8.1998, confirmada por la CS [cas. fondo], 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; Corte de Santiago, 8.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5^a, 94; CS, 30.1.2001 [GJ 247, 150; Corte de Concepción, 3.4.2001, GJ 261, 80; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3^a, 103; Corte de Concepción, 25.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5^a, 104; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2^a, 31, publicada también en GJ 262, 81; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de San Miguel, 23.8.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 23.9.2003, GJ 279, 216; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212; CS, 7.1.2003, GJ 271, 96; Corte de Santiago, 30.5.2003, GJ 275, 97; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176; y Corte de Santiago, 30.9.2003, GJ 279, 270.

³⁵⁸ Corte de Temuco, 29.6.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4^a, 66, en que se indemniza el daño moral ocasionado a la víctima por las quemaduras en el rostro que afectaron visiblemente su estética facial, deprimiéndola y acompañándola moralmente; Corte de Santiago, 8.8.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 4^a, 90, en un caso de cicatrices en el rostro causadas por ataque con arma blanca; véanse también, CS, 14.4.1999, F. del M. 485, 503; CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3^a, 89, publicado también en F. del M. 486, 851; Corte de Santiago, 10.10.2000, GJ 245, 169; CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, publicada también en F. del M. 503, 3477; Corte de Santiago, 17.4.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2^a, 31, publicada también en GJ 262, 81, y CS, 30.4.2002, GJ 274, 59.

³⁵⁹ Sobre daño moral consistente en el impedimento para desarrollar una vida sexual durante un período más o menos prolongado de tiempo a consecuencia de lesiones físicas, CS, 24.6.1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 4^a, 95, también publicada en F. del M. 259, 168. También pueden consultarse CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, publicada también en F. del M. 503, 3477; Corte de Concepción, 6.3.2002, GJ 274, 59; y Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2^a, 83.

³⁶⁰ Viney/Jourdain 1998 44 y Burrows 1994 189. Estos casos no comprenden la situación de los daños producidos a niños de muy baja edad, en la medida que éstos algún día adquirirán conciencia de sus efectos (Carbonnier 2000 384).

ción concedida compensa un daño que se experimenta personalmente, cabe preguntarse si debe concedérsele indemnización a una víctima que no tuvo conciencia de los padecimientos, ni tampoco podrá disfrutar de las ventajas futuras que le pueda proporcionar el dinero. La discusión no se refiere al daño patrimonial conexo, en la medida que los estados de inconsciencia requieren de tratamientos y de equipamientos médicos, sino al daño propiamente moral sufrido por la víctima.

En principio, la pregunta es eminentemente conceptual. Si se asume una noción subjetiva del daño moral, donde lo que se compensa es un dolor efectivo sufrido por la víctima, es evidente que no procede indemnizarla si queda en estado de inconsciencia.³⁶¹ Por el contrario, si se asume la tendencia a la objetivación del daño moral, puede afirmarse que la víctima en estado vegetal o de inconsciencia sufre objetivamente un perjuicio de agrado, porque efectivamente los placeres y las alegrías de una vida normal son bienes a los que ya no tendrá acceso.³⁶²

Una grave aberración indemnizatoria se presenta cuando el daño moral de la víctima inconsciente concurre con daños reflejos o por repercusión de familiares de la víctima directa, como ocurre en la tradición chilena (*infra* N° 230), porque el efecto tiende a ser que estas víctimas reflejas reciban una doble indemnización por el mismo daño (una por cuenta de la víctima directa inconsciente y otra a título personal).

208. Baremos indemnizatorios como directivas de valoración del daño corporal. a) El *pretium doloris* y el perjuicio de agrado muestran características comunes que dificultan su apreciación en concreto. Ante todo, se trata de experiencias subjetivas irrepetibles, pues todos tenemos susceptibilidades diferentes frente al sufrimiento; y las expectativas de una buena vida también difieren sustancialmente. Además, como se ha visto, a menudo se superponen, de modo que no es posible atribuir sumas diferentes por cada concepto. Por otro lado, como ocurre en otros ámbitos, los jueces carecen de instrumentos analíticos para medir la subjetividad de las sensaciones.³⁶³ Finalmente, razones de justicia y seguridad jurídica también se oponen a una extrema individualización en la valoración del daño no patrimonial. Por ello, en materia de daño corporal es especialmente importante encontrar criterios para objetivar su valoración (*supra* N° 202).

³⁶¹ Corral 2003 153, plantea que la indemnización del *pretium doloris* no procedería en favor de víctimas que se encuentren en estado de coma; aunque después agrega que si procedería si se lesionan derechos de la personalidad.

³⁶² Así se ha fallado en Inglaterra en *West v. Sheppard*, 1964, AC 326, pero ese criterio ha sido criticado por ajeno a la realidad subjetiva más elemental del *loss of amenity* (Burrows 1994 189). En Francia, por el contrario, se ha entendido que el daño es objetivo y no depende de la representación que de él se haga la víctima (Chabas 2000 b N° 87).

³⁶³ Por eso, cuando la jurisprudencia habla de apreciación subjetiva del daño moral, la subjetividad debe entenderse referida al juzgador más que a la particular sensibilidad de la víctima del daño.

b) Sobre la base de generalizaciones legales o de información estadística, la apreciación de los dolores sufridos y los agravados impedidos a consecuencia de lesiones corporales puede ser *estandarizada* respecto de cada tipo de lesiones corporales (pérdida de un brazo, quebradura de una pierna, cicatrices y así sucesivamente). Es usual que la amputación de un dedo produzca menos dolor y suponga privaciones de agrados futuros menores que el corte de la mano completa, y esta, a su vez, menores que la pérdida de ambas piernas. Por esto, en las más diversas jurisdicciones de la tradición del derecho civil existe la tendencia a conformar escalas de 'intensidades' de estos daños corporales, sistematizando los sufrimientos y privaciones morales que provienen de los distintos tipos de daño corporal.³⁶⁴

De este modo, los jueces disponen de criterios básicos que les permiten valorar el daño moral de origen corporal sobre la base de estándares conocidos. Si se asume que las lesiones producen dolores físicos comparables y sus efectos en la calidad de vida son relativamente típicos, ¿por qué no tratar igual a las víctimas frente a daños iguales como pueden ser la pérdida de una extremidad, una parálisis corporal o una desfiguración facial? Como se ha visto, las diferencias típicas relevantes entre las víctimas también pueden ser estandarizadas: el daño estético no es igual en una joven universitaria que en una abuela que ya ha vivido gran parte de su vida. Por lo demás, como se ha referido, un sistema de estándares es compatible con su adaptación en concreto a características de la víctima del daño moral, en la medida que se expresen las circunstancias del caso particular que justifican una indemnización superior o inferior.³⁶⁵

³⁶⁴ Sobre los baremos informales en el derecho francés, inglés y alemán, véanse las notas en *supra* N° 302 b. En Inglaterra, las *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries* clasifican los daños corporales en diez grupos (parálisis, daño cerebral, daño psíquico, daño en los sentidos, daños a órganos internos, daños ortopédicos, daños faciales, cicatrices en otras partes del cuerpo, daño capilar y dermatitis); cada una de estos tipos se descompone en daños más específicos, atendiendo en algunos casos a la edad y sexo de la víctima. La práctica médica en Francia ha establecido una escala de 0 a 7 para estos dolores: muy leve, leve, moderado, medio, bastante grave, grave, muy grave. Estas escalas de intensidades, susceptibles de aplicarse únicamente a los dolores físicos, se fundan en la observación científica de la reacción usual frente a las lesiones dependiendo de la edad de la víctima y constituyen un elemento importantísimo para comparar los diferentes daños morales y asignarles una compensación mediante baremos. En Alemania la práctica es en extremo empírica, pues se exige de los jueces una precisa descripción de las lesiones sufridas por la víctima, así como de los factores que en opinión del sentenciador son relevantes para aumentar o disminuir el estándar indemnizatorio; esos criterios son expuestos sistemáticamente en publicaciones prestigeadas, como las citadas en la nota antes referida, y son tomadas como referencia por los tribunales de instancia. En Estados Unidos, la determinación de los perjuicios es facultad de los jurados, pero los jueces pueden excepcionalmente corregir las decisiones notoriamente desproporcionadas para lo cual resulta relevante la información estadística (Epstein 1999 441).

³⁶⁵ Cane/Aiyah 1999 140; *supra* N° 198 g.

c) La práctica nacional muestra la necesidad de estándares indemnizatorios. Como se discutió al tratar la evaluación del daño moral (*supra* N° 201), la apreciación subjetiva de los daños no asegura que las indemnizaciones sean consistentes con la intensidad de los daños. Ello es resultado, por un lado, de la ausencia de directivas, aunque sean officiosas y flexibles, como las que existen en otros sistemas jurídicos; y, por otro, de que la apreciación del daño no está sujeta a un control jurídico que uniforme al menos la forma como debe construirse la valoración del daño por los jueces de instancia (sobre la posibilidad de establecer un control de la fundamentación de la sentencia, *supra* N° 203).

f. Daño moral por lesiones a derechos de la personalidad

209. Derechos de la personalidad y responsabilidad civil. Como se ha mostrado al tratar los intereses protegidos por la acción de responsabilidad civil, los derechos de la personalidad son *per se* objeto de cautela en esta sede (*supra* N° 146).

Los derechos de la personalidad han tenido importancia en la expansión de los intereses morales cautelados, especialmente en los ordenamientos jurídicos donde la acción general de responsabilidad civil está limitada a la lesión de un derecho subjetivo específico.³⁶⁶ En el derecho chileno, como en la generalidad de las democracias constitucionales, la Constitución ha consagrado como garantías los intereses que condicionan o suponen el respeto de la dignidad de la persona. Si bien los intereses que representan estas garantías son naturalmente objeto de protección por el derecho civil (en la medida que la responsabilidad no exige la lesión de un derecho), el constitucionalismo ha producido el efecto benéfico de enunciar y atribuir una especial jerarquía a los bienes vinculados a la personalidad moral.

210. Honor, honor y privacidad como intereses cautelados por la acción de responsabilidad civil. Los derechos a la honra y al honor y a la privacidad plantean preguntas crílicas en el derecho de la responsabilidad civil, especialmente en razón del conflicto latente con las libertades de opinión y de expresión.

Atendida la especificidad de los intereses que se derivan de estos derechos y las particularidades que plantea en su caso la construcción del ilícito civil (juicio de culpabilidad), el honor, la honra y la privacidad serán objeto de un desarrollo detallado en el *Capítulo VIII*.

³⁶⁶ Es el caso del derecho alemán, donde los derechos de la personalidad fueron incorporados en el conjunto de los 'otros derechos' cuya lesión es condición de responsabilidad según el § 823 del BGB; una descripción histórica de este reconocimiento, que se inició tempranamente en el siglo XX, pero cuya consolidación se produjo por su reconocimiento constitucional en Larenz/Canaris 1994 491.



g. Responsabilidad por daños derivados de relaciones de vecindad

211. Definición de los deberes de cuidado en relaciones de vecindad. a) Para definir los deberes de cuidado que plantea la vecindad conviene recordar el estándar del hombre prudente y diligente, que desarrolla su plan de vida de un modo que resulte consistente con las legítimas expectativas de sus vecinos.

En un famoso fallo inglés se expresan estas ideas de un modo particularmente lúcido: "La regla de que usted debe amar a su vecino deviene en el derecho que usted no debe dañar a su vecino", lo que se expresa, "por un lado, en el deber de tener cuidado, y, por el otro, en el derecho a que se tenga cuidado de uno".⁵⁶⁷ La vecindad es la situación más típica en que se plantean deberes de cuidado con fundamento en usos normativos que definen lo que recíprocamente tenemos derecho a esperar (y a no esperar) de los demás. En pocos ámbitos de la vida de relación cobra una más decisiva importancia el criterio empírico de 'lo normal', porque la vecindad exige tolerar lo que 'se debe' soportar (una fiesta de cumpleaños de 'normal nivel de ruidos) e impone evitar aquello que "no se debe" imponer a los demás (*supra* N° 57).

b) Por cierto que el derecho administrativo ayuda a definir estos deberes. Por eso, el camino más corto para determinar el ilícito en las relaciones de vecindad está dado por las regulaciones urbanísticas, las ordenanzas municipales y los reglamentos de copropiedad. La culpa infraccional tiene la ventaja de la precisión que puede tener el derecho formalmente promulgado. Por lo demás, las normas urbanísticas establecen grados de tolerancia mayores en zonas de desarrollo industrial y comercial, que en las estrictamente residenciales.⁵⁶⁸ De ello se sigue que los conflictos de vecindad están en gran medida disminuidos por esas regulaciones.

212. Criterio de la anormalidad de la turbación. a) Es inevitable que la convivencia cada vez más cercana entre personas genere frecuentemente desagradados y molestias. Por cierto, la vida en común exige cierta tolerancia y que cada cual deba aceptar sus inconvenientes ordinarios y poco significativos (*supra* N° 145). Pero si las molestias son excesivas, transformándose en insoportables para una persona de sensibilidad ordinaria, se califican como inconvenientes *anormales* de vecindad y pueden dar lugar a acciones en naturaleza (para que cese la turbación) e indemnizatorias (para que se compense el daño no patrimonial sufrido).

El requisito de *anormalidad* ha sido empleado para rechazar demandas de perjuicios por molestias de vecindad que son consideradas ordinarias, atendiendo a su intensidad y duración (un ruido intenso, pero ocasional, no dará derecho a la reparación; pero si uno molesto y recurrente) y al

⁵⁶⁷ Lord Atkin en *Donoghue v. Stevenson*, 1932, AC 562.

⁵⁶⁸ Véanse artículo 32 Ley de copropiedad inmobiliaria; y artículos 41 y siguientes de la Ley de urbanismo y construcciones.

entorno donde ocurre (hay perturbaciones normales en un barrio industrial, olores habituales en zona rural, privaciones de sol frecuentes en zonas urbanas).⁵⁶⁹

b) En el derecho nacional, se ha afirmado la necesidad de reparar sólo las molestias de vecindad excesivas,⁵⁷⁰ sin consideración, a ese respecto, de la sensibilidad particular del demandante, ni de las ventajas de que gozaba que no estaban amparadas en un derecho (como el vecino que soporta la construcción de un edificio en el jardín colindante). En verdad la anormalidad es un criterio suficientemente ilustrativo y flexible para determinar cuándo se ha infringido un deber de cuidado (esto es, se ha incurrido en culpa).

A falta de regla formal que defina los ilícitos, el deber de cuidado debe ser definido por el juez de conformidad con los criterios generales para su construcción (*supra* N° 58). Alguna jurisprudencia ha invocado innecesariamente la doctrina del abuso de derecho para establecer los límites entre el derecho propio a disfrutar de la propiedad y el ajeno a que no se afecte su calidad de vida,⁵⁷¹ pero los resultados son análogos a los que se siguen de la doctrina de las turbaciones anormales (*infra* N° 447 c). Así, se ha rechazado un recurso de protección en razón de que las molestias "obedecen a hechos que son consecuencias inherentes de la propiedad y de la vecindad y que los copropietarios y comuneros generalmente deben soportar", siendo indispensable a su respecto una "tolerancia recíproca que haga posible el desenvolvimiento racional de la vida y las actividades de todos los interesados".⁵⁷² Este mismo principio debe entenderse aplicable a la acción de indemnización de perjuicios.⁵⁷³

c) Aunque las relaciones de vecindad presentan típicos caracteres de conflicto de intereses, ocasionalmente son calificadas desde la perspectiva del abuso de derecho. En este libro se entiende que ello supone extremar en exceso este instituto excepcional (*infra* N°s 444 y 447 c).

213. Daños por turbaciones al medio ambiente. Desde el punto de vista civil, las turbaciones al medio ambiente presentan caracteres análogos a las turbaciones de vecindad. En la materia, el legislador ha introducido

⁵⁶⁹ Para apreciar la *anormalidad* no se toma en consideración ni la sensibilidad particular de la víctima ni su eventual instalación anterior en la propiedad. Sobre la responsabilidad por molestias de vecindad en el derecho francés actual, Viney/Jourdain 1998 1068.

⁵⁷⁰ R. Domínguez Á. 1990 128, Díez 1997 34.

⁵⁷¹ Barros 1999 11.

⁵⁷² CS, 4.5.1983, F. del M. 294, 162, que rechaza un recurso de protección porque "las molestias y remores que dicen experimentar los recurrentes, obedecen a hechos que son consecuencia e inherentes de la propiedad y de la vecindad y que los copropietarios y los comuneros generalmente deben soportar".

⁵⁷³ Una aplicación implícita, tratándose de una acción de indemnización del daño moral proveniente de las molestias importantes y prolongadas que sufrieron propietarios por la construcción de un edificio vecino cuyas obras invadieron su inmueble, en Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2°, 78, publicada también en F. del M. 492, 2480.



expresamente el criterio de *relevancia*, al exigir a efectos de la reparabilidad que el daño patrimonial y moral sea significativo, atendiendo a su magnitud y duración.³⁷⁴ Así, quienes por años han disfrutado de cierto tipo de pájaros o de una vista privilegiada no sufren un daño ambiental reparable si por cambios ambientales los pájaros dejan de llegar al jardín o si por una urbanización autorizada se ven privados de la vista de que antes disfrutaban.³⁷⁵ Las particularidades de las condiciones de la responsabilidad por daños al medio ambiente y de las acciones de restitución en naturaleza y de indemnización del daño ambiental serán analizadas en *infra* § 55.

h. Prueba del daño moral

214. Dificultades que plantea la prueba del daño moral. En principio, como todo supuesto de hecho de la responsabilidad civil, *el daño moral debe ser probado* por quien lo alega (*supra* Nº 152).³⁷⁶ Sin embargo, resulta obvio que su naturaleza impone severas restricciones probatorias. Las limitaciones del lenguaje nos impiden transmitir nuestras sensaciones internas de pena, de aflicción física o de frustración.³⁷⁷ A lo más accedemos a lo que los otros sienten porque nosotros mismos nos hemos visto en situaciones semejantes o porque hemos descubierto por la experiencia en qué circunstancias ellas suelen manifestarse en signos exteriores. Por eso, la prueba del daño moral efectivamente sufrido por la víctima tiene algo de la pretensión de rasguñar un vidrio. Con todo, esa dificultad no puede ser tenida por impedimento de una prueba que permita inferirlo de los hechos de la causa.³⁷⁸

215. El daño moral se puede probar mediante presunciones. a) En circunstancias que el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa,

³⁷⁴ Ley del medio ambiente, artículo 2 letra e y artículo 11 letra e; sobre el daño ambiental, *infra* § 55 d 3.

³⁷⁵ En la materia parece haber coincidencia en el derecho comparado (Von Bar 1996 II 5).

³⁷⁶ Existe acuerdo en la doctrina chilena en esta materia, aunque no necesariamente en la forma como enfrentar la prueba. Alessandri 1943 514 y 564, refiriéndose a la exigencia genérica de daño y a la proporcionalidad entre la extensión del daño y la indemnización; Fuyo 1990 107, exigiendo la prueba de los hechos materiales que lo acrediten; C. Domínguez 2000 152, nota 133, aludiendo a "una atenuación de la carga probatoria en aquellos casos en que el perjuicio es manifiesto y ostensible", pero recomendando "particular prudencia para no llegar al extremo de establecer presunciones extremas"; Díez 1997 142, con un excelente análisis jurisprudencial y concluyendo que el daño moral debe probarse, especialmente por medio de informes psiquiátricos (en el caso del dolor) o de presunciones; Corral 2003 163, expresando que el daño moral puede probarse por cualquier medio, pero concluyendo que la prueba será usualmente por medio de presunciones.

³⁷⁷ Wittgenstein *Investigaciones Filosóficas* 656 y 659.

³⁷⁸ Burrows 1994 36.

como el patrimonial, sino sólo puede ser *inferido*, el único medio de prueba disponible son las *presunciones judiciales*. En definitiva, de la circunstancia de que la prueba directa no sea posible, no se sigue que la prueba en lo absoluto no sea posible ni necesaria. Las presunciones tienen precisamente por antecedente ciertos hechos que permiten inferirlas.

Esta parece ser la situación probatoria típica del daño moral. Si alguien sufre la pérdida de sus piernas o su honra es afectada por una difamación, no le será posible mostrar al tribunal la sensación que ha experimentado, pero el juez sabrá que de esos hechos típicamente se sigue dolor físico o moral y que, en distintos grados, se puede ver afectada la capacidad de la víctima para disfrutar la vida. La presunción se basa en la experiencia compartida acerca de las fuentes del dolor y la decepción.

b) La cuestión se plantea en términos análogos respecto del *daño reflejo*, esto es, del dolor que se sufre por la muerte o las graves lesiones de un padre o hijo o de aquel con quien se convive. Con todo, también aquí hay una cuestión de grados. Los afectos no se pueden dar por presumidos con la misma simplicidad en las líneas colaterales que respecto de los hijos y de los padres (ya por determinación biológica, por ejemplo, el afecto por los hijos resulta ser más intenso que por los padres).

En consecuencia, asumir una presunción general de daño por el solo hecho del parentesco resulta en extremo discutible respecto de sobrinos, primos e incluso de hermanos. En estos casos, la prueba también deberá necesariamente hacerse por medio de presunciones, cuya construcción requiere partir de evidencia acerca de la relación afectiva real del demandante con la víctima. El requisito de prueba del lazo afectivo real resulta ser aun más estricto en el caso del daño reflejo que tiene por antecedente las lesiones de una víctima directa que sobrevive (*infra* Nº 230).

c) Aunque sea normal que de la muerte del hijo o del padre se siga un perjuicio afectivo para quien sufre la pérdida, bien puede ocurrir que en el pleito se alegue prueba que muestre, por ejemplo, que el padre fallecido vivía en el abandono o la destitución material o afectiva,³⁷⁹ o que se prueba que la persona cuya honra ha sido afectada ya tenía su prestigio severamente deteriorado. En otras palabras, aunque el daño moral se pueda inferir de los hechos más directos de la causa, esa presunción siempre debe ser tenida por provisoria, como es típico de las presunciones legales y judiciales.³⁸⁰

216. Prueba pericial de la intensidad del daño. A pesar de que los daños no patrimoniales no pueden ser reparados en su valor en dinero, sí

³⁷⁹ En un caso de este tipo, la Corte Suprema revocó en sede de recurso de queja un fallo que no daba lugar a la acción (CS, 26.12.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 1°, 128); juicios críticos en Fuyo 1990 115, R. Domínguez Á. 1990 156, nota 131 y C. Domínguez 2000 153, nota 133.

³⁸⁰ Díez 1997 149, sobre el carácter provisorio de esta presunción, CS, 16.3.2000, RDJ, t. XCIVII, sec. 4°, 64, publicada también en F. del M. 496, 284.

pueden ser comparados en su intensidad relativa. El aporte pericial de especialistas médicos puede ser relevante al momento de determinar el dolor que se sigue de diversos tipos de daños, especialmente en el caso del daño corporal. De esta estimación no se sigue, en consecuencia, una valoración absoluta del daño, sino de la intensidad relativa, pregunta esencial en la evaluación equitativa del perjuicio moral sufrido por el demandante.³⁸¹

217. La prueba del daño moral en la jurisprudencia chilena. La jurisprudencia tiende a presumir la existencia del daño de acuerdo a máximas de la experiencia. En la materia, lo normal es lo que se presume y lo extraordinario lo que debe ser probado. Un antiguo fallo expresa esta idea con soberana simplicidad: "una de las razones que justifican en derecho la indemnización por el daño moral es el efecto de la disminución de la capacidad para el trabajo, la depresión de salud o de las energías, fenómenos naturales y ordinarios que, por ello, no necesitan ser especialmente probados, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia misma de la desgracia."³⁸²

Según la opinión dominante, basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal de aquéllos que ordinariamente producen aflicción o deterioran el goce de la vida, para que se infiera el daño. Aunque alguna jurisprudencia señala que el daño moral no puede ser objeto de prueba,³⁸³ ello resulta discutible, porque todo daño moral debe darse por producido sobre la base de los antecedentes que permitan presumirlo: de la quehacer de una pierna y del tiempo de hospitalización e inmovilidad o de la

³⁸¹ Es interesante atender a los métodos que se emplean en otros sistemas jurídicos para allegar información científica acerca de la intensidad del daño: en el caso francés, las tablas son elaboradas administrativamente, con participación de médicos y otros expertos; en el derecho alemán, la prueba se produce en el propio juicio, lo que permite que la sentencia haga una referencia precisa a las lesiones sufridas y a sus efectos médicos y conductuales, cuestiones que son recogidas por los resúmenes jurisprudenciales que luego retroalimentan a la jurisprudencia; en el derecho inglés, las directivas son elaboradas con descripción precisa de los daños y de los rangos en que se conceden indemnizaciones (véanse notas en *supra* Nº 202 b). Sobre la prueba pericial como medio de acreditar el *pretium doloris* Diez 1997 147.

³⁸² CS, 8.11.1944, RDJ, t. XIII, sec. 1°, 392; más recientemente se ha fallado que "la violenta muerte de un hermano, dada la cercana relación filial, tiene que haber provocado un sentimiento de aflicción, menoscabo, desánimo, depresión y angustia" (Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por la CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publicada también en F. del M. 504, 4292); que acreditada que sea alguna afectación a la integridad física o moral, nace la obligación de indemnizar (Corte de Copiapó, 21.3.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 12.11.2001, GJ 257, 121, publicada también en F. del M. 504, 4090); véase también CS, 4.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1°, 186, que implícitamente apela a la experiencia al afirmar que en nuestro derecho se presume lo normal y es la situación anormal la que debe probarse.

³⁸³ Véase comentario de E. Court a CS, 3.4.2003, rol Nº 839-2002 y CS, 27.11.2003, rol Nº 4.680-2002, en Rev. D. UAI 1, 2004, 89.

pérdida de un hijo se *inferre* por la experiencia un cierto daño moral.³⁸⁴ En otros casos, todo indica que deben ser identificadas las molestias serias sufridas (como ocurre, por ejemplo, con la publicación errónea de un protesto de un título de crédito). Algo semejante puede decirse respecto de los elementos de *valoración* del daño moral, porque para apreciarlo son relevantes las circunstancias de hecho que permiten inferir su gravedad.³⁸⁵ Las objeciones doctrinarias a esta manera de pensar adolecen de la dificultad de no entregar caminos alternativos razonablemente transitables.³⁸⁶

i. *Excursus: la reparación del daño moral contractual*

218. Daño moral contractual y extracontractual. a) El incumplimiento de obligaciones contractuales puede causar un daño moral al acreedor, como se muestra en el caso del transportista que provoca lesiones al pasajero o del médico que incurre en negligencia que causa un grave daño al paciente. A pesar de ser una materia propia de la responsabilidad contractual

³⁸⁴ Así, nada se puede objetar cuando se falla, en materia de daño reflejo, que "probada la muerte de esos hijos en las trágicas circunstancias conocidas y el grado de parentesco, queda probado el daño" (CS, 28.6.1966, RDJ, t. LXIII, sec. 1°, 234). Entre numerosos fallos más recientes que infieren directamente el daño moral pueden verse: Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Valparaíso, 10.8.1998, F. del M. 478, 1795; Corte de Concepción, 16.10.1998, GJ 225, 98, publicada también en F. del M. 484, 150; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5°, 105; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; CS, 16.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4°, 64, publicada también en F. del M. 496, 284; Corte de Valdivia, 30.3.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5°, 105; Corte de Concepción, 7.8.2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.11.2000, GJ 245, 132, publicada también en F. del M. 504, 4292; Corte de Santiago, 14.8.2000, GJ 242, 155; Corte de Santiago, 26.9.2000, GJ 243, 83; Corte de Santiago, 23.3.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 2°, 24; Corte de Valparaíso, 15.5.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 9.10.2001, GJ 256, 144; CS, 13.9.2001, GJ 255, 113, publicada también en F. del M. 502, 2752; Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 83; Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; Corte de Santiago, 31.12.2002, GJ 274, 212; CS, 10.3.2003, F. del M. 508, 154; y CS, 3.4.2003, F. del M. 509, 387; CS, 27.11.2003, GJ 281, 64.

³⁸⁵ Así se ha fallado desde antiguo que "si bien es efectivo que la naturaleza del daño moral ofrece dificultades para su apreciación pecuniaria, los jueces están facultados para regularlo prudencialmente tomando en cuenta el modo como se produjo el delito o cuasidelito y todas aquellas circunstancias que influyen en la intensidad del dolor o sufrimiento" (Corte de Santiago, 26.5.1944, RDJ, t. XII, sec. 2°, 41). Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que "su monto debe regularse atendiendo a la condición y circunstancias personales de la ofendida, a las consecuencias del accidente de que fue víctima (...) a los prolongados sufrimientos que naturalmente han debido producirle tales circunstancias, y al estado precario de salud en que deberá vivir el resto de su existencia" (CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, 4°, 186). Véase también Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175, y Corte de Santiago, 16.12.2002, GJ 270, 96.

³⁸⁶ Una ordenada reseña de la situación jurisprudencial en materia de prueba del daño moral de la víctima directa y por repercusión, en Diez 1997 142.



(porque se refiere a los efectos de un incumplimiento contractual), hay razones para referirse aquí a la materia: ante todo, porque por mucho tiempo el daño moral perteneció privativamente a la responsabilidad extracontractual; además, porque, por lo general, los incumplimientos contractuales que dan lugar a daño no patrimonial también pueden ser calificados como ilícitos extracontractuales en virtud de un concurso de responsabilidades (*infra* § 68).

b) Por otra parte, conviene tener presente que buena parte de los daños morales que se siguen de un incumplimiento contractual provienen de deberes que no han sido negociados expresamente y que son atribuidos a las partes como elementos de la naturaleza del contrato (artículos 1444 y 1546). En otras palabras, usualmente el daño es resultado de la inobservancia de deberes contractuales de cuidado que se dan por establecidos implícitamente por el derecho, de una manera que en poco se diferencia de la determinación judicial de la culpa extracontractual. De ello se sigue que, por lo general, no es sustancialmente diferente la obligación de cuidado que tiene un transportista respecto de pasajeros vinculados por contrato que respecto de terceros que no lo están (*infra* N° 778).³⁸⁷

219. Especialidad del riesgo contractual. a) Los límites de la reparación del daño moral por incumplimiento de contrato están dados por la *especialidad de la institución del contrato*. El contrato establece obligaciones para las partes en un horizonte conocido y delimitado de intereses en cuya protección las partes convergen.

b) La primera pregunta que es necesario contestar se refiere a la *naturaleza de los intereses cautelados por el contrato*. Como se verá, la argumentación para negar lugar a la reparación del daño moral por incumplimiento contractual se funda en un concepto radicalmente patrimonial de la institución del contrato. Esta calificación es coincidente con la referencia que hace el artículo 1556 a la indemnización de los perjuicios contractuales del daño emergente y del lucro cesante.

Sin embargo, de la circunstancia de que el contrato tenga un contenido patrimonial no se sigue que todas sus obligaciones tengan un objeto económico. En consecuencia, el contrato no contiene una diferencia específica respecto de la responsabilidad extracontractual, porque también por convención se pueden contraer obligaciones que tienen por objeto cuidar de bienes extra patrimoniales. Si se atiende a los deberes de cuidado del deudor que tienen por objeto estos bienes no patrimoniales, se concluye que el incumplimiento contractual puede dar lugar a daños morales, que comprometen la responsabilidad del deudor.

³⁸⁷ Carbonnier 2000 520 insistía en que es un artificio hacer entrar en el ámbito contractual 'brazos quebrados o la muerte de hombres', que típicamente pertenecen al ámbito extracontractual; esta es una buena razón para aceptar en estos casos la opción de responsabilidades (*infra* N° 842).

c) En la medida que se acepte desde un punto de vista conceptual que el daño moral *puede* ser objeto de la responsabilidad contractual, surge una segunda cuestión, relativa a las condiciones de ese reconocimiento.

Un par de ejemplos permitirán adelantar las ideas que se plantean en esta sección. La entrega oportuna de una casa por el constructor tiene un significado económico definido: si no cumple la prestación en el plazo convenido, tendrá que cubrir los costos que ello irroga al propietario. Por la misma razón, sin embargo, no pertenece al ámbito de las obligaciones y riesgos contractuales del constructor que se atrasa el daño moral que sufre la hija del propietario, quien no puede realizar su fiesta de matrimonio en la casa que se pretende inaugurar para esa ocasión. Por el contrario, puede sostenerse que la lesión a la integridad corporal del pasajero o del paciente son incumplimientos contractuales que generan responsabilidad bajo reglas contractuales o extracontractuales que son idénticas entre sí (a menos que el contrato incluya una convención modificatoria de responsabilidad válida).

d) Todo indica que lo determinante para que proceda la reparación del daño moral por incumplimiento contractual es el *ámbito de intereses cautelados por el contrato*. Por lo mismo, la discusión acerca de la procedencia del daño moral en materia contractual conduce a una pregunta clásica de la responsabilidad contractual: ¿pertenece ese daño preciso al ámbito de riesgo del contrato?; o, lo que es lo mismo, ¿pudieron las partes, al tiempo del contrato, prever razonablemente que del incumplimiento se derivarían para el acreedor los perjuicios morales que ahora demanda? (*infra* N° 785).

220. Panorama del derecho comparado. a) En lo que se refiere a la pregunta conceptual más fuerte, es posible discernir dos tendencias en el derecho comparado. La primera considera la compensación del daño moral con independencia de su fuente, de modo que se reconoce lugar a la indemnización por infracción de contrato del mismo modo como ocurre con los deberes generales de cuidado que dan lugar a responsabilidad extracontractual. La segunda posición asume que el contrato contiene deberes de cuidado delimitados por su objeto, que usualmente es estrictamente patrimonial, de modo que no se responde del daño moral que se sigue de un incumplimiento contractual, a menos que el daño caiga dentro del ámbito de cuidado que pertenece al deudor de acuerdo con la convención.

En el derecho francés, se ha concluido en la extensión de la responsabilidad contractual al daño moral, sobre todo luego que la jurisprudencia ha entendido que ciertas relaciones contractuales llevan implícitas ciertas obligaciones de seguridad: el deber del transportista y del establecimiento clínico de preservar la integridad del acreedor en los contratos de transporte de personas y contrato médico, por ejemplo.³⁸⁸ Con posterioridad, sin embargo, la responsabilidad por daño moral que se sigue del contrato se ha expandido en términos que la doctrina no hace distinciones entre la

³⁸⁸ Sobre las obligaciones de seguridad en el derecho francés, Chabas 2000 b N° 70.

reparación del daño moral en materia extracontractual y contractual,³⁸⁹ lo cual es consistente con la tendencia a la unificación de los regímenes de responsabilidad civil en la doctrina civil francesa.

En el *common law*, por el contrario, la reparación del daño moral contractual enfrenta serias reservas. En principio no se responde por daño moral en contratos típicamente comerciales. Se acostumbra justificar esta regla en que los contratos se vinculan a intereses económicos y no a sentimientos, que los eventuales daños morales originan incertidumbres por su difícil evaluación y que una indemnización del daño moral podría ser fuente de una compensación desproporcionada.³⁹⁰ A su vez, desde un punto de vista económico, el riesgo de incurrir en responsabilidad por daños incommensurables en dinero produce una incertidumbre que entorpece la fluidez de los intercambios. Sin embargo, en la práctica, la diferencia no es tan profunda, porque se reconoce la excepción respecto de hechos que son a la vez incumplimientos contractuales y de deberes generales de cuidado, cuya infracción da lugar a responsabilidad extracontractual, como ocurre con los daños corporales causados por negligencia médica o del empleador. También los jueces reconocen una excepción, y dan lugar a indemnización por perjuicio de agrado, cuando el fin del contrato era producir un placer o disfrute y liberar de adicción espiritual.³⁹¹ Generalizando, puede sostenerse que en el *common law* los denominados contratos personales, que atienden a intereses de naturaleza no patrimonial (contratos médicos, de transporte de personas, de vacaciones, funerarios) dan lugar a la reparación de daños no pecuniarios; cuestión que no ocurre en los contratos comerciales, en que predominan los intereses pecuniarios (como un contrato de compraventa o de promesa).³⁹²

b) El análisis comparado muestra que el dilema en materia de reparación del daño moral que se sigue del incumplimiento contractual no reside en saber si procede indemnizarlo, sino más bien en las condiciones de su compensación. Y todo indica que es preferible contestar esta pregunta

³⁸⁹ Carbonnier 2000 297, con referencia a que los daños contractuales han seguido el modelo de la responsabilidad delictual; Viney/Jourdain 1998 24, con expresa mención de que la jurisprudencia no hace diferencia respecto a la materia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

³⁹⁰ Atiyah 1989 440; una explicación de los principios que rigen la materia en el derecho inglés y norteamericano en Jana/Tapia 2004 N° 10.

³⁹¹ Willmott/Christensen/Butler 2001 718, Atiyah 1989 437.

³⁹² Jana/Tapia 2004 N° 10. Aunque desde el punto de vista sistemático no hay diferencias entre el daño moral proveniente del ilícito contractual y extracontractual, las soluciones en el derecho alemán son análogas al *common law*, con la limitación de que el daño moral sólo resulta indemnizable cuando se lesionan el cuerpo, la salud, la libertad o la autodeterminación sexual (BGB, § 253 II, introducido por la reforma al derecho de obligaciones que entró en vigencia en 2002); determinante para que proceda la indemnización es que el deudor haya infringido un deber que emane de la relación obligatoria (BGB, § 280), de modo que la reparación del daño moral está sujeta a la limitación que resulte del incumplimiento de un deber contractual dirigido a proteger alguno de los bienes enunciados por el § 253 II.

de un modo suficientemente diferenciado, que atienda al tipo de obligaciones y riesgos que asumen las partes en cada tipo de contrato, en vez de dar una respuesta puramente mecánica.

221. Reconocimiento del daño moral contractual en el derecho chileno.

a) La jurisprudencia chilena negó lugar a la reparación del daño moral emanado del incumplimiento contractual durante el primer siglo de vigencia del Código Civil. Luego, comenzó a reconocer acciones indemnizatorias, con fuente jurisprudencial o legal, en casos de incumplimiento de obligaciones contractuales cuyo objeto fuera o comprendiera la seguridad corporal del acreedor. En una tercera etapa, se reconoció más ampliamente la reparación del daño moral a condición de que éste fuera previsible, en los términos del artículo 1558.³⁹³ Todo indica que la evolución no está concluida, de modo que debe advertirse respecto del riesgo de que un concepto como metodológico vacío lleve desde una situación inicial, en que se rechaza *per se* la reparación del daño moral, a una situación de signo inverso, que no se haga cargo de la especialidad del riesgo contractual.³⁹⁴

b) En general, la jurisprudencia fue reacia tradicionalmente a reconocer una acción reparatoria por los daños morales que se siguen del incumplimiento de un contrato.³⁹⁵ En ello contaban con el soporte implícito de la doctrina, que diferenciaba la responsabilidad contractual de la extracontractual precisamente en atención a los perjuicios indemnizables.³⁹⁶

El argumento principal era estrictamente literal: mientras el Código Civil ordena en materia extracontractual la reparación de *todo* daño (artículo 2329), en sede de incumplimiento de contratos sólo se refiere al *daño emergente* y al *lucro cesante* (artículo 1556), conceptos que poseen históricamente una clara connotación patrimonial.³⁹⁷

³⁹³ La indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual ha sido exhaustivamente estudiada por C. Domínguez 2000 167 (que le dedica una parte importante de su obra sobre el daño moral); un lúcido análisis dogmático en Rojas 2002 *passim*; un comprensivo comentario a CS, 5.11.2001, RDJ, t. XXVIII, sec. 1°, 234, también publicada en GJ 257, 39, en que se declaró la responsabilidad civil de un laboratorio que informó erradamente un diagnóstico de sida, en Jana/Tapia 2004.

³⁹⁴ *Supra* N° 219; *infra* N°s 223 y 785.

³⁹⁵ C. Domínguez 2000 329, para una referencia a algunas tesis jurisprudenciales minoritarias, ídem 334.

³⁹⁶ Jana/Tapia 2004 N° 7 destacan que Alessandri 1943 49 se limitaba a señalar que en materia contractual el "daño moral no es indemnizable, a lo menos en el estado actual de la jurisprudencia". En verdad, todo indica que Alessandri no toma una posición dogmática en la materia, pero acepta que la extensión de la reparación plantea una diferencia sustancial entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, claramente en contra de la reparación del daño moral que se sigue del contrato, Gatica 1959 144 y Abeinik 1993 35 y 732; un análisis de la doctrina en Rojas 2002 112.

³⁹⁷ Corte de Santiago 13.8.1935, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.6.1986, RDJ, t. XXXIII, sec. 1°, 331; y CS, 18.4.1950, RDJ, t. XLVII, sec. 1°, 127; un análisis de esta jurisprudencia en C. Domínguez 2000 330. Tardíamente y asumiendo el mismo argumento, Corte de Santiago, 26.10.2004, GJ 292, 17, y Corte de Santiago, 11.5.2006, GJ 311, 147.

c) Un cambio interpretativo se produjo cuando la jurisprudencia comenzó a aceptar que en algunos contratos el deudor asume una *obligación de seguridad* respecto de la persona del acreedor.³⁹⁸ No es extraño, en consecuencia, que sean el contrato de transporte y el de trabajo los que lideraron la evolución. Timidamente, se aceptó que el daño moral producido por un accidente ocurrido en un medio de transporte afectaba la psiquis de la víctima, repercutiendo en su capacidad laboral y, por consiguiente, en sus facultades económicas.³⁹⁹ Pero luego se abandonó este sesgo patrimonial en la calificación del daño moral contractual y se aceptó que son previsibles los daños sufridos por el pasajero, tanto los puramente morales como los patrimoniales, porque por mucho que la reparación en dinero no pueda ser tenida por equivalente al daño sufrido por la víctima, ello no es motivo para negar lugar a la indemnización.⁴⁰⁰

La ley de accidentes del trabajo de 1968⁴⁰¹ también asumió que el empleador tenía respecto del trabajador una obligación de seguridad que da lugar a la reparación de daños patrimoniales y morales si se le puede imputar negligencia (*infra* § 51 c).⁴⁰² A su vez, la Ley de consumidores ha extendido la protección al daño moral provocado por el incumplimiento de disposiciones de ese ordenamiento (artículo 3 letra e); la regla tiene el efecto principal de caucelar los deberes de seguridad de productos y servicios (Título III párrafo 5).⁴⁰³

³⁹⁸ Sobre las obligaciones contractuales de seguridad que tienen por objeto prevenir daños corporales, Carbonnier 2000 517; para el derecho chileno, Pizarro 2003 b 166.

³⁹⁹ Corte de Santiago, 3.7.1951, RDJ, t. XVIII, sec. 1°, 252.

⁴⁰⁰ CS, 14.4.1954, RDJ, t. LI, sec. 1°, 74, donde se concluye que "el problema de la procedencia de la indemnización del daño moral se concreta a saber si este 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 casidélito, es lícito rechazarlo si se le funda en el contrato [de transporte]"; un análisis de esta evolución jurisprudencial en C. Domínguez 2000 335.

⁴⁰¹ DO 23.1.1968.

⁴⁰² Ley de accidentes del trabajo, artículo 69; a su vez el artículo 184 del Código del Trabajo establece expresamente una obligación de seguridad para el empleador. Para fallos que declaran la indemnización del daño moral en sede contractual por incumplimiento del deber de seguridad del empleador: CS, 16.6.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 3°, 94; Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 193; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85, que se funda en la mencionada ley especial y concluye al mismo tiempo que el artículo 1556 no hace ninguna distinción entre el daño moral y el daño patrimonial; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210, que también se funda en la ley especial y concluye que el artículo 1556 no prohíbe la compensación del daño moral; y Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183.

⁴⁰³ Interesante es un fallo del Juzgado de Policía Local de Providencia, 12.4.2000, referido en Jara/Tapia 2004 N° 9, que sanciona por daño moral, de conformidad con la Ley de consumidores, a una empresa de arriendo de automóviles que cobró dos veces un servicio, obligando al cliente a realizar gestiones y aclaraciones para evitar el daño a su prestigio.

Finalmente, la jurisprudencia ha reconocido obligaciones de seguridad en los contratos de prestaciones médicas, con la consecuencia de que la responsabilidad de médicos y hospitales tiene una extensión idéntica si se funda en el contrato o en el ilícito extracontractual (*infra* N° 470).⁴⁰⁴

El reconocimiento de estas acciones evita la aberración axiológica de que el tercero que no está ligado por contrato pueda demandar la reparación del daño moral que se sigue del daño corporal y, en cambio, esté impedido de hacerlo quien tiene un derecho contractual a exigir prestaciones de seguridad respecto de quien negligentemente lo ha provocado.

d) Luego, el reconocimiento de indemnización por daño moral que se sigue del incumplimiento de contrato se ha expandido más allá de los contratos que imponen típicamente obligaciones de seguridad (entendidas en sentido estricto, como caucelares de la vida y la integridad física). Ello ha ocurrido especialmente en el caso de incumplimiento de obligaciones que producen efectos en la honra, como ocurre con el descrito que se sigue de protestos erróneos⁴⁰⁵ o de un despido que injustificadamente invoca una causal infamante.⁴⁰⁶ Asimismo, se ha entendido que el incumplimiento de una prestación contractual puede dar lugar a responsabilidad si por su naturaleza puede producir un daño puramente moral a la contraparte, como ocurre con un errado test de sida que por tres años mantiene en el error a la víctima.⁴⁰⁷

292. Fundamento jurídico de la reparación del daño moral en sede contractual. a) Por mucho tiempo, la norma del artículo 1556 fue tenida por una barrera insalvable para la reparación del daño moral,⁴⁰⁸ porque sólo da lugar a la indemnización del daño emergente y del lucro cesante. Por el contrario, una lectura literal del artículo 2329 permitiría inferir que en sede extracontractual no regía esa limitación.

Para evitar esta dificultad, la jurisprudencia ha seguido diversas estrategias. Ante todo, ha afirmado que la norma del artículo 1556 no debe entenderse como excluyente del daño moral, porque no contendría una enumeración exhaustiva de los daños indemnizables, como se muestra

⁴⁰⁴ Véase Corte de Concepción, 20.5.2002, confirmada por la CS [cas. formal], 29.10.2002, GJ 268, 93. Revelador de esta indiferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual en materia médica es Corte de Santiago, 2.10.2003, GJ 280, 138, donde se reconoce daño moral reflejo al cónyuge de una mujer a quien erróneamente se le diagnosticó sida.

⁴⁰⁵ Así, Corte de Santiago, 6.8.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 2°, 100 y reiterada jurisprudencia posterior.

⁴⁰⁶ Corte de Concepción, 12.12.1997, rol N° 698-1997, comentada en R. Domínguez Á. 1998. Una posición contraria en CS, 12.7.2001, GJ 253, 169; sobre esta materia, Court 2002 y Gamonal 2000 *passim*.

⁴⁰⁷ CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1°, 234, también publicada en GJ 257, 39, comentada por R. Domínguez Á. en Rev. Concepción 209, 2001, 233 y Jara/Tapia 2004.

⁴⁰⁸ Gatica 1959 144 y 149.



en diversas disposiciones legales que aceptan la reparación del daño moral.⁴⁰⁸ Luego, se ha ido un paso más allá, y se ha señalado que el daño moral es una forma de daño emergente.⁴¹⁰ Finalmente se ha estimado que no hay razón para excluir la indemnización, porque dentro de la escala de bienes jurídicos protegidos, los bienes extrapatrimoniales tienen un rango superior a los patrimoniales.⁴¹¹ De este modo, la jurisprudencia superior se hace cargo de una generalizada posición doctrinal favorable a la indemnización del daño moral en sede contractual.⁴¹²

El derecho privado es un sistema abierto, donde los conceptos son instrumentos para dar forma a las exigencias de justicia y eficiencia que plantea la vida de relación. En ese marco, pareciera que el propósito subyacente de la jurisprudencia es atender, a la vez, a la lógica del contrato (que establece un horizonte limitado a las consecuencias por las cuales el deudor puede ser hecho responsable) y de justicia conmutativa o correctiva (que ordena reparar los daños que surgen de un incumplimiento contractual).

b) La tendencia jurisprudencial al reconocimiento de que *puede* ser indemnizado el daño moral que se sigue del incumplimiento de un contrato debe tenerse por asentada.⁴¹³ Con todo, una vez que se acepta que el daño

⁴⁰⁸ En este sentido, Tomaseño 1969 157 y Rojas 2002 143. Algunas sentencias han concluido también que el artículo 1556 no prohíbe la compensación del daño moral: CS, 20.10.1994, RDJ, t. XCI, sec. 1ª, 100; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; y Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210.

⁴⁰⁹ CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234, también publicado en GJ 257, 39, agrega como argumento que el concepto de *daño emergente* que emplea el artículo 1556 del Código Civil comprende no sólo el daño pecuniario, sino también el moral, tesis que sólo puede entenderse como una interpretación de *lege ferenda* de una norma que históricamente tiene un sentido patrimonial inequívoco. En verdad estas sentencias tienen la virtud de destinar uno de los principales argumentos para negar la reparación de este daño en sede contractual, esto es, el texto del artículo 1556 (véase comentario de R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. a CS, 20.10.1994, rol Nº 18.647, en Rev. Concepción 196, 1994 155).

⁴¹⁰ CS, 20.10.1994, RDJ, t. XCI, sec. 1ª, 100, comentado por R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en Rev. Concepción 196, 1994, 155.

⁴¹¹ Fueyo 1991 375 y Ramos 2004 243, entre las obras generales; los exhaustivos estudios monográficos de Tomaseño 1969 y C. Domínguez 2000 (partes II y III); los artículos y comentarios de sentencias de Illanes 1994, R. Domínguez Á. y R. Domínguez B. en Rev. Concepción 196, 1994 155, R. Domínguez Á. en Rev. Concepción 209, 2001, 233 y Jana/Tapia 2004 Nº 11 (que analizan profundamente los razonamientos del fallo referido); y las memorias de N. Rodríguez, J. G. Palma y C. Acedo, referidas en Rojas 2002 129.

⁴¹² En especial luego del fallo antes referido, relativo a un error en examen que daba por establecido la tenencia del virus del sida (CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234 también publicado en GJ 257, 39, comentada por R. Domínguez Á. en Rev. Concepción 209, 2001, 233, y Jana/Tapia 2004). En un sentido contrario, en el período inmediatamente anterior, pueden citarse los siguientes fallos que rechazan la reparación del daño moral en materia contractual: Corte de Concepción, 19.1.1990, confirmado por CS [cas. fondo], 27.8.1990, GJ 129, 31, fundado en el texto del artículo 1556 del Código Civil; Corte de Santiago, 23.9.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 2ª, 115; Corte de Santiago, 8.12.1999, rol Nº 5303-1996; y CS, 3.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1ª, 1. Tardía y aisladamente, Corte de Santiago, 26.10.2004, GJ 292, 17.

moral, sea indemnizado en sede contractual, la dificultad radica en saber *cómo* es razonable y justo que ello ocurra. En nuestro sistema jurídico esta pregunta, que es la verdaderamente decisiva si se atiende a lo expuesto respecto del derecho comparado, sólo se puede resolver atendiendo a la exigencia de que el daño moral sea *previsible* para las partes al momento de contratar, a menos que intervenga dolo del deudor (artículo 1558).

223. Límite a la reparación del daño moral contractual: intereses cautelados por el contrato. a) Las reglas sobre responsabilidad contractual del Código Civil tienen su antecedente doctrinario en Pothier, para quien una preocupación principal era definir los límites de la responsabilidad del deudor. En ese contexto se plantea el requisito de la previsibilidad en la responsabilidad contractual.⁴¹⁴

Por eso, la pregunta acerca de las condiciones para la indemnización del daño moral contractual sólo puede ser contestada de modo coherente a la luz del criterio de previsibilidad que informa la responsabilidad contractual. La responsabilidad contractual por culpa se limita al ámbito de riesgo asumido por el deudor.⁴¹⁵ Usualmente ese ámbito de riesgo está definido por la naturaleza de la relación (artículo 1546), que determina, a falta de texto legal o convencional expreso, las expectativas que razonablemente puede hacerse cada parte respecto de los deberes que asume la contraparte.⁴¹⁶

b) Existen algunos contratos que *naturalmente comprenden la protección de intereses extrapatrimoniales*, de modo que resulta previsible que su incumplimiento puede provocar perjuicios morales. Es el caso de la obligación de seguridad de los contratos de trabajo, de transporte de personas y de servi-

⁴¹⁴ Pothier 1761 Nº 160, luego de establecer el principio de reparación de "la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer", expresa que "es necesario, sin embargo, no someter el deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer", a cuyo efecto, si no se puede imputar dolo, "el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inexecución de la obligación". Ese texto es el antecedente del artículo 1150 del Código francés y del artículo 1558 de Código chileno.

⁴¹⁵ Con énfasis correcto en la idea de riesgo asumido por el deudor como criterio definitivo de los perjuicios previsibles, Jana/Tapia 2004 Nº 13.

⁴¹⁶ Así ocurre con el incumplimiento por instituciones financieras de deberes de cuidado respecto de sus clientes, que provocan daños a su honra (*infra* Nº 410). Algo análogo vale respecto de los deberes de una compañía aérea con sus pasajeros, que quedan en situación de afición en la esfera psíquica, a consecuencia del abandono y desinformación de que son objeto por más de diez horas, circunstancia que fue considerada como generadora de un daño moral indemnizable por el Tribunal Supremo español (31.5.2000, comentado por de Verda 2005 69, aludiendo a la nulidad de la cláusula de exoneración en el billete, de conformidad a las reglas de protección de los consumidores); el daño pertenece típicamente al ámbito de riesgos que la compañía aérea debe enfrentar con diligencia, de modo que mostrada su culpa, los daños morales significativos resultantes son indemnizables.



cios médicos.⁴¹⁷ En algunos contratos se tiende a reconocer una obligación implícita de resultado, como puede ser llevar sano y salvo al pasajero al destino, que el trabajador no sufra un accidente predecible, que el enfermo no adquiera una enfermedad intrahospitalaria. Pero también pueden surgir daños morales indemnizables en el marco de obligaciones de medios, como es el caso típico de los contratos de servicios médicos.⁴¹⁸

Por el contrario, los *contratos netamente contractuales* (o, más precisamente, de contenido puramente patrimonial) tienen por naturaleza una mera función de intercambio de bienes y servicios. Por eso, resulta ajeno a la naturaleza y a los riesgos tenidos en vista por las partes al tiempo de contratar, que el incumplimiento tenga consecuencias extrapatrimoniales.

c) Estas consideraciones permiten explicar por qué algunos fallos nacionales recientes aceptan la indemnización del daño moral en materia contractual y otros la rechazan categóricamente.⁴¹⁹ En definitiva, la pregunta pertinente no es si procede en términos absolutos la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual, sino si la lesión de intereses extrapatrimoniales pertenece al tipo de riesgos que el deudor asumió expresamente o en razón de la naturaleza del contrato. Superar esa barrera del daño previsible, que afectaría severamente la institución del contrato, cuyo objeto es precisamente definir un ámbito conocido de ries-

⁴¹⁷ Sobre estas obligaciones de seguridad, accesorias al contrato de transporte, que dan origen a la reparación de daños morales en el derecho francés, Chabas 2000 b N° 70, Viner/Jourdain 1998 398; en el derecho chileno, Rizarzo 2003 b 166; en el derecho alemán fueron concebidas como obligaciones complementarias, que podían dar lugar a incumplimiento contractual (*positive Vertragsverletzung*), entre las cuales la jurisprudencia incluyó los deberes de protección o seguridad respecto de la contraparte (Palandt/Heinrichs § 275 11); el desarrollo jurisprudencial se ha materializado en la reciente reforma al derecho de obligaciones, que establece como categoría central del derecho de contratos el concepto de infracción de un deber que nace de la relación obligatoria (BGB, § 280 I), con lo que se alude a las obligaciones principales y complementarias y a las explícitas e implícitas.

⁴¹⁸ Asumir que algunos contratos suponen naturalmente obligaciones de seguridad, que se entienden incorporadas implícitamente (transporte, hotelería, cuidado de menores, por ejemplo) no significa que el obligado adquiere con ello una obligación de garantía respecto de la contraparte; las obligaciones de seguridad dan lugar a obligaciones de medio o resultado, según sea la naturaleza del deber que envuelven (Carbonnier 2000 521).

⁴¹⁹ Así, por ejemplo, al analizar 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 representante; la Corte Suprema concluyó que el acreedor enfrentaba el simple resultado de una situación de negocios, esencialmente incierta y eventual (CS, 3.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 1°, I, con comentario de R. Domínguez A. en Rev. Concepción 207, 2000, 173). 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 moral esorbitante al ámbito de riesgos propio del contrato y que debe ser soportado por el acreedor, quien dispone de las acciones indemnizatorias por el daño patrimonial sufrido (sin perjuicio de las cláusulas penales que válidamente pueden pactarse por el retraso).

go (*infra* N° 785); por el contrario, dibujar la línea divisoria más acá de ese límite, negando la reparación de perjuicios no patrimoniales que naturalmente pertenecen al ámbito de cuidado del deudor, supondría dejar desprotegidos legítimos y significativos intereses no patrimoniales del acreedor, que inequívocamente suelen formar parte del acuerdo contractual.

§ 25. DAÑO REFLEJO O POR REPERCUSIÓN

a. Introducción

224. **Noción.** a) El *daño reflejo* o *por repercusión* es el sufrido por víctimas *mediatas* de un hecho que ha causado la muerte o lesiones a otra persona.⁴²⁰ Los efectos de las lesiones o de la muerte sufridos por la víctima inmediata se pueden expandir hacia terceros, que sufren personalmente un daño patrimonial o moral a consecuencia de esa muerte o lesiones. Aunque la muerte sea tenida por el mayor de los males, no puede conceder acción a quien la sufre, pues se trataría de un derecho carente de un sujeto que esté legitimado para alegar un interés personal,⁴²¹ pero sí puede serlo para personas que estaban ligadas patrimonial o afectivamente a ella. Algo análogo puede ocurrir en casos de graves lesiones corporales de la víctima inmediata.

b) El daño reflejo o por repercusión puede ser *patrimonial* o *moral*. En las siguientes secciones se tomará esta distinción como base del análisis, en razón de las dificultades especiales que plantea el daño moral reflejo o *perjuicio de afición*. En uno y otro caso se distinguirá entre el daño reflejo que se sigue de la muerte y de las lesiones de la víctima directa.

225. **Naturaleza de la acción y de los perjuicios.** a) La acción que surge del daño reflejo pertenece *personalmente* a quien lo sufre. El daño invocado es el perjuicio propio y no el de la víctima inmediata. Si ésta ha muerto en el accidente, los terceros cercanos pueden disponer de dos acciones: ante todo, una *acción transmitida* por la víctima inmediata para perseguir la reparación de los perjuicios que ésta ha soportado en vida; y, además, una *acción personal* por los perjuicios morales y patrimoniales sufridos personalmente a consecuencia del accidente de la víctima inmediata.

Ambas acciones, concedidas a título personal y como herederos de la víctima directa, son diferentes, pero su concurrencia suele ser mirrada con escepticismo en el derecho comparado en razón del riesgo de que conduzca a una doble indemnización de un mismo perjuicio (sobre los problemas de transmisibilidad del daño moral, *infra* N° 743). Con esta

⁴²⁰ Alessandri 1943 487 y 463 trata el daño reflejo a propósito de daño patrimonial y moral a las personas; P. Rodríguez 1999 360 lo trata a propósito del daño que se sigue de la muerte; otros autores siguen el camino de Alessandri; un cuidadoso análisis del daño reflejo en el derecho chileno en Elorriaga 1999 *passim*.

⁴²¹ *Supra* N° 156 b, con nota sobre antecedentes doctrinarios y comparados.

