

Daño moral: un laberinto jurídico

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

I.- Concepciones y doctrinas sobre el daño moral	86
<i>Según Ramón Daniel Pizarro:</i>	
1.- Daño moral es todo daño no patrimonial	86
2.- El daño moral se determina por la índole expatrimonial del derecho lesionado	87
3.- El daño moral como menoscabo a derechos conferidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica	87
4.- Doctrina que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado	88
5.- Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa detrimento	88
<i>Según Carmen Domínguez Hidalgo:</i>	
1.- Concepciones que niegan la autonomía del daño moral respecto del daño patrimonial	89
2.- Concepciones que distinguen el daño moral como un perjuicio autónomo	90
2.1.- Concepciones negativas	90
A.- Daño moral es todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial	90
B.- Daño moral es todo daño que no repercute en el patrimonio	90
C.- Daño moral es todo daño que carece de equivalencia pecuniaria	91
2.2. Concepciones positivas	
A.- Daño moral como pretium doloris	91
B.- Daño moral como menoscabo de un derecho extrapatrimonial	91
C.- Daño moral como menoscabo a los bienes de la personalidad	91
D.- Criterio que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado	92
E.- Doctrina que toma en cuenta el resultado que la acción dañosa provoca en la persona	92

3.- Criterios distintivos al interior de los daños no patrimoniales	93
II.- Algunas reflexiones de los autores sobre la naturaleza y alcance del daño moral	94
III.- Daño moral concepto y definición	112
A.- Patrimonio y bienes espirituales	112
B.- Definición de daño moral y obstáculo para su determinación	113
C.- Elementos contenidos en la definición propuesta y sus alcances	117
C.1.- El daño moral sólo puede sufrirlo la persona humana	117
C.2.- La lesión afecta la "esfera" de los sentimientos más íntimos del dañado	123
C.3.- El daño moral debe provenir causalmente de un hecho antijurídico que consistirá en la lesión de un derecho subjetivo de la víctima	126
C.4.- El daño moral supone el menoscabo o pérdida de un interés reconocido o un derecho de que se es titular	132
C.5.- Puede concurrir en una misma situación, conjunta o separadamente, el daño material y el daño moral, atendida la intimidad y profundidad de la lesión	137
D.- Sobre la certidumbre del daño	140
E.- Daños por repercusión o daño con consecuencias pecuniarias	143
F.- Daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y contractual	144
IV.- Naturaleza de la indemnización del daño moral	148
A.- Daño moral como resarcimiento de un perjuicio efectivo	149
B.- La indemnización del daño moral como pena privada o pena punitiva	150
C.- Indemnización del daño moral como asignación "satisfactiva" destinada a mitigar el perjuicio causado	151
V.- Tasación del daño moral	155
1.- Daños morales "puros" y daños morales "por repercusión"	156
2.- Daño moral en el ámbito contractual y extracontractual	157
3.- Factores que inciden en la determinación y cuantificación del daño moral	158
A.- Criterios generales de valorización del daño moral	158
B.- Sobre el hecho ilícito	158
C.- Sobre el derecho o interés lesionado	158
D.- Sobre la calidad y condición de la víctima y el victimario	159

VI.- Algunos pronunciamientos jurisprudenciales 162**VII.- Conclusiones** 169

Resumen: El presente trabajo desarrolla una tesis sobre lo que constituye el daño moral, proponiendo una concepción del mismo y destacando los elementos que sirven para calificarlo y evaluar el resarcimiento indemnizatorio a que da lugar. Se incluyen en él siete capítulos, que tratan, sucesivamente: i) de las concepciones doctrinarias sobre el daño moral (estado actual de la doctrina); ii) algunas reflexiones de los autores acerca de la naturaleza y alcance del daño moral; iii) concepto y definición del daño extrapatrimonial (en el cual se analizan los obstáculos para su determinación y los elementos contenidos en la definición propuesta y su proyección, sobre la certidumbre del mismo, sobre daños por repercusión o daño moral con consecuencias pecuniarias, sobre el daño moral en el ámbito contractual y extracontractual); iv) naturaleza jurídica de la indemnización del daño extrapatrimonial; v) tasación del daño moral; vi) algunos pronunciamientos jurisprudenciales; y vii) conclusiones. La dispersión de opiniones y un cierto desconcierto entre los autores, unido a sentencias judiciales contradictorias, lleva a concluir que, por el momento, nos hallaríamos ante un verdadero “laberinto jurídico”, fruto de aplicar las nociones y conceptos tradicionales de la responsabilidad civil a una cuestión que, sin duda, excede los caracteres del daño propiamente patrimonial. Se trata de un tipo especial de responsabilidad, que se ha instalado definitivamente en la doctrina y la jurisprudencia y que, conforme las tendencias que predominan en la actualidad, tiende a extenderse a todas las manifestaciones de la actividad civil.

Es difícil abordar este tema en presencia de tanto desacuerdo y discrepancia doctrinaria. Del daño moral hay una infinidad de definiciones y conceptos, a pesar que todos entendemos de qué estamos hablando. A medida que el derecho se perfecciona y cubre mayores fronteras del comportamiento humano, surgen nuevos enfoques que alteran la teoría jurídica tradicional. El daño moral ha existido siempre, pero ha sido en los últimos 50 años que se ha desencadenado una preocupación especial en demanda de su reconocimiento y reparación. Una de las tendencias actuales de la responsabilidad es el aumento en la cobertura de los daños. Lo que ayer se negaba rotundamente, hoy se sostiene con la misma firmeza. Todos los daños que experimenta injustamente una persona –se dice– deben ser reparados. Ya no es concebible que la mayor parte de los daños se asignen a la fatalidad del destino.

Desde un punto de vista dogmático, la reparabilidad del daño moral depende del concepto que se tenga del mismo. De aquí la necesidad de abocarse a este tema sin la pretensión, por cierto, de agotarlo. Pero para reclamar la procedencia o improcedencia de una indemnización de este tipo es fundamental adoptar un criterio que lo caracterice y explique su naturaleza a la luz del derecho.

I. Concepciones y doctrinas sobre el daño moral

Un autor argentino, Ramón Daniel Pizarro, analiza cinco corrientes de opinión o concepciones sobre el concepto de daño moral.

1. Daño moral es todo daño no patrimonial

Para ser consecuente, deberíamos definir, previamente, que se entiende **jurídicamente** por daño, de otro modo, se trata de un juicio negativo que no excluye prácticamente casi nada o muy poco. A nuestro juicio, desde una perspectiva jurídica, daño es **todo menoscabo o detrimento antijurídico que experimenta una persona**. Por lo tanto, no constituye daño para el derecho el menoscabo o detrimento que sufre un sujeto como consecuencia del cumplimiento de un mandato contenido en el sistema jurídico. El detrimento que experimenta una persona de acuerdo al orden jurídico no tiene carácter de daño, porque es una redistribución de los bienes o una reasignación que, por hallarse ordenada en la norma jurídica, no puede considerarse daño desde el punto de vista de la responsabilidad. De lo que se señala deducimos, entonces, que no puede asimilarse el daño en general con el daño jurídico, ya que este último tiene un rasgo especial y peculiar que le da una fisonomía propia. En síntesis, reiteremos, el daño en la perspectiva de la responsabilidad, sólo puede considerarse cuando es contrario a derecho: **antijurídico**.

Hecha esta salvedad, digamos que para esta corriente el daño moral es aquel que *"no entraña por sí mismo una pérdida económica, una disminución del patrimonio"*.¹ Yendo todavía más lejos, se ha sostenido que *"daño no patrimonial es aquel que aun indirectamente se traduce en una disminución patrimonial"*.² Ramón Daniel Pizarro rechaza esta concepción afirmando, entre otras cosas, que: *"El daño moral debe ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es. Lo contrario ha determinado que durante décadas permaneciese ignorado, relegado a un segundo plano, a la sombra del daño material. Y que su reparación asumiese, con frecuencia, carácter meramente simbólico, como*

¹ Stark-Roland-Boyer, *Droit civil. Obligations. Responsabilité délictuelle*, 2° ed., t. I, N° 110, p. 62. (citado por Ramón Daniel Pizarro).

² Bonasi Bunecci, *La responsabilidad civil*, p. 80; Demogue. *Traité des obligations en general*. T. IV, p.15. (citado por Ramón Daniel Pizarro).

algo 'casi no jurídico', que sólo podía ser computado para castigar o sancionar al autor de la lesión".³

2. El daño moral se determina por la índole extrapatrimonial del derecho lesionado

Se destaca que esta concepción ha tenido especial arraigo en Francia, Italia y Argentina. Según ella, "el daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial, en contraposición el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales". (El autor que seguimos alude para reforzar esta definición a Henri y León Mazeaud, Savatier, Lalou, Brebbia, Acuña Anzorena, etc.) Tampoco esta corriente escapa de críticas. Se afirma, por ejemplo, que no es efectivo que la lesión de un derecho extrapatrimonial "arroje *necesariamente* un daño de esta índole. La realidad demuestra que, por lo general, un menoscabo de aquella naturaleza –v.gr. lesión de la integridad sicofísica de una persona– puede generar, además del daño moral, también uno de carácter patrimonial (si, por ejemplo, repercute sobre la aptitud productiva del damnificado, produciendo una disminución de sus ingresos. Inversamente, es posible que la lesión a derechos patrimoniales sea susceptible de causar, al mismo tiempo, no sólo daño patrimonial, sino también de carácter moral (incumplimiento de un contrato de transporte, que frustra las vacaciones o el viaje de luna de miel del acreedor)".⁴ Creemos que este criterio carece de todo sustento, tanto doctrinario como práctico. El daño extrapatrimonial puede producirse cualquiera que sea la naturaleza del derecho o interés lesionado. Para superar esta crítica, algunos autores han sostenido la existencia de un "daño moral con repercusión sobre el patrimonio y daño moral puro", lo cual, a nuestro juicio, como lo observaremos más adelante, invierte el orden de los factores, ya que el daño moral invariablemente se deriva de la lesión a un derecho o interés, sin atender a la naturaleza del mismo.

3. El daño moral como menoscabo a derechos conferidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica

Esta concepción es todavía más limitativa que la anterior, ya que circunscribe el daño moral a la lesión de ciertos derechos (referidos a la personalidad jurídica), contraviniendo arbitrariamente el ámbito en que puede tener origen. La tendencia actual es precisamente contraria, ya que este tipo de daño puede provenir de la lesión a un interés o derecho de cualquier naturaleza, sólo a condición de que sea capaz de provocar el detrimento o efecto que lo caracteriza.

³ Ramón Daniel Pizarro. *Daño moral. Prevención/ Reparación/ Punición*. Editorial Hammurabi S.R.L. Año 1996. Buenos Aires – Argentina. Pág. 37.

⁴ Ramón Daniel Pizarro. *Obra citada*. Pág. 39.

4. Doctrina que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado

Otra corriente doctrinaria afirma que el daño moral *“consiste en la lesión a un interés de carácter extrapatrimonial, que es presupuesto de un derecho”*. Se pone acento, en este caso, en la diversidad de intereses que son el presupuesto de ese derecho. *“Y como un mismo interés puede tener como presupuesto intereses de distinta índole –patrimoniales y extrapatrimoniales–, es esto último lo que debería computarse a la hora de determinar si el daño asume uno u otro carácter”*.⁵ Sin perjuicio de las críticas que se han planteado a esta corriente, principalmente porque no se asigna una determinada extensión al interés extrapatrimonial, creemos nosotros que ella induce a error, ya que el daño moral puede provenir de la lesión a un derecho o un interés no constituido en derecho (recuérdese que el derecho, según Rudolph von Ihering, es un *“interés jurídicamente protegido por el ordenamiento positivo”*). Lo que importa no es la lesión del interés o derecho extrapatrimonial, sino la forma en que ésta provoca el daño moral que resulta.

5. Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento

La obra que seguimos sostiene que parte importante de la doctrina y la jurisprudencia (argentina) se inclina por esta corriente, mencionándose numerosos autores que la avalan. Para explicarla se afirma la necesidad de hacer una distinción entre *“lesión –o daño en sentido amplio– y daño resarcible”*. En el sentido amplio daño debe entenderse como ofensa o lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. En tal caso, como dice el autor citado, todo acto ilícito debería producirlo. De esta manera se entiende el daño en el ámbito del derecho penal y en sentido amplio en derecho civil. La legislación civil atribuiría otro significado al daño resarcible. Ya no se identifica con la lesión de un derecho patrimonial o extrapatrimonial, o un interés que es presupuesto de aquél, *“sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible sería este último”*.⁶ Más claramente, el daño se produce *“a raíz de la lesión”*. Lo que interesa para estos efectos es la *“repercusión”* que la acción lesiva produce en la persona. Insiste el autor en el hecho de que el daño moral *“debe necesariamente derivar de la lesión a un interés no patrimonial, por lo que ambos componentes tienen que aparecer necesariamente amalgamados, al punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure”*.⁷ Acto seguido, concluye definiendo el daño

⁵ Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 42.

⁶ Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 46.

⁷ Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 47

moral como *“una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”*.⁸

Los comentarios recogidos dejan en evidencia la complejidad del tema y la tendencia de la doctrina a multiplicar las diversas visiones, muchas de las cuales carecen de consistencia al no considerar o menospreciar el hecho de que el daño moral (no la lesión del derecho o interés afectado), como quiera que se defina, no puede compensarse o repararse como consecuencia de su indiscutible naturaleza (lesión extrapatrimonial). Carmen Domínguez Hidalgo, sobre este punto, se ha adelantado a reconocer que *“No es exagerado afirmar que la determinación del concepto de daño moral es uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil”*.⁹

Esta autora realiza, también, un esfuerzo de síntesis sobre los criterios propuestos para definir el daño moral, agrupándolos en la siguiente forma:

1. Concepciones que niegan la autonomía del daño moral respecto del daño patrimonial

Estas concepciones presentan el daño moral no como un daño autónomo, sino conexo al daño patrimonial, a tal punto que a falta de este último, se descartaría su resarcimiento. Se destaca el hecho de que en algunas legislaciones se ha consagrado el daño moral *“con incidencia patrimonial de daño material”*. De la forma indicada se soslaya el problema de la naturaleza del daño moral y se satisface la exigencia de que sólo es indemnizable el daño material, ya que aquél (daño moral) es una *“repercusión económica del daño patrimonial”*. Carmen Domínguez insiste en el hecho de que no existe relación alguna (dependencia, diríamos nosotros) entre los perjuicios materiales y los perjuicios morales, puesto que cualesquiera de ellos puede darse en forma independiente y autónoma. Tampoco le parece legítimo acudir a las diversas distinciones, dado que ninguna clasificación de los daños ha suscitado una aceptación unánime. Concluye manifestado que *“La posición más compartida se centra en la idea de daño moral y distingue, dentro de él, el llamado ‘daño puro’ o ‘meramente moral’ del daño moral con consecuencias pecuniarias, como sería aquel atentado a la integridad corporal que acarrea disminución de la capacidad de trabajo. Pero se ha ido abriendo paso la posición que reduce el daño moral a la primera categoría: atentado a los sentimientos de afección, dolor o aflicción que provoca el hecho dañoso, alteración de un estado psicológico, etc. Se intenta de ese modo configurar el*

⁸ Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 47.

⁹ Carmen Domínguez Hidalgo. *Daño Moral*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2000. Tomo I. Pág. 43.

*daño moral como categoría propia de perjuicios, esfuerzo que, según se constatará a continuación, tampoco está exento de debate”.*¹⁰

2. Concepciones que distinguen al daño moral como un perjuicio autónomo

Aceptando la conclusión de que el daño moral es autónomo respecto del daño material (posición mayoritaria en la doctrina), surgen dudas sobre el límite exacto de ambos perjuicios, dando lugar a concepciones dispares.

2.1. Concepciones negativas

Se agrupan en esta concepción del daño moral todas aquellas doctrinas que, sin definirlo, lo contraponen al perjuicio material, así sea en su contenido u otras características.

A. Daño moral es todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial

Se supone que el único elemento que permite distinguir el daño moral es su contraposición con el daño material. La distinción surge de la naturaleza del interés afectado. Se trata, entonces, de una concepción edificada sobre bases negativas. Se critica esta concepción especialmente por la circunstancia de que ambos tipos de perjuicios pueden provenir de un mismo hecho y producir, por consiguiente, una lesión tanto al interés patrimonial como al extrapatrimonial. Tal ocurre, por vía de ejemplo, siempre que se provoca un atentado a la integridad física de la persona, caso en el cual concurren ambos tipos de daños.

B. Daño moral es todo daño que no repercute en el patrimonio

Esta corriente, mayoritaria en la doctrina, sostiene que el elemento distintivo es la repercusión que el perjuicio tiene en el patrimonio de la víctima o del acreedor. Si el patrimonio experimenta una disminución, se trata de un perjuicio material; si el patrimonio no es afectado y se mantiene incólume una vez producida la lesión, nos hallamos ante un perjuicio de carácter moral o “no económico”. Nótese que conforme lo indicado, el daño moral a que se alude no afecta de manera alguna el patrimonio ni siquiera indirectamente (“daño moral puro”). Carmen Domínguez destaca, citando a Ruggiero, que conforme a esta concepción, los daños a la estética o al honor de una persona quedan fuera del concepto de daño moral, “en cuanto indirectamente suponen una lesión patrimonial”. Como es obvio, el daño moral queda de esta manera reducido a una mínima expresión, puesto que en la vida diaria, éste cobra importancia cuando va unido a un daño de orden material.

¹⁰ Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 50.

C. Daño moral es todo daño que carece de equivalencia pecuniaria

Se trataría, en este enfoque, de acentuar la circunstancia de que el perjuicio moral, a la inversa de lo que sucede con el perjuicio material, no admite evaluación pecuniaria o en dinero. De lo anterior se seguiría que estamos en presencia de un perjuicio que no puede medirse o valorizarse en función de su reparación.

2.2. Concepciones positivas

Estas concepciones se agrupan en la siguiente forma:

A. Daño moral como pretium doloris

Se conceptualiza el daño moral como el dolor o sufrimiento físico y psíquico que provoca la lesión. Desde esta perspectiva, el ilícito consumado desencadena en el afectado un estado emocional de sufrimiento, condicionado por las características del hecho y la sensibilidad de quien lo experimenta, que determina la necesidad de repararlo. En muchos casos, no en todos, por cierto, la lesión a un interés reconocido en el ordenamiento jurídico puede sobrepasar largamente el daño material provocado y constituir la base de una reparación legítima. Esta concepción permite ampliar el campo de aplicación del daño moral, al hacerlo compatible con el daño material.

B. Daño moral como menoscabo de un derecho extrapatrimonial

En esta tesis se distingue la naturaleza del derecho lesionado, delimitando el daño moral a la lesión de un derecho extrapatrimonial, en oposición a la lesión de un derecho patrimonial que no originaría un daño de esta especie. Advierte Carmen Domínguez que se confrontan en esta corriente dos líneas de definición. La primera que visualiza el derecho extrapatrimonial con mayor amplitud, extendiéndolo a todos los derechos de la personalidad, a los derechos políticos y a los derechos de familia. Una visión más restringida la circunscribe a los derechos que "derivan de la condición de la persona". La lesión, en este caso, apuntaría a los "derechos de personalidad", "derechos extrapatrimoniales de la persona" o, con mayor amplitud, a los "derechos de la persona".

C. Daño moral como menoscabo a los bienes de la personalidad

Para esta tesis, al decir de Carmen Domínguez, la más arraigada en la doctrina comparada, el daño moral proviene de la lesión de alguno de los llamados bienes de la personalidad, vale decir, de "aquella categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los denominados derechos de la

personalidad".¹¹ Por lo tanto, el carácter del daño moral está dado por la naturaleza del bien afectado. De lo anterior se sigue que con la lesión de un bien no patrimonial puede causarse un daño económico, sin afectar su existencia. Para aclarar el sentido de esta clase de perjuicios se indican dos formulaciones distintas. La primera se limita a enumerar una serie de bienes no patrimoniales cuya lesión puede generar este tipo de daños. Carmen Domínguez cita, a este respecto, una definición del Código Civil mexicano, que expresa: *"la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien la consideración que de sí misma tienen los demás"*. Otra formulación se limita a mencionar en general los bienes de personalidad, con el simple expediente de ejemplarizar algunos que deben ser tenidos como tales.

D. *Criterio que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado*

Se pone acento, en esta concepción, al interés que resulta lesionado con el hecho dañoso. Se trataría, entonces, de un daño provocado a intereses extrapatrimoniales. Al decir de un autor, el daño moral se causa cuando *"la lesión afecte a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico"*.¹² Como puede apreciarse, el hecho dañoso puede afectar uno u otro interés. Según la autora que seguimos, esta concepción ofrece dos ventajas importantes. Por un lado, desvincula el daño moral que lo restringe a la persona física y, por el otro, lo "independiza" del carácter de los intereses lesionados, ya que "el interés no patrimonial puede recaer en uno u otro". Más claramente, el hecho dañoso puede provocar un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial, dependiendo de los intereses que resulten afectados.

E. *Doctrina que toma en cuenta el resultado que la acción dañosa provoca en la persona*

Se parte sosteniendo que el daño, en su acepción más lata, comprende toda lesión a un derecho o un interés, así sea éste de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo, en materia civil, el daño resarcible *"alcanza única y exclusivamente a las consecuencias perjudiciales que se desprenden de tal lesión. De suerte –dice Carmen Domínguez– que el perjuicio susceptible de reparación se define por el menoscabo que el atentado a ciertos intereses produce, ya sea en el patrimonio de la persona (caso en el que se trata de un daño patrimonial), ya*

¹¹ En este punto Carmen Domínguez se remite a varios autores (Cristóbal Montes, Álvarez Vagaray, Rogel Vide, Brebbia). Obra citada. Pág. 62.

¹² Esta cita se halla en la obra de Carmen Domínguez y corresponde al autor argentino Zannoni en su libro *El daño en la responsabilidad civil*. Año 1978. Pág. 290.

en la persona en sí misma (supuesto del daño moral)".¹³ La distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial deriva, entonces, de las "consecuencias disvaliosas de la acción que causa el detrimento", que serían las únicas que darían título para reclamar una reparación civil. Mientras el daño patrimonial menoscaba el patrimonio de la persona (sea actualmente o en el futuro cuando hay posibilidades normales y previsibles de que ello ocurra); el daño moral, al decir de varios autores, debe apreciarse por el resultado, esto es, "por la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, provocada por la lesión de un interés distinto de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial".¹⁴ La raíz del daño moral se hallaría en el "disvalor subjetivo producido", independiente, por lo tanto, del sufrimiento, el dolor, la angustia que pareciera caracterizarlo.

Carmen Domínguez formula varias críticas a esta doctrina, destacando que su aceptación clausura toda reparación de esta naturaleza respecto de las personas jurídicas, puesto que no puede fundarse el daño en un atentado al "espíritu" o la "subjetividad" de la víctima. Por otra parte, la reparación quedaría reservada a las personas que se hallan en condiciones de "entender, querer o sentir", vale decir, que gocen de la plenitud de sus facultades mentales, "ya que de lo contrario no pueden experimentar una 'modificación desvaliosa de espíritu'", excluyéndose, por tanto, a quienes se encuentren privados de conciencia y a quienes carecen de un desarrollo mental que les permite comprender lo que ocurre a su alrededor.

3. Criterios distintivos al interior de los daños no patrimoniales

Siguiendo la sistematización de la autora que citamos, debemos aludir a la distinción entre los daños no patrimoniales y el daño moral. Se afirma, sobre este particular, que el daño moral no es más que una especie del género del daño no patrimonial. Surge entonces una nueva distinción de los daños "personales" (opuestos a los que afectan al patrimonio): corporales y morales. En los corporales deben incluirse los daños a la integridad física del sujeto privados de consecuencias pecuniarias. Los daños morales, a su vez, incluirían los perjuicios que afectan al honor o la intimidad y la reparación por la muerte de un ser querido. De esta distinción se siguen numerosas otras subdistinciones, en procura, creemos nosotros, de un rango distintivo del daño moral, meta que no se alcanza.

Según Carmen Domínguez, luego de citar varios autores sobre este particular: "el defecto principal que presentan estas concepciones es que, en su mayoría dejan

¹³ Carmen Domínguez. Obra citada. Tomo I. Pág. 66.

¹⁴ Carmen Domínguez. Obra citada. Tomo I. Pág. 67. Se cita, a propósito de esta definición, a varios autores, entre ellos Zavala de González, Ramón Daniel Pizarro, Jorge Mosset Iturraspe, Santos Cifuentes, etcétera. Obra citada. Tomo I. Pág. 67.

*reducido el daño moral al **pretium doloris** con todas las objeciones, ya aludidas, que esa identificación plantea. No es difícil percibir que, por esa vía, se persigue limitar una categoría de perjuicios que, a juzgar por la liberalidad con que es indemnizada, amenaza con extenderse indefinidamente”.*¹⁵

Hemos querido confrontar a estos autores para dar una imagen, lo más real posible, sobre el actual desarrollo de la teoría jurídica respecto de una materia que, como se advierte, cobra mayor importancia cada día. La sistematización que ofrecen los autores no difiere en lo sustancial, lo cual hace posible formarse una idea cabal de lo propuesto.

Con todo, quedarán en el lector un sinnúmero de interrogantes.

¿El daño moral es autónomo del daño patrimonial?

¿El daño moral supone la lesión de ciertos derechos atendida su naturaleza?

¿Existen efectivamente “bienes de la personalidad” cuya afectación genera este tipo de daños?

¿Se extiende el daño moral a la lesión de determinados intereses?

¿No pasa el daño moral de ser el “precio del dolor” (*pretium doloris*)?

¿Alcanza en daño moral exclusivamente a la reparación del menoscabo extra-patrimonial?

Estas y muchas otras preguntas quedan pendientes. Tenemos la impresión de que ninguna de las concepciones descritas da satisfacción a estas dudas y que se trata de una materia que la doctrina ha transformado en un verdadero laberinto jurídico.

II. Algunas reflexiones de los autores sobre la naturaleza y alcance del daño moral

Comentaremos, a continuación, algunas reflexiones sobre el daño moral.

Georges Ripert y Jean Boulanger escriben sobre esta materia:

“Se puede en primer lugar dar una definición negativa del daño moral: es aquel que no atenta en ninguna forma contra los elementos del patrimonio. Basta eso

¹⁵ Carmen Domínguez. Obra citada. Tomo I. Pág. 77.

para hacer aparecer la dificultad: los daños y perjuicios acordados no reemplazarán a un elemento desaparecido en el patrimonio de la víctima; engrosarán ese patrimonio; la víctima será enriquecida así y la indemnización tendrá por lo tanto el carácter de una **pena privada** y no de una **reparación**. La objeción sería evitada si la reparación fuese **puramente moral** y consistiera en la reprobación señalada por los motivos de la decisión y la **publicidad** que le sería dada o en la **condena simbólica a un franco** de daños y perjuicios. Así sucede algunas veces, pero generalmente la víctima reclama una indemnización pecuniaria y los jueces se la otorgan evaluando el perjuicio causado. Se trata evidentemente de una **satisfacción de reemplazo**. Los jueces arbitran soberanamente la indemnización concedida; estiman que la concesión de esa indemnización recompensa a la víctima del ataque sufrido en sus sentimientos y han deducido de ello un argumento para decidir que si la víctima del daño muriese, su derecho a reparación es transmitido a sus herederos".¹⁶ Como puede apreciarse, los autores citados dan en el blanco, puesto que resulta claro que un daño de esta naturaleza no es susceptible de repararse económicamente. De allí que este tipo de reparación resulte ser una pena privada, ajena a la naturaleza del daño que se procura compensar. Curiosamente el patrimonio de la víctima se ve incrementado económicamente, lo cual desdice toda posibilidad de hablar de reparación de perjuicios en el sentido jurídico de los mismos. Estos autores, más adelante, ponen acento en que este tipo de reparación constituye más bien *la represión de las faltas* que, sin constituir siempre delitos penales, atestiguan una conducta culpable o defectuosa. Nótese, finalmente, que en este comentario se abre paso el concepto de **satisfacción de reemplazo**, lo cual permite desplazar este concepto a un área distinta.

Henri, Léon y Jean Mazeaud, en su obra *Lecciones de Derecho Civil*, se refieren al perjuicio moral diciendo que: "*Se opone el perjuicio material y el perjuicio moral. Las expresiones no están bien elegidas. En efecto, se está tentando definir el perjuicio material, que afecta a un objeto material, corporal; y el perjuicio moral, como aquel que afecta al mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos. Ahora bien, ése no es el sentido exacto de la distinción.*

"Se entiende por **perjuicio material** aquel que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente, el **perjuicio patrimonial** (si se admite que el patrimonio no contiene sino elementos pecuniarios); y se entiende por **perjuicio moral** aquel que no se traduce en pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho **extrapatrimonial**.

"Es raro que un perjuicio moral no vaya acompañado de un perjuicio material. Una herida causa sufrimientos a la víctima: perjuicio moral, pero tam-

¹⁶ *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*. Georges Ripert y Jean Boulanger. Tomo V. Obligaciones (2ª parte). Pág. 94. Ediciones La Ley. Buenos Aires. Año 1965.

bién un perjuicio pecuniario: gastos médicos, incapacidad de trabajo. Una difamación inflige un atentado al honor: perjuicio moral, pero también, con mucha frecuencia, un perjuicio material: pérdida de una situación, etc.

“Desde ese punto de vista, cabe oponer dos categorías de perjuicios morales. Los unos están unidos a un perjuicio material. Así, aquellos que afectan a lo que puede llamarse la parte social del patrimonio moral; alcanzan a una persona en su honor, su reputación, su consideración. Igualmente los padecimientos físicos, las heridas que causan lesiones estéticas, etc. Los otros están exentos de toda mezcla. Así, los atentados contra los sentimientos morales y religiosos. Asimismo, los atentados contra la parte afectiva del patrimonio moral, cuando lastiman a una persona en sus afectos; por ejemplo, el dolor experimentado por el hecho de la muerte de una persona amada.

“Sin duda, la muerte de un ser querido puede implicar, para aquellos que lo lloran, un perjuicio material; pero ese perjuicio es muy distinto de su pesar”.

*“Cuando el perjuicio moral está unido a un perjuicio material, al concederle reparación al segundo, se le concede reparación al primero. Por el contrario, cuando el perjuicio moral es distinto de todo perjuicio material, **se plantea la cuestión de saber si la víctima puede obtener reparación de aquél**”.*¹⁷

En su primera parte de este comentario vuelve sobre la naturaleza del perjuicio causado, cuestión que recogen varias otras concepciones ya mencionadas. Es, sin duda, lo que más resalta al analizar este problema. De la misma manera, los autores citados vuelven sobre el hecho de que el perjuicio patrimonial y extrapatrimonial, por lo general, no se presentan de manera aislada, sino que operan simultáneamente. De aquí la alusión a dos categorías de perjuicios morales (los vinculados a la parte social del patrimonio moral y los vinculados a los sentimientos morales y religiosos). No resulta clara la aseveración en orden a que cuando se concede la reparación de los perjuicios materiales, ello implica la reparación de los perjuicios morales. Una vez más queda en evidencia la confusión que suscita esta materia, atendidas sus particularidades.

Otro autor, el español José Puig Brutau, trata los daños patrimoniales y no patrimoniales en los siguientes términos:

“De las distintas clases de daños, ofrece especial importancia la distinción entre los patrimoniales y los no patrimoniales. Los primeros recaen sobre intereses patrimoniales del perjudicado y son, por ello, susceptibles de valoración pecuniaria. Por el contrario, los daños no patrimoniales son los que

¹⁷ *Lecciones de Derecho Civil*. Heri, Léon y Jean Mazeaud. Parte Segunda. Volumen II. Pág. 67. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pág. 67.

afectan a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria, por lo que, en principio, no ofrecen la base más adecuada para su valoración en dinero.

“La reparación de los daños morales o no patrimoniales plantea varias cuestiones que SANTOS BRIZ enumera de la siguiente manera: si verdaderamente pueden ser objeto de reparación; en caso afirmativo, si se tratará de una verdadera indemnización o de una satisfacción proporcionada al ofendido sin carácter equivalente; si además de procurar una satisfacción para el ofendido, han de determinarse según criterios de expiación y pena para el agente o causante; cuál es su fundamento; si su reparación puede responder al mismo tiempo al concepto de indemnización, de satisfacción y de expiación o pena (Se cita obra de Santos Briz).

“En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan decididamente a favor de la reparación de los daños morales. El antiguo y superado criterio negativo se funda en la errónea creencia de que sólo puede indemnizarse lo que permite establecer una ecuación casi perfecta entre el valor del daño sufrido y la condena impuesta al culpable. Bajo la falsa apariencia espiritualista de separar los valores morales del dinero, lo único que se hacía era imponer un criterio materialista que facilitaba la impunidad de los autores del daño.

“Los principales argumentos que se alegaban contra la reparación de los daños morales eran los siguientes: la imposibilidad de valorar en dinero entidades puramente ideales, por lo que no se encontrará la medida del daño a indemnizar; que los sufrimientos morales dependen de la sensibilidad de cada individuo; que se confundirían la pena y la indemnización del daño; por el peligro de la formulación de demandas infundadas o cuyo fundamento sería difícil de probar (Se cita a De Cupis).

“Incluso se llegaba a decir que era inmoral aceptar dinero por los daños sufridos en valores no patrimoniales. Sin embargo, como opone DE CUPIS con toda razón: ‘Sostener la inmoralidad de la reparación pecuniaria del daño no patrimonial se funda en un equívoco. Inmoral se puede considerar el hacer comercio de algunos elevados bienes personales, como el honor, mercantilizándolo por dinero, pero en modo alguno el exigir el resarcimiento por los daños sufridos independientemente de la voluntad propia y en orden a ellos. Y es que, en definitiva, amén de estar inspirado en un idealismo falso, resultaría injusto el dejar sin reparación alguna daños no patrimoniales que pueden incluso ser graves, en contraste estridente con la preocupación de reparar cualquier daño patrimonial por leve que sea’.¹⁸

¹⁸ José Puig Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Volumen III. Ediciones Bosch. Barcelona. Año 1983. Pág. 184.

Como puede constatarse, los autores persisten siempre, como parece natural, en determinar el tipo de bienes que quedan afectados por la lesión. Del mismo modo, reconocen la dificultad de reparar un daño extrapatrimonial pecuniariamente, atendida la naturaleza del bien afectado y el sustituto con que se lo intenta indemnizar. Coinciden los autores en la evolución que ha experimentado esta pretensión. Considerada originalmente inmoral, en el día de hoy se ha abierto espacio a su procedencia, aduciéndose, a este respecto, razones de equidad y justicia. Como puede constatarse, las opiniones, en lo sustancial, son concordantes en relación a los aspectos esenciales que informan la discusión.

El autor citado sigue su razonamiento en los siguientes términos:

“Como también con gran acierto ha dicho SANTOS BRIZ, en el problema de la indemnización de los daños morales ‘no se trata de valorar en dinero lo que no es susceptible de esa valoración, pues también en la reparación de los daños patrimoniales hay factores de difícil tasación en dinero, como en muchos casos de determinación de lucros frustrados, y por eso no se postula una reparación exclusivamente objetiva que elimine toda consideración de otro tipo’. Añade que en España se admite unánimemente en la actualidad que es posible la reparación de los daños morales al amparo del art.1902 C.c. (Cita al pie de página).

*“Es cierto, como observa el mismo autor, que si la palabra ‘indemnización’ se entendía en un sentido puramente económico o de medida de un valor en dinero, no será procedente utilizarla cuando se trate de indemnización de daños morales. ‘Pero esta acepción –añade– no es la propia de nuestro idioma, en el cual aquella palabra es sinónima de la de <resarcimiento>, y ambas a su vez equivalentes a las de <reparar> o <compensar> un daño, un agravio o perjuicio’. Y es que, en relación con los daños morales, la palabra ‘indemnización ha de tener el sentido de **satisfacción** al ofendido”.*

“La determinación de la cantidad a pagar en concepto de daño puramente moral, ha de tener en cuenta diversos factores: el volumen del menoscabo o perjuicio sufrido sin necesidad de buscar una igualdad de medida; el grado de culpabilidad del ofensor; por otra parte, la situación económica del mismo causante del daño o agravio, para que la sanción no alcance un grado excesivo de dureza, etc. (Se cita obra de Santos Briz).

“En algunos casos será procedente la reparación en forma específica, aunque sólo sea en parte. En este sentido hay que mencionar la condena a la eliminación, devolución o destrucción de escritos, el derecho de rectificación en la prensa o medios de comunicación; la publicación de la sentencia condenatoria del culpable, etc. (Se cita obra de Santos Briz).

“En todo caso no debe considerarse improcedente la indemnización pecuniaria, pues con la alegación de que los daños morales no son evaluables en dinero, lo único que se conseguiría sería dejar sin pena al causante del daño. Otra cosa es que no pueda hablarse, en casos semejantes, de que el dinero tenga una función de equivalencia. No hay duda que la indemnización pecuniaria cumple en este caso otra finalidad diferente y más genérica que en el resarcimiento del daño patrimonial (Se cita a De Cupis).

“Por otra parte, aunque en la reparación por responsabilidad civil predomine el aspecto indemnizatorio, existe también un elemento de pena o expiación, pues, en definitiva, como dice SANTOS BRIZ, ‘tampoco puede descartarse este último completamente en la responsabilidad de los daños estrictamente patrimoniales’ (Se cita a Santos Briz).¹⁹

Los comentarios transcritos dejan en evidencia la confusión y debilidad que revelan los juristas a la hora de justificar la reparación pecuniaria del daño moral. Desde luego, se confunde, como puede observarse, la naturaleza del daño con la dificultad de valoración del mismo. Ello, siendo efectivo, no altera el hecho de fondo que implica compensar un perjuicio no patrimonial con una prestación patrimonial, lo cual resulta imposible justificar sobre la base de una efectiva reparación. Para salvar esta contradicción se llega al extremo de sostener que la indemnización no tendría un sentido puramente económico o de *“medida de un valor en dinero”*, atribuyéndole un sentido de *“satisfacción al ofendido”*. De esta manera se desplaza el problema al área de la pena o la expiación, dejando expuesto un flanco insuperable en el área jurídica, porque para introducir la indemnización del daño moral se opta por desvirtuar el sentido y alcance de una reparación siempre *“equivalente”* al perjuicio causado. Todo lo anterior culmina con un razonamiento jurídicamente inaceptable, tratándose de instituciones profundamente arraigadas en el sistema normativo: rechazar la indemnización pecuniaria del daño moral importaría dejar *“sin pena al causante del daño”*. Lo que se detecta, entonces, es un vacío legal o la ausencia de normas que permitan superar esta falencia, recurriendo, para resolver esta anomalía, a la indemnización de perjuicios consagrada para reparar *“por equivalencia”* los daños patrimoniales que experimenta un sujeto como consecuencia de una lesión en sus derechos o legítimos intereses.

Un autor chileno, Leslie Tomasello Hart, en una obra ya clásica sobre este tema, sostiene –citando a Roberto Brebbia– que la distinción entre el daño patrimonial y el daño moral adopta dos criterios fundamentales:

“Para unos, depende estrechamente de la naturaleza de los derechos lesionados: si el acto ilícito ha vulnerado un derecho patrimonial, el daño es material;

¹⁹ José Puig Brutau. Obra citada. Tomo II. Volumen III. Pág. 185.

si se ha lesionado un derecho no patrimonial, el daño es moral".²⁰ (Se admite la existencia de lo que se ha llamado el "*daño moral puro*" –que no tiene incidencia en otro tipo de daño– y el "*daño moral con repercusión patrimonial*" –cuando la lesión al derecho no patrimonial determina algunas consecuencias en el patrimonio–.

"La otra parte de la doctrina no funda esta distinción sobre la índole de los derechos afectados, sino sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se tiene el daño material o patrimonial, cualquiera que sea la naturaleza, patrimonial o no, del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial.

"Esta segunda acepción es, a nuestro juicio, la correcta, porque si lo que se quiere clasificar es el daño resarcible, no hay por qué atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los 'efectos' o consecuencias de la lesión".²¹

Más adelante agrega:

"Con este concepto, es perfectamente lógico que una acción ilícita, aunque no haya afectado sino un derecho o un bien jurídico de la víctima, pueda ocasionar a ésta –y a menudo ocasione– ambas clases de daño conjuntamente. No hay, por consiguiente, más que un daño moral en sentido propio, o sea, el que los escritores del primer grupo llaman 'puro'; en cuanto al supuesto daño moral con repercusión sobre el patrimonio, se trata del daño patrimonial indirecto".²²

La distinción que postula el autor citado resulta evidente y clara, en orden a que el daño moral debe estar referido a las consecuencias de la lesión. Lo propio puede sostenerse en lo relacionado con la concurrencia del daño patrimonial y moral, caso en el cual este último debe considerarse daño patrimonial indirecto. Pero no perdamos de vista el hecho de que una cosa es el hecho que causa la lesión y otra el daño que éste infiere. No hay, entre ambas cosas, identidad ninguna.

Más adelante, el mismo Tomasello acota:

²⁰ Leslie Tomasello Hart. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1969. Pág. 27.

²¹ Leslie Tomasello Hart. Obra citada. Pág. 28.

²² Leslie Tomassello Hart. Obra citada. Pág.28.

*“Tratando de precisar el concepto mismo de daño moral (el autor reconoce, en una nota marginal, haber sido guiado en esta parte por Fernando Fueyo Laneri en su obra *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Tomo II, Págs. 100 a 107), y en un terreno ya más profundo, se ha criticado por algunos la doctrina que funda el daño moral sólo en la afectación psíquica o física del sujeto que lo sufre, como se denota en un fallo de nuestra jurisprudencia (Rev. de D° y J. y C.S.: Tomo LI, 2da. Parte, secc. 1º. Pág. 74) Esta posición ha sido criticada, entre otros, por Brebbia, quien sostiene que tal repercusión, casi natural e infaltable en toda transgresión, aun de orden patrimonial, no puede ser considerada en Derecho para caracterizar una forma determinada de perjuicios, porque todo agravio lleva consigo una conmoción de orden psíquico o físico en el sujeto que lo sufre, no sirviendo para definir la esencial del daño moral. A lo sumo puede señalar un ‘efecto común’. La crítica avanza un paso más y expresa que lo puramente psíquico no cae en el esfera del Derecho y menos podría ser considerado para configurar jurídicamente una categoría de daños. Por ello es que en cuanto al contenido esencial del daño moral se dice que tal daño se produce y es reparable cuando un derecho extrapatrimonial, de la personalidad, es alcanzado y dañado. Los perjuicios de afectación que se producen por haberse herido la parte afectiva del sujeto, como la pérdida o las lesiones a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección, también se reparan, pero sólo en cuanto vulneren algún derecho de la personalidad, como, por ejemplo, los que tienen por objeto asegurar la existencia física (la vida), o la integridad corporal (la salud), o la actividad física, etc. Un contrato que pudiera servir de ejemplo práctico de esta tesis sería el caso de una sociedad de personas en que uno de los socios administra con toda la confianza de los demás, pero se descubre que obra en provecho propio, lo que trae la disolución de la sociedad, que acarrea a uno de ellos una depresión nerviosa intensa. La salud y la actividad física e intelectual quedan afectadas de este modo, y sin necesidad de considerar la eventual repercusión económica del mal, hay un daño extrapatrimonial reparable, porque derechos de la personalidad han sido afectados, pero no se podría pensar en un perjuicio de afección, fundamento de una reparación que los autores llaman ‘pretium doloris’ si se acredita sólo una repercusión afectiva sin afectarse un derecho de la personalidad”. (En una nota a pie de página, el autor señala lo siguiente: “Nosotros encontramos algo absurda esta doctrina, pero en todo caso nos parece indudable que para que se produzca la reacción del Derecho es necesario que el bien afectado quede dentro del campo tutelado por él, el cual indudablemente no comprende aquello que sólo se relacione con el fuero interno, campo propio de la moral”).²³*

Como es dable observar, se persiste en destacar cuál es el objeto sobre el cual recae la lesión, provocado el daño moral: derechos de la personalidad. Desde

²³ Leslie Tomasello. Obra citada, pág. 31.

este punto de vista habría, entonces, una esfera que al ser afectada desataría la producción del daño moral.

El mismo autor ha precisado, en la obra que citamos, cuáles son las principales objeciones que se formulan sobre la reparación del daño moral. Entiende Tomasello que, cuando se habla de daño moral, no puede incluirse aquel con "repercusión patrimonial", el cual sigue para los efectos de su reparación las reglas del daño patrimonial propiamente tal. Reproduciremos, a continuación, las objeciones y los contraargumentos que se esgrimen a este respecto.

La primera crítica se expresa como sigue:

*"Se dice que es absurdo dar lugar a la indemnización del daño moral, dado que no existe ninguna equivalencia y relación entre la naturaleza del daño y la naturaleza de la indemnización. En el caso del daño material es muy lógica, porque éste se traduce en pesos menos y la indemnización se paga en dinero. (Se cita a Alessandri y Somarriva en la versión de Antonio Vodanovic). "El daño material –se dice–, como susceptible de apreciación pecuniaria, puede realmente ser reparado con una suma de dinero; en este sentido puede afirmarse que ningún daño material es irreparable. Pero si el daño moral, por definición y esencia, es el que no es susceptible de aquella apreciación, ¿cómo pretender repararlo con una suma de dinero? Poner 'precio al dolor' o a los sentimientos íntimos importa en el fondo una inmoralidad, una degradación de los mismos valores que se quieren salvaguardar".²⁴ La respuesta a esta objeción parte del supuesto –jurídicamente bien relativo– que es **"peor" dejar** sin reparación de ningún orden el daño moral. Lo que se procura es una indemnización que juega un papel diferente de aquella que corresponde al daño material, no se trata de equivalencia, sino de compensación o satisfacción a la víctima. Se destaca que el dinero juega esta función en numerosos actos de la vida, como la retribución a los servicios de un abogado o de un médico y, en general, de cualquier persona que despliega una función intelectual. "¿Cuánto 'vale', con el sentido de equivalencia, la defensa de un abogado en una causa judicial cualquiera? Lo mismo puede decirse de casi todos los productos de la ciencia o el arte: ¿Cuánto vale realmente la audición musical de un gran pianista, o el cuadro de un pintor insigne, o un hermoso poema o una bella novela? Con el valor de equivalencia, es evidente que la respuesta a estas preguntas es tan imposible –ni menos ni más– como la que intentara valorar pecuniariamente la lesión de las afecciones íntimas tuteladas por la ley."*

²⁵ El autor citado vuelve sobre aspectos morales que sirven para defender la reparación económica del daño moral, sosteniendo que la ausencia de una reparación importaría la injusticia de dejar un ilícito sin sanción. No

²⁴ Leslie Tomasello. Obra citada, pág. 39.

²⁵ Leslie Tomasello cita en este párrafo diversos autores. Pág. 40.

se trata, entonces, de “reparar” aquello que por naturaleza es irreparable, sino de “compensar” y “satisfacer” a quien sufre una molestia o un dolor. Como puede advertirse, los argumentos se repiten más o menos en la misma dirección.

Una segunda crítica que, en cierta medida, está inserta en la anterior, se expresa de la siguiente manera:

“De admitirse la indemnización del daño moral, se presentaría la dificultad de determinar el monto de la indemnización; dado el carácter del daño moral, sería poco menos que imposible llegar a dicha determinación. Lo que no acontece en el daño material, donde se toma en consideración el daño emergente y el lucro cesante” (Se cita a Arturo Alessandri y Manuel Somarriva en la obra de Antonio Vodanovic). Aludiéndose específicamente a don Arturo Alessandri Rodríguez se responde que no puede esta dificultad ser óbice para no admitir esta indemnización, puesto que en varios otros casos sucede algo semejante sin que ello sea invocado para impedir el ejercicio del derecho. Se sostiene, textualmente, que *“la ley entrega su apreciación a la prudencia del juez, y si puede temerse su arbitrariedad, ello es preferible a rehusar la indemnización, ya que esto último significaría suponer que para el legislador son más importantes los intereses materiales que los morales, que nuestra legislación permitiría que se lesionen impunemente los más sagrados y respetables sentimientos y que mientras toda lesión patrimonial, por pequeña que sea, da derecho a indemnización, los atentados contra el honor, la libertad, los afectos y todo cuanto de máspreciado tiene el hombre quedarían impunes por la dificultad de apreciarlos en dinero y por evitar la arbitrariedad judicial”* (Se citan, a continuación dos fallos judiciales pronunciados por la Corte Suprema en que se reafirma la aplicación de esta sanción para reparar actos ilícitos).²⁶

La tercera crítica, que recoge la obra invocada, siguiendo a los profesores Alessandri y Somarriva, señala que:

*“En la práctica, esto de la indemnización del daño moral puede llevar a muchos abusos, porque será muy difícil determinar cuándo existe y cuándo no el daño moral, lo que tampoco acontece en el daño material”.*²⁷ Esta crítica se replica, diciendo que es igual a la anterior, y que la supuesta e inevitable arbitrariedad al fijar el monto de la reparación no puede justificar privar de su derecho a la víctima. Se trae a colación una sentencia de Laurent que acertadamente dice: “Del hecho de que el juez no pueda

²⁶ En esta parte Leslie Tomasello recurre a la opinión de don Arturo Alessandri y don Manuel Somarriva recogida en la obra de Antonio Vodanovic.

²⁷ Alessandri, Arturo, y Somarriva, Manuel. *Curso de Derecho Civil* (Redacción de Antonio Vodanovic). Tomo IV. Pág. 877.

conceder una reparación exacta no se puede concluir que no debe concederse ninguna reparación". Se invocan, enseguida, otras situaciones en las cuales no es posible fijar el monto de una prestación, sin que ello haya sido excusa para negar el ejercicio del derecho. Así, se pregunta, por ejemplo, ¿cuánto vale una operación de apendicitis o de hígado o de estómago? Llamado el juez a fijar su valor, resulta inevitable aceptar un cierto grado de arbitrariedad. Finalmente, cabe destacar que se alude a los estándares generales que predominan en la sociedad: "Los tribunales llegan siempre a establecer un criterio general, teniendo en consideración la manera de sentir y de pensar común a los miembros de la colectividad en que actúan y a que pertenecen".²⁸

Comentaremos, enseguida, algunas reflexiones de un autor colombiano al cual atribuimos especial importancia, aparte de su solvencia jurídica, por el hecho de que nuestra legislación civil sea en todo semejante. Javier Tamayo Jaramillo, al cual pertenecen todas las referencias que se siguen, manifiesta sobre los perjuicios extrapatrimoniales:

"Fuera de los bienes patrimoniales, los individuos poseen otros de carácter extrapatrimonial que son garantizados por la Constitución y por las leyes penales y civiles. Entre estos bienes extrapatrimoniales podemos contar la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc. La lesión de cualquiera de estos bienes constituye un perjuicio que debe ser reparado; por lo tanto, no es menester en puro derecho que una de estas lesiones produzca desmedro patrimonial o efectivo en la víctima, para que pueda hablarse de daño reparable. El hecho mismo de la lesión al bien es constitutivo de daño. Se trata de daños independientes ontológica y lógicamente hablando, lo que significa que, en teoría, se puede presentar con o sin la presencia de otros daños. Lo que acontece es que si a causa de determinado daño se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima directa o de un tercero, es porque se han producido varios daños y no uno. Por lo tanto, cada bien lesionado es un perjuicio con entidad propia. La simple pérdida de la vida o de la integridad personal es un daño extrapatrimonial que exige reparación; por ello, preferimos renunciar a la distinción entre daño y perjuicio, pues desde el momento en que se afecte un bien de la vida, hay daño.

"Hecha estas aclaraciones, la función siguiente consiste en determinar la intensidad de los daños extrapatrimoniales y la forma de evaluarlos. La dificultad o aparente imposibilidad de ello no hace desaparecer la esencia del perjuicio.

²⁸ Leslie Tomasello. Obra citada. Pág. 43.

“Por otra parte, a menudo se considera que los daños extrapatrimoniales son morales, sin embargo, es preciso conservar esta última denominación únicamente para los perjuicios que afectan los sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes del dolor físico producido por una lesión”.²⁹

Este autor recoge en los párrafos siguientes la distinción entre “daños objetivados” y “daños subjetivos”, asimilando los primeros íntegramente a los daños patrimoniales. Sobre los “daños subjetivos”, invocando la opinión de Jean Carbonnier y Max Le Roy, los describe en los siguientes términos:

“La indemnización por perjuicios morales subjetivos, llamada también **pretium doloris**, busca remediar en parte no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente. En este sentido, debe ser superior la indemnización de la víctima lesionada en su integridad personal, puesto que la intensidad de su daño es mayor, no solo en razón del dolor físico sino también de la angustia y la depresión producidas por el hecho. Esto quiere decir que, tratándose de lesiones personales, la indemnización por perjuicios morales tiene plena aplicación”.³⁰

A su vez, para definir el daño moral objetivado, el autor citado se vale de la doctrina francesa y la jurisprudencia colombiana, transcribiendo parte de una sentencia que, en lo que interesa, dice lo siguiente:

“Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

“El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva de él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales”.

Más adelante, desarrolla lo concerniente a la naturaleza de los bienes e intereses afectados:

“Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que comunica su naturaleza propia al daño, no la circunstancia de que este pueda tener una

²⁹ Javier Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*. Tomo IV. De los perjuicios y su indemnización. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. Año 1999. Pág.144.

³⁰ Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada. Tomo IV. Pág. 161.

manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral, hay daño moral; si los del patrimonio material, existe daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa daño material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por un ataque al sentimiento de afección, y la depresión síquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuentemente afecta el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o efectos materiales de aquel, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda la gama de consecuencias del daño moral es perjuicio moral, aunque presente forma objetivada.

“El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo propio del daño moral no objetivado”.³¹

Precisado el concepto de daño moral objetivado y daño moral subjetivo (puro), Tamayo Jaramillo formula una sentencia rotunda al concluir que *“Tal vez ninguna creación jurisprudencial le ha hecho más daño a nuestro ordenamiento jurídico que la clásica distinción entre perjuicios morales subjetivos y morales objetivados. Aparentemente, se trataría de un simple e inofensivo juego de palabras como tantos otros que existen en la literatura jurídica. Sin embargo, esa clasificación ha sido un atentado no sólo contra la economía procesal, sino que ha hecho que muchas veces el demandado se vea abocado a la posibilidad de tener que indemnizar dos veces un mismo perjuicio”*.³²

Es interesante la cuestión planteada, ya que muchos daños materiales que se reclaman por parte de la víctima pueden tener origen en lo que constituye el daño moral subjetivo (puro). Tal sucede, por vía de ejemplo, cuando la lesión desencadena una depresión que impide al afectado trabajar. En tal caso se exigirá una reparación del daño material (daño emergente y lucro cesante) y una indemnización por daño moral que, en el fondo, no será más que la causa de aquél. De esa manera se indemniza tanto el daño material como la causa que lo provoca, lo cual implica una doble reparación. Desde este punto de vista, parece ser efectivo lo que sostiene el autor citado. De aquí que Tamayo Jaramillo sostenga con énfasis que: *“En nuestro concepto, los llamados perjuicios morales objetivados no son más que los que tradicionalmente hemos denominado perjuicios materiales. En gracia de discusión, podría aceptarse que cuando ese*

³¹ El fallo invocado es de 13 diciembre de 1943.

³² Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada. Pág. 178.

*perjuicio material o pecuniario se deriva de un perjuicio moral subjetivo, entonces tome la denominación de daño moral objetivado. Pero son absolutamente incompatibles el daño emergente y el lucro cesante de un lado, y el moral objetivado por el otro, frente a una misma víctima y derivados de un mismo hecho. Si se quiere, llámesele daño moral objetivado, pero no se le ponga a concurrir con el material, pues se trata de un mismo concepto bajo denominaciones diferentes, que les excluye”.*³³ En verdad, insistimos nosotros, el daño moral sería la causa del daño objetivado, dando lugar a una doble reparación (se indemnizan el daño moral y la causa que lo provoca).

Ramón Daniel Pizarro, en la obra ya citada, intenta un análisis sobre los requisitos o presupuestos del daño moral, manifestando que éstos deben ser *ciertos, personales, derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado, quien debe además, por expreso mandato legal, estar investido de la calidad de damnificado moral* (aludiendo al artículo 1.078 del Código Civil argentino).

Desarrolla cada una de estas exigencias en la siguiente forma.

Sobre la ***certeza del daño***, afirma que concurre este carácter *“cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. La certidumbre del daño se relaciona con las consecuencias que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado* (Se cita una obra de Eduardo Zannoni, autor argentino). Lo anterior no excluye el daño futuro (*“prolongación o agravación de un daño actual, o como nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación”*). Más adelante se afirma que el daño moral de ordinario es casi siempre actual y transitorio, el cual tiende a mitigarse o desaparecer con el correr del tiempo. Sobre este punto cabe advertir que esta característica carece de relevancia, puesto que es posible que el daño se mantenga en el tiempo e, incluso, que se agrave en el futuro, como consecuencia de otras circunstancias concurrentes. De allí que no atribuyamos importancia a esta supuesta temporalidad ni para calificar el daño ni para el cálculo de una eventual indemnización.³⁴

Sobre que el ***daño moral debe ser personal***, implica que sólo la persona que sufre el perjuicio –directa o indirectamente– puede demandar el resarcimiento. Lo anterior resulta evidente, ya que el interés afectado, de carácter extrapatrimonial, tiene un cierto titular que es el único legitimado para reclamar la reparación. Destaca el autor que citamos que es directo el perjuicio cuando el

³³ Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada. Pág. 180.

³⁴ Hay que dejar constancia que Ramón Daniel Pizarro rechaza la idea de calificar la temporalidad del daño moral, poniendo acento en el hecho de que éste no consiste en el dolor, la pena o la angustia que experimenta la víctima, sino “la minoración espiritual derivada de la lesión a un interés no patrimonial”.

Así se señala en la obra citada. Pág. 128.

titular de interés afectado es la víctima, e indirecto cuando el perjuicio propio deriva de la lesión de bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de terceros. Se habla entonces de un daño reflejo o “de rebote”.

Se analiza, enseguida, la exigencia de que el **daño moral debe ser consecuencia de la lesión de un simple interés lícito no patrimonial**. Se anticipa que parte de la doctrina afirma que el daño moral sólo es resarcible cuando media una lesión a un interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo. De no admitirse esta exigencia, proliferaría el número de damnificados por el daño moral, al trasmitirse de unos a otros. Así, por vía de ejemplo, a la muerte de una persona podrían deducir demanda su cónyuge, sus hijos, sus padres, sus demás parientes, sus amigos, incluso sus seguidores, tratándose de artistas, dirigentes políticos, corporativos, etcétera. Opera en este esquema la distinción entre **daño jurídico** y **daño de hecho**, siendo resarcible exclusivamente el primero (en este caso al daño causado al cónyuge sobreviviente y los hijos llamados en la legislación chilena preferente y forzosamente a la sucesión del causante).³⁵

Finalmente, analizaremos algunas reflexiones de Carmen Domínguez Hidalgo sobre el daño moral. Especial significación tiene, a nuestro juicio, su afirmación en el sentido que el adjetivo “moral” ha sido un factor que perturba una precisión exacta de este perjuicio. Sobre este particular dice: *“Su sola mención evoca un contenido espiritual, inmaterial, incluso ético, que, si bien ha acompañado el nacimiento de este daño como de toda la responsabilidad civil, nada tiene que ver con lo que en definitiva se resarce, actualmente, bajo esa denominación. Ejemplo notorio de esta asimilación es el de la sentencia de nuestra Corte Suprema de 10 agosto 1971, según la cual: daño, según el diccionario de nuestra lengua, es el ‘mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien’; y moral, en una de las acepciones, ‘es conjunto de facultades del espíritu por contraposición a físico’. Luego 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; un dolor o aflicción en sus sentimientos”* (Se cita fallo de la Corte Suprema de 10 de agosto de 1971, Rev. de Der. y Juris., tomo 68 sec.4ª, pág.168). Agrega la autora citada que *“tal expresión debiera ser abandonada por otras más comprensivas del contenido que en verdad se quiere abarcar, como las del daño extrapatrimonial o no patrimonial. Precisión confirmada además por el hecho de que el empleo de ese adjetivo en los primeros autores galos no tenía por objeto vincular esta clase de perjuicio con el mundo abstracto de las ideas, pensamientos y sentimientos, como a primera vista pudiera creerse. Por el contrario, era el simple recurso al antónimo más evidente del*

³⁵ El autor de la obra que comentamos –Ramón Daniel Pizarro– opta por una solución más amplia, fundada sí en la legislación argentina y sosteniendo que “es suficiente una lesión a un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el Derecho, esto es, a un simple interés de hecho no ilegítimo”. Obra citada. Pág. 145.

adjetivo 'material' en la lengua francesa".³⁶ Admitiendo la imprecisión original del término, creemos nosotros que la expresión 'daño moral' conforma en el día de hoy una tendencia o concepción que permite identificar con exactitud este tipo de perjuicio y contraponerlo al perjuicio "material" o "extrapatrimonial", todo lo cual analizaremos más adelante en estas páginas.

Luego de comentar el daño moral derivado del incumplimiento contractual, sintetizando su pensamiento, Carmen Domínguez afirma: **"En suma, el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una (parte) que se encontraba obligada a respetarlo"**.³⁷ Por ende, el daño moral sobreviene como consecuencia de un menoscabo a un bien de determinada naturaleza (no patrimonial), lo cual provoca una fractura a un "interés moral" cuando su autor estaba obligado a respetarlo. Especificando, todavía más, su concepción, Carmen Domínguez alude a la determinación de los bienes cuyo menoscabo irroga la lesión a un interés moral, señalando, sobre este particular, que: *"Bien puede decirse, por tanto, que la relatividad es casi consustancial a la noción de daño moral al encontrarse en estricta dependencia con el nivel de protección jurídica que, en cada época, se estima indispensable otorgarle a la persona. En otros términos, la determinación de los bienes o intereses cuyo atentado se ha de considerar constitutivo de un daño moral corresponderá, en definitiva, a la conciencia social imperante en el momento en que se efectúa esa calificación. Es entonces este último el único parámetro fijo con el que puede contarse en esta materia. Con esta concepción amplia se superan todas aquellas controversias sobre las distinciones entre daño patrimonial y no patrimonial, daño moral y daño no patrimonial, sobre daños morales puros o daños morales con alcance patrimonial. El atentado a lo que constituye la esencia de la persona será siempre un daño moral, sea que alcance a su aspecto psíquico o corporal, o a los derechos de la personalidad. Que de ello se sigan también no pocas veces consecuencias patrimoniales no ha de alterar el concepto, porque un mismo hecho puede producir tanto daños morales como patrimoniales, sin que por eso éstos hayan de considerarse como indirectos de aquellos"*.³⁸

La concepción que ofrece la autora citada se funda, como puede constatarse, en la necesidad de superar a la persona misma, más allá de sus bienes y sus intereses económicos. *"Con ello no quiere decirse que no hayan de protegerse éstos (intereses económicos). Ellos están ya considerados en las normas vigentes, por lo que su defensa está ciertamente garantizada, sino que lo que quiere afirmarse es que además cabe una esencial protección a la persona. O mejor todavía, esta última ha de hacerse tanto en lo que a ella pertenece, como son sus bienes e intereses económicos, como en sí misma. Esta tutela ha de traducirse en*

³⁶ Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 78.

³⁷ Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 84.

³⁸ Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 85.

la recepción de la idea de que el deber de no dañar comprende también el de no afectar a la persona, considerada cabalmente, tanto en su aspecto físico, cuanto en sus sentimientos y atributos –atributos en el sentido más amplio, es decir como derechos de la personalidad–. La persona no es una suma de cuerpo y mente, sino un todo, compuesto de cuerpo, sentimiento, ánimo, intimidad, honor y afectos”. Más adelante, desarrollando todavía más su pensamiento, agrega esta autora que la reparación de los daños morales admite formas diversas que permiten solamente una compensación y no una reposición. Acto seguido, postula que “Por todo lo anterior, estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma –física o psíquica–, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerado como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales. Es decir, la privación de un miembro o una deformación es un daño moral, porque la persona ya no es lo que antes fue. Pero también puede haber por ese hecho un daño patrimonial, cual es la disminución laboral. La reparación de uno no significa la del otro, pues se trata de los ámbitos que no han de mezclarse, si se quiere reparar cabalmente al individuo”.³⁹

Los comentarios que preceden dejan en evidencia que no existe acuerdo sobre el alcance, naturaleza, sentido y proyección del llamado daño moral. Son numerosas las corrientes doctrinarias que se inclinan en uno u otro sentido, sin proporcionar un concepto claro que permita invocar su aplicación sin mayores obstáculos. Por otro lado, no cabe duda que la evaluación del daño moral ofrece un escollo difícil de superar objetivamente, lo cual es reconocido por la mayoría de los autores que se ocupan de esta materia. Sin embargo, a nuestro juicio, es evidente que ello es consecuencia de la dificultad para caracterizar y definir la naturaleza de este tipo de perjuicios. Pocas materias ofrecen comentarios tan disímiles, puesto que ni siquiera es posible concordar cuál es el bien lesionado y de qué manera esta afectación constituye un menoscabo susceptible de compensarse.

Lo anterior se ve magnificado por el hecho de que constituye una tendencia universal el ampliar la cobertura de daños reparables. No son extraños, entonces, planteamientos como los recién transcritos que llaman a reparar toda suerte de daños, cualquiera sea su naturaleza.

No puede dejar de mencionarse que en Chile, a partir de la Constitución de 1980, la persona humana se encuentra ampliamente amparada. Contribuye a ello lo dispuesto en el artículo primero de la Carta Política, que declara que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, agregando, en su inciso tercero, que “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es*

³⁹ Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Págs. 82 y 83.

promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Si la Carta Fundamental pone acento en la "mayor realización espiritual y material posible", resultaría contradictorio negar la reparación de un daño que, como quiera que se caracterice, afecta intereses espirituales. De la misma manera, el artículo 19 del texto constitucional asegura a todas las personas "El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona". De ambas disposiciones constitucionales, que deben servir de base para una recta interpretación de las disposiciones civiles que gobiernan la convivencia social, se desprende que todo daño que afecta a la persona en sus intereses espirituales o en su integridad psíquica debe ser objeto de reparación. Desde este punto de vista, la indemnización del daño moral es un imperativo del cual no puede desprenderse el legislador, el juez ni el intérprete. Como se ha sostenido frecuentemente (cuestión que no ofrece en el día de hoy mayor resistencia), las disposiciones legales que regulan esta materia deben aplicarse teniendo en consideración, fundamentalmente, los preceptos constitucionales sobre los cuales descansa la obligatoriedad y validez de las leyes.

Establecido como queda que el daño moral debe ser reparado, resta por analizar exhaustivamente cuál es su alcance, qué intereses lesiona, de qué manera puede compensarse, quién tiene derecho a exigir el resarcimiento y cómo debe apreciarse y determinarse la indemnización correspondiente.

Para cerrar este comentario, debe insistirse en un hecho que es de fundamental importancia: distinguir **entre el ilícito que provoca el daño moral y los bienes, derechos e intereses que se afectan**. A nuestro juicio, para provocar un daño moral es necesario que se infrinja o atropelle un derecho subjetivo, si tal no sucede, no existe responsabilidad, porque ella sólo procede cuando la víctima ve menoscabado, lesionado o comprometido un interés jurídicamente protegido (un derecho subjetivo). En consecuencia, si el ilícito alcanza intereses que no conforman un derecho subjetivo, no puede hablarse de daño moral, ni siquiera de responsabilidad. Afectado que sea un derecho subjetivo, si la agresión o infracción alcanza la esfera íntima de la persona, portadora de valores extrapatrimoniales, lesionando dichos derechos e intereses, se genera el daño moral que debe repararse. En otros términos, el daño moral aparece como resultado de una secuencia que se inicia con un ilícito que lesiona un derecho subjetivo, seguido de la afectación de la esfera íntima de la persona humana en la cual se depositan los derechos e intereses extrapatrimoniales presuntivamente más preciados. Es más, incluso en la llamada "chance", ampliamente tratada en el derecho francés, siempre hay un derecho comprometido y no un mero interés, aun cuando éste desborde a aquél. Como puede deducirse de los comentarios citados en este capítulo, los autores ponen acento en los bienes menoscabados tratándose de configurar

el daño moral, sin atender suficientemente al acto ilícito que lo genera. Por lo tanto, nos parece esencial abordar esta materia una vez hecha la distinción indicada. Es esta la única manera de despejar las muchas sombras doctrinarias que proyecta esta cuestión.

No es fácil acometer una tarea de esta envergadura, tanto más si se tiene en cuenta que existe un cúmulo de información y de opiniones contradictorias, lo cual dificulta la posibilidad de lograr una respuesta aceptable.

En las páginas siguientes intentaremos dar un concepto de daño moral y, a partir del mismo, estructurar el estatuto jurídico aplicable a este tipo especial de responsabilidad.

III. Daño moral. Concepto y definición

A. Patrimonio y bienes espirituales

Comencemos por reconocer que el hombre es un ser dotado de bienes materiales y espirituales. El sistema jurídico, al menos hasta este momento, ha regulado preferentemente la protección y destino de los primeros. Recién, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, nace una auténtica preocupación por los segundos, lo cual ha revolucionado algunas ramas del derecho. Basta, para comprobarlo, poner atención en lo ocurrido en el campo de los derechos esenciales de la persona humana, que, conforme a nuestra Constitución (artículo 5°), constituyen una limitación, ni más ni menos, al ejercicio de la soberanía; y lo ocurrido en el campo de la protección del medio ambiente –derecho a vivir en un medio no contaminado–, que conforma en el día de hoy una de las ramas más dinámicas y extendidas de las ciencias jurídicas.

Por consiguiente, puede una lesión afectar ambos tipos de bienes o cualquiera de ellos separadamente.

La preocupación por los bienes espirituales se manifestó originalmente en el ámbito del derecho a propósito del llamado *pretium doloris* (precio del dolor), extendiéndose posteriormente a otras manifestaciones de afectación de derechos de la personalidad. Asimismo, se optó por medir estas lesiones –que diferían rotundamente de las que comprometían bienes materiales– con los elementos y parámetros que servían para juzgar el menoscabo de bienes patrimoniales. Así las cosas, la teoría jurídica se autolimitó, al ceñirse a conceptos y doctrinas tradicionales (responsabilidad contractual y extracontractual).

De aquí que, a esta altura de las cosas, sea difícil reformular una teoría sobre el daño moral o daño inferido a los bienes espirituales (en su sentido más amplio)

de que es titular todo ser humano. Perdura, casi inconscientemente, en cada comentarista, la necesidad de volver a los principios generales relativos a la responsabilidad civil patrimonial.

B. Definición del daño moral y obstáculos para su determinación

Creemos indispensable esforzarse en conceptualizar el daño moral y proponer una definición que contenga los elementos esenciales que lo caracterizan. Tanto más importante resulta este desafío si se tiene en cuenta la multiplicidad de opiniones que ha suscitado esta cuestión en la doctrina jurídica.

Los autores, por lo general, son reacios a definir el daño moral, probablemente por las implicancias que ello tiene para una correcta concepción del mismo. Entre los autores que sobrepasan esta dificultad, podemos citar a Marcelo Barrientos Zamorano, quien se refiere a esta materia en los siguientes términos:

*“Hoy la definición más aceptada es la que señala que el daño moral sería el no patrimonial o extrapatrimonial. Así el daño moral es perfectamente definible como ‘la contravención de los derechos extrapatrimoniales de una persona, el daño patrimonial como el detrimento de derechos de orden económico de las personas por un tercero’. Comprende la lesión a alguno de los llamados bienes de la personalidad, objeto primordial del Derecho, de características incorporarles”.*⁴⁰

El daño moral, a nuestro juicio, es **una lesión a los sentimientos más íntimos de la persona humana, provocada por un hecho antijurídico que menoscaba un interés reconocido o derecho extrapatrimonial de que se es titular, sea que se haya o no producido un daño material.**

La definición propuesta, se basa en la existencia de una **esfera interior** en la cual se funden valores y preferencias que todo individuo estima poseer (amistad, amor, honor, honradez, autoestima, lealtad, fidelidad, etcétera). Lo que caracteriza el daño moral es el detrimento o pérdida de estos valores como consecuencia de un hecho contrario a derecho (injusto jurídico). El daño moral sobreviene porque el hecho antijurídico de que se es víctima, tiene una fuerza, virulencia y aptitud capaz de invadir aquella esfera interior, lo cual sólo puede medirse conforme los estándares predominantes, puesto que no toda persona humana tiene idéntico nivel de sensibilidad. Esta última (la sensibilidad), es la que determina la resistencia o debilidad que acusa aquella esfera interior frente a la agresión de que es objeto. Puede el daño moral, a su vez, afectar los bienes materiales (pérdida de la capacidad laboral, desinterés económico, ausencia de impulso emprendedor, etcétera), pero ello no implica confundir los planos en que se produce el detrimento o pérdida.

⁴⁰ Marcelo Barrientos Zamorano. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Ediciones Ratio Legis. Salamanca, 2007. Pag. 42.

Creemos nosotros que no puede ponerse en duda la existencia de dos ámbitos distintos (material y espiritual) en la constitución y naturaleza del ser humano. Lo anterior no ha sido suficientemente considerado por el hecho de que entre lo material y lo espiritual hay un continuo acondicionamiento e influencia recíproca. Es muy difícil concebir situaciones en que predomine absolutamente uno u otro, pero ello no significa desconocer sus diferencias, la esencia de los bienes comprometidos y la posibilidad de que sobrevengan lesiones en uno y otro campo. Incluso más, uno de los problemas más difíciles de resolver es la unificación del régimen de resarcimiento de bienes de distinta índole (patrimoniales y extrapatrimoniales). Sobre este punto han girado las mayores controversias doctrinarias que suscita el daño moral. Los autores, desde siempre, se preguntan cómo puede repararse un daño extrapatrimonial (lesión de un bien espiritual), mediante el pago de una indemnización patrimonial. Ello equivale a "comprar el sufrimiento", lo cual no sólo resulta absurdo, sino, en cierta medida, repugnante. Ha faltado, en consecuencia, si se aspiraba a buscar alguna forma de compensación del daño moral, una normativa especial, distinta de aquella que regula la reparación del daño patrimonial. Su ausencia ha obligado a los juristas a buscar soluciones que, por cierto, no podían hallarse en una órbita distinta de aquella sobre la cual gira la reparación del daño material. De aquí nacen precisamente las numerosas corrientes que se resumen en la primera parte de este trabajo.

Los esfuerzos realizados no han sido pocos. A tal punto se ha debido llegar que, incluso, hasta se postula dar a esta indemnización un alcance diverso de lo propiamente reparativo (esencia de la indemnización de perjuicios), atribuyéndole un carácter "satisfactivo", vale decir, dando a la indemnización un objeto diametralmente distinto de lo que conforma su razón de ser. Para justificar esta posición se habla derechamente de proporcionar a la víctima "otros" beneficios y satisfacciones –absolutamente ajenos al daño causado– como una manera de mitigar un perjuicio que no puede suplirse o compensarse con dinero. Sin exagerar, creemos que, de esta manera, la indemnización deja de ser tal, constituyendo un beneficio cuya causa se remonta a la lesión de valores imposibles de medir económicamente. En otras palabras, la solución atraviesa por el desconocimiento y negación de lo que constituye la indemnización de perjuicios y su fin único, reparar el daño y obtener el acatamiento del mandato jurídico por medio de un cumplimiento por equivalencia.

Fernando Fueyo Laneri se refiere a la evolución experimentada en esta materia en los siguientes términos:

*"Durante largo tiempo los Códigos decimonónicos **ignoraron** los daños de esta especie (se refiere a los daños extrapatrimoniales o morales que se han causado con motivo de la agresión a la persona o a un bien o derecho de la personalidad o a un bien o derecho de familia propiamente tal). Buena parte de la doctrina, también.*

“A esta última le causaba gran impresión y efecto la circunstancia de ser más difícil la **evaluación del daño extrapatrimonial o moral**, acaso de imposible regulación en dinero, según ellos.

“Posteriormente se sostuvo que aun a pesar de ausencia de norma expresa sobre daño moral en tales Códigos, los principios generales que consagraban tanto el daño pecuniario como el moral **se encontraban en todos los Códigos** cuando éstos atienden al género de actos ilícitos, generalmente en el lugar destinado a la responsabilidad extracontractual.

“En el Código Civil francés es el art. 1382. A este respecto dijo Roger Nerson: **‘el derecho francés cuenta con un principio general de responsabilidad contenido en el art. 1382 del Código Civil.**

“La doctrina y la jurisprudencia evolucionaron hace muchos años y a este respecto han sostenido que en el silencio de la ley por vía de literalidad debe entenderse que ambas formas de daño merecen reparación. En síntesis, ante la existencia de bienes y derechos extrapatrimoniales, que están jurídicamente protegidos, la agresión a los mismos en grado de imputabilidad da lugar a la reparación del daño extrapatrimonial o moral.

“Es del caso advertir que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en dicha época intermedia, estuvieron indecisas o vacilantes en cuanto a por lo menos una docena de problemas que se presentan en el tema. Especialmente en cuanto a la extensión que debe asignarse al daño de esta especie según la fuente de que procede: ¿precontractual?, ¿contractual?, ¿o sólo extracontractual, la más fácil de decidir y acoger?”.⁴¹

Continúa el autor citado, describiendo de qué manera los códigos civiles comienzan a introducir la reparación del daño moral y las principales restricciones que se incorporaron a esta regulación. Tal ocurrió, por vía de ejemplo, cuando el daño moral se limitó a los delitos penados por la ley y sólo en tal caso, destacando que la doctrina optó por un criterio restrictivo.

Refiriéndose a estas limitaciones, escribe al respecto:

“También fijó limitaciones la doctrina muy difundida –hasta nuestros días– que afirma que la razón de ser de la reparación es el *‘doloris pretium’*, o precio del dolor, o ‘dinero del llanto’ según expresión de los alemanes. Nada más disparatado. **El dolor o las lágrimas pueden ser mayores o menores y pueden faltar absolutamente, según la sensibilidad y carácter del ofendido.** La existencia de esta clase de daño y la medición

⁴¹ Fernando Fueyo Laneri. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1990. Pág. 31.

o cuantificación del mismo no podría jamás supeditarse al factor dolor o lágrimas. Además, las personas jurídicas no podrían ser víctimas de este daño por no sentir dolor ni llorar, ¡y vaya que tienen derechos extrapatrimoniales que proteger!".⁴²

El profesor Fueyo concluye sus observaciones describiendo su propia tesis sobre esta materia. Dice a este respecto:

"Mi tesis ha sido y sigue siendo la de la **aplicación extensiva**, cualquiera que sea la fuente de donde nace el daño extrapatrimonial o moral: **pre-contractual, contractual o extracontractual**.

"Lo fundamental, además, es que la agresión haya afectado a la persona misma a alguno o a uno o más bienes o derechos extrapatrimoniales. Lo he venido sosteniendo repetidamente y parece ser que la tesis cobra adeptos, habiendo empezado con el apoyo de abiertas minorías".⁴³

Como puede observarse, las opiniones transcritas coinciden con la enunciación de algunos de los planteamientos que se recogen en el capítulo primero de este trabajo. Se concibe el daño moral como aquel de que es víctima la persona misma en sus bienes no patrimoniales o extrapatrimoniales.

Cabe destacar que el profesor Fueyo pone énfasis en el hecho de que el daño moral "*merece reparación*", lo que se presenta como una especie de imperativo ético. A este respecto, no cabe discusión. Sin embargo, la cuestión radica en la forma en que esta reparación debe regularse en el campo del derecho, y en la circunstancia de que las categorías jurídicas conocidas para estos efectos están concebidas sobre bases y fines distintos: **la reparación del daño patrimonial**. Para ampliar el restringido campo en que se desenvuelven estas proposiciones se citan los "principios generales" contenidos en todos los códigos y se propone una aplicación extensiva de los mismos, cualquiera que sea la fuente de la cual nace el daño extrapatrimonial o moral, así sea precontractual, contractual o extracontractual. Creemos que lo anterior no basta. Insistimos que las categorías invocadas se asientan en fundamentos diferentes, concebidos para otro tipo de responsabilidad. De suerte que el problema surge ante la exigencia de incorporar forzosamente a la responsabilidad civil regulada en nuestro derecho, una hipótesis (lesión a un bien extrapatrimonial) diferente y contradictoria con su propia naturaleza. Ciertamente es que la pragmática jurídica (mal expresada en una jurisprudencia irregular) ha buscado diversas fórmulas para satisfacer el imperativo ético que nos recuerda el profesor Fueyo, dejando en evidencia que, en el fondo, se trata de una cuestión de **lege ferenda y no**

⁴² Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Pág. 31.

⁴³ Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Pág. 32.

de lege lata. Indudablemente el aporte de este y otros autores debe valorizarse en la medida que ha contribuido a llenar un vacío que golpea cada día con más fuerza la conciencia jurídica.

C. Elementos contenidos en la definición propuesta y sus alcances

A partir de la definición propuesta, es posible determinar cuáles son los elementos que integran nuestra concepción del daño moral. Trataremos separadamente cada uno de ellos, a saber:

C.1. El daño moral sólo puede sufrirlo la persona humana.

C.2. La lesión afecta la "esfera de sentimientos más íntimos del dañado".

C.3. El daño debe provenir causalmente de un hecho antijurídico (contrario formal o materialmente a derecho), que debe consistir en la lesión a un derecho subjetivo de la víctima.

C.4. El daño moral supone el menoscabo o pérdida de un interés reconocido o derecho extrapatrimonial de que se es titular.

C.5. Puede concurrir en una misma situación, conjunta o separadamente, el daño material y el daño moral, atendida la entidad y profundidad de la lesión.

C.1. El daño moral sólo puede sufrirlo la persona humana

Este elemento resulta de la concepción propuesta, en orden a que el daño moral implica una lesión a los sentimientos más íntimos de una persona. Vale decir, se trata de un menoscabo a aquella esfera espiritual de que están dotados sólo los seres racionales. Como es obvio, esta afirmación suscita debate, al excluirse del daño moral a las personas ficticias o personas jurídicas que, como es obvio, carecen de sentimientos o de una esfera integrada por valores extrapatrimoniales.

Se dirá que la persona jurídica tiene "prestigio", "nombre", "tradición", "clientela", "imagen", "posición" en la sociedad, etcétera. Todo ello es evidente y verdadero. Sin embargo, no se ha reparado, creemos nosotros, en que todo aquello queda comprendido y forma parte de su patrimonio (en sentido económico). Cualquier daño a la marca con que gira la persona jurídica (nombre), a su prestigio (trayectoria histórica), a su tradición (confiabilidad adquirida a través del tiempo), a su clientela (grupos capturados en virtud de los atributos que se le asignan), a su "imagen" (proyección en el ámbito social), a su "posición" (ubicación en el medio en que se desenvuelve), etcétera, implicaría un atentado

a un bien patrimonial o material, perfectamente susceptible de evaluarse en dinero. Es más, por vía de ejemplo, cualquier transacción comercial que implique la transferencia total o parcial de una persona jurídica (particularmente aquellas que persiguen fines de lucro), valoriza los bienes mencionados por el solo hecho de formar parte de su patrimonio y por las repercusiones económicas que se siguen de la afectación de aquellos bienes.

Por lo tanto, no excluimos en absoluto la reparación del daño que puede provocarse a los bienes antes mencionados (citados como ejemplos típicos de un supuesto daño moral), pero no como reparación de daño extrapatrimonial, sino como reparación de daño netamente patrimonial. Nuestra discrepancia, por ende, apunta a la naturaleza del bien afectado y a la incapacidad de la persona ficticia como consecuencia de carecer de aquella esfera íntima que justifica la existencia del daño moral.⁴⁴

Tan evidente es lo que decimos que no es infrecuente que se den a conocer rankings internacionales sobre el valor de una marca o el prestigio de una empresa o un proveedor, todo lo cual forma parte del escenario en que se desarrolla la competencia en el mercado. ¿Cabe en este contexto hablar de daño moral? Por otra parte, tampoco puede desdeñarse el hecho de que, al afectarse algunos de los bienes patrimoniales de una persona ficticia, se lesione la esfera íntima de las personas naturales ligadas a ella (socios o miembros) y, en ese marco, provocarse un daño moral. Tal sucederá en el evento de que el fundador de una empresa, por ejemplo, sufra la lesión de sus sentimientos más íntimos, como consecuencia de hostigamientos, acusaciones calumniosas o manifestaciones destinadas a desacreditar a la persona jurídica a que se encuentra ligado.

Los autores nacionales han tratado este punto con rigor. Así, Carmen Domínguez, en un párrafo muy esclarecido, escribe al respecto:

⁴⁴ Conviene recordar que admitiendo que la persona jurídica podía experimentar daño moral, sostuvimos en nuestro libro *Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile. Año 2004) que "En lo que concierne a la persona jurídica, la cuestión no difiere. Ella puede sufrir un daño moral, pero éste, atendida su especial naturaleza, sólo afectará las proyecciones y las expectativas que legítimamente puedan asistirle en un momento determinado. La violación de uno de sus derechos puede proyectarse más allá del interés lesionado y afectar su prestigio, sus tradiciones comerciales, su fama, etcétera. Es cierto que ella no tiene sentimientos y emociones, pero sí tiene un activo moral que su representante debe resguardar. El daño moral, por lo tanto, alcanza los valores que no contravienen sus particulares rasgos derivados de la calidad ficticia que la identifica. De aquí que no existe inconveniente alguno en admitir que la persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un daño moral indemnizable" (Pág. 310). Lo anterior nos ha llevado a la conclusión de que aquello que parece representar un daño extrapatrimonial, en verdad se traduce en un daño material, puesto que el prestigio, la tradición comercial, la fama, el nombre, la trayectoria histórica de una persona jurídica, se manifiesta en consecuencias susceptibles de tasarse patrimonialmente. Por otra parte, debemos reconocer que si el daño moral implica una lesión a la esfera íntima de la personalidad del afectado, ello no parece posible proyectarlo a una persona ficticia. Lo que señalamos no reviste importancia práctica de ninguna naturaleza, el resultado será el mismo, se trata, entonces, de una cuestión meramente doctrinaria.

“La posibilidad que una persona jurídica sea titular de una acción por reparación del daño moral ha sido discutida en la doctrina y las respuestas que ofrece sobre el punto el Derecho comparado son dispares.

*“Todo depende, en el fondo, de la concepción que se tenga sobre lo que es el daño moral. Desde luego, si la noción de este derecho se reduce a la lesión a sentimientos de afección o al **pretium doloris**, idea que no ha estado ausente de algunas doctrinas, es claro que jamás una persona jurídica podía pretender la legitimación activa para tales daños. Pero aun si la concepción es más amplia al abarcar los atentados a los derechos de la personalidad, la unanimidad tampoco es total, aunque resulte más claro que las personas jurídicas tengan algunos atributos que puedan asemejarse a los de las personas naturales. No todos están por reconocerle algunos de sus atributos esenciales, cuya lesión puede dar lugar a reparación fuera de toda consideración económica. De nuevo, aun bajo una concepción amplia de tales atributos, el problema reside en la idea que se tenga del daño moral, pues si se pretende hacer de él un concepto subjetivo, en el cual la persona lesionada reciba reparación en cuanto tenga conciencia de la pérdida o alteración sufrida, es evidente que la persona jurídica no podrá ser titular de acción por daño moral, porque jamás podrá tener conciencia de la lesión soportada, desde que es un ente ficticio, o al menos una realidad del mundo de la abstracción”. Como puede observarse, el problema vuelve a su cauce original, desde el momento en que la procedencia del daño moral, tratándose de personas jurídicas, queda circunscrita al concepto que se tenga sobre los bienes lesionados. Agrega Carmen Domínguez, sobre este punto, que debemos recordar que “bajo tal supuesto tampoco podrían ser titulares de acción por daño moral personas naturales que, sea por su escasa edad, sea por daño de conciencia que experimentan luego de lesiones, tampoco tienen aquel sentimiento de pérdida que sería propio del daño moral en aquella concepción. Por otro lado, si la noción de daño moral tiene un carácter objetivo, en particular en cuanto a que cuando consiste en la lesión a atributos de la personalidad, estos son propios de la idea misma de persona y su lesión es independiente del sentimiento que puede experimentar la víctima, ya que lo que se protege es la persona misma y no su particular percepción del daño, entonces queda levantada la principal objeción que pudiera hacerse a la posible acción de la persona jurídica por daño moral”.⁴⁵*

Es indudable, ateniéndonos a nuestra concepción sobre el daño moral, que él no puede recaer en aquellas personas incapaces, por cualquier circunstancia, de experimentar una lesión en sus sentimientos más íntimos. Pero la indemnización de perjuicios, en tal caso, se extenderá a todos los daños que sean consecuencia del hecho que, incluso, hayan privado de conciencia al afectado. Esta privación es un daño manifiesto, probablemente el más grave y, por lo mismo, suscep-

⁴⁵ Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo II. Pág. 719.

tible de mediarse patrimonialmente. Lo propio ocurrirá con las personas de escasa edad que carecen de sensibilidad por adolecer de suficiente desarrollo físico y síquico. En todos estos casos no sufrirá la víctima una afectación de sus sentimientos, pero sí la privación de derechos esenciales que pueden evaluarse patrimonialmente. Lo que no puede ocurrir, a pretexto de favorecerse a la víctima (lo que parece justo), es aceptarse un tipo de daño que no concurre. Vuelve a quedar en evidencia que esta problemática está influida por el hecho de calificar el daño moral conforme las reglas generales del daño patrimonial contemplado en nuestros códigos. Se trabaja, entonces, presionando conceptos que difieren sustancialmente de aquello que se trata de resolver.

Ramón Daniel Pizarro (citado en el primer capítulo de este trabajo) comparte sustancialmente el juicio de Carmen Domínguez, expresando sobre este punto lo siguiente:

“Una de las cuestiones más debatidas, tanto en nuestro país como en el Derecho comparado, es la relativa a la legitimación activa de las personas jurídicas por daño moral.

“¿Goza la persona jurídica de intereses no patrimoniales susceptibles de ser lesionados? ¿Puede generar dicha minoración un daño moral?

“Las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales no son caprichosas y obedecen, por el contrario, a puntos de partida diferentes, particularmente en lo referido a la cuestión conceptual”.⁴⁶

Acto seguido, se analizan las distintas doctrinas que se han formulado sobre esta materia: la doctrina que no admite la legitimación activa por daño moral de las personas jurídicas; la doctrina que admite con amplitud la legitimación activa por daño moral de las personas jurídicas; la doctrina que admite la reparación del daño moral causado a las personas jurídicas sin fines de lucro; la doctrina de la Corte Suprema argentina en el caso denominado “Kasdorf S.A.”.

Conviene transcribir parte del fallo aludido, puesto que aclara la posición que hemos sustentado. Dijo la Corte Suprema argentina que “...No cabe una reparación del daño moral a favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad (art. 35 Código Civil y art. 2° Ley 19.550), y que su finalidad propia es la obtención de ganancias (art. 1°, ley citada), todo aquello que pueda afectar su prestigio, o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución de sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de intereses que no son susceptibles de sufrir padecimientos

⁴⁶ Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 257.

espirituales".⁴⁷ Este fallo mueve al autor que citamos a señalar que comparte la doctrina de la Corte cuando niega la legitimación activa a la persona jurídica para reclamar reparación del daño moral. Sin embargo, piensa en la afectación de atributos como el nombre y el prestigio, los cuales tienen aptitud necesaria para ser objeto de una indemnización. Insistimos, por nuestra parte, que dichos bienes tienen carácter material y una clara connotación de orden patrimonial.

La obra mencionada contiene además una síntesis de las doctrinas relativas a la procedencia del daño moral tratándose de personas sin discernimiento de un estado de vida vegetativa. Enunciando la doctrina que niega legitimación activa en tales casos, a la cual atribuye influjo minoritario, señala que los menores de corta edad, las personas que no tienen posibilidad de sentir por causas patológicas o por un insuficiente desarrollo mental, estarían privadas de capacidad para experimentar daño moral y, por lo tanto, ser titular de una acción resarcitoria. Citando a otro autor se pregunta: ¿Cómo se puede hablar del sufrimiento íntimo de un imbécil o de un idiota en virtud del homicidio de un pariente próximo? ¿Cómo justificar el resarcimiento del daño espiritual a quien carece de comprensión suficiente para calibrar la entidad del agravio? ¿Cómo reparar el dolor, la pena, el sufrimiento moral de quien, por distintas razones, no puede sentirlo? Ante este panorama sólo cabe remitirse a una cuestión de hecho, determinante en razón de las circunstancias. Advierte el autor que comentamos que algunos afirman estas ideas de manera absoluta. Otros, sin embargo, muestran criterios moderados, aplicándolas sólo a los supuestos en los cuales el damnificado se encuentra imposibilitado de sentir de manera absoluta (personas descerebradas, en estado vegetativo, carentes de toda expresión sensible). Creemos que todas estas concepciones responden a la adhesión que el comentarista profesa a una de las diversas doctrinas formuladas respecto de la naturaleza del daño moral. Por lo mismo, resulta innecesario ahondar en el tema.

Quizás sea Fernando Fueyo Laneri quien con más énfasis sostiene la procedencia de reparación del daño moral en favor de las personas jurídicas. Sobre este tema escribe lo siguiente:

"Sostengo la posición afirmativa y, por lo mismo, admito que las personas jurídicas están legitimadas activamente para reclamar la indemnización de los daños morales que se les causan. Esta es, desde luego, la doctrina que hoy se admite pacíficamente por todos, aunque sea del caso admitir que no hace muchos decenios las opiniones estaban divididas y había ardientes sostenedores de la solución negativa, tanto en la doctrina como la jurisprudencia. Ayudó grandemente la visión clara respecto de los derechos extrapatrimoniales en el seno de las personas colectivas, con personalidad propia, diversa de la de sus miembros.

⁴⁷ Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 268.

“En primer lugar, no sería razón suficiente para sostener lo contrario que dichos entes, por carecer de naturaleza humana, sólo podrían experimentar **algunas** formas especiales de daño extrapatrimonial. Se da por descontado que a nadie se le ocurriría que estamos frente a una carrera por la extensión o por el número de hipótesis. Basta que sean posibles las agresiones a ciertos derechos de la personalidad, como el honor, la reputación, el crédito y la confianza comerciales, etc. **El bien jurídico protegido existe y la agresión al mismo, además de ser posible, es frecuente en la vida real. Eso basta**”.⁴⁸

Observamos, nuevamente, lo que estimamos constituye una contradicción. En efecto, aquello que se presenta como derechos de la personalidad, tratándose de personas jurídicas, sea que persigan o no persigan fines de lucro, son bienes de carácter patrimonial, susceptibles de evaluarse en dinero y, por ende, procede su resarcimiento en el supuesto de un atentado que los destruya o menoscabe. Tal ocurre, por vía de ejemplo, como se dijo, tratándose de la marca o razón social de una empresa, de su prestigio comercial y financiero, de su tradición en el mercado, etcétera. La indemnización, en este caso, no corresponde a un daño moral, sino, únicamente, a un daño patrimonial.

El profesor Fueyo agrega, a las observaciones ya transcritas, otras razones para sostener su posición:

“Tampoco es razón suficiente que estos entes despersonalizados no sean capaces de experimentar **dolor**, sufrimiento, padecimiento de ánimo, ni sean capaces de derramar lágrimas, etc., que es el miraje del daño moral por el ángulo de las consecuencias sentimentales que suelen producirse; posición feble, acientífica, que muchos rechazamos, por mi parte desde antiguo, en este trabajo con especial insistencia. Justamente la tesis del **‘doloris pretium’** se impugna, entre otras razones, porque no es capaz de coadyuvar a la protección de intereses del más alto valor cuando de personas colectivas se trata.

“Haciendo excepción a mi propósito ya declarado de preferir, aquí, las posiciones afirmativas, reiteraré que la doctrina estaba dividida en cuanto al daño moral sufrido por personas jurídicas, pues mientras algunos –tal vez la mayoría– lo admitían, como Barassi, Ravazzoni, Gómez de Orbaneja, etc., otros lo rechazaban, entre ellos Scognamiglio y Rovelli, dos figuras señeras del derecho italiano”.⁴⁹

⁴⁸ Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Pág. 119.

⁴⁹ Fernando Fueyo Laneri. Obra citada. Pág. 120.

De los breves textos comentados, inferimos, una vez más, dos cosas que nos parecen esenciales. La primera, consiste en la exclusión de las personas jurídicas como sujetos pasivos de un daño moral, atendida su naturaleza, su existencia ficticia y la función que les asigna el derecho en la vida social. La segunda, radica en la constatación que la lesión de los bienes que justificarían una indemnización, tales como el valor de la marca, el prestigio, la clientela, la tradición en el mercado, etcétera, no tienen carácter moral, sino material, y puede, por lo mismo, ser evaluada en dinero sin incurrir en errores de ninguna naturaleza. Así las cosas, el problema pierde trascendencia, puesto que la solución final es la misma: el resarcimiento del daño sufrido.

En síntesis, a nuestro juicio, el daño moral sólo pueden experimentarlo las personas naturales, puesto que los bienes afectados, de carácter espiritual, no son más que una expresión de la naturaleza racional del hombre y suponen siempre una conciencia viva y alerta a las vicisitudes de la existencia. Todos los esfuerzos que se hagan para extender el resarcimiento de daños injustos a entes que, como las personas jurídicas, carecen de sensibilidad, sobrepasan el marco en que debe calcularse toda indemnización de perjuicios. Claro está que las disputas sobre esta materia, como se advirtió en lo precedente, se justifican porque no existe consenso respecto de lo que es efectivamente el daño moral. De aquí las diferencias que se advierten entre los autores.

C.2. La lesión afecta la "esfera" de los sentimientos más íntimos del dañado

Lo que a nuestro juicio caracteriza de manera más radical el "daño moral" es la afectación de lo que hemos denominado "esfera de los sentimientos más íntimos" de la persona humana. Lo que indicamos parte de un supuesto básico: el hombre tiene en la vida dos fines fundamentales, que se complementan y autocondicionan y que operan en ámbitos distintos de nuestra personalidad.

El primer supuesto está constituido por **los móviles patrimoniales**, aquellos que, desde su más remoto origen, le permitieron subsistir frente a una naturaleza casi siempre hostil (cazador recolector). A lo largo del tiempo, lo que comenzó siendo una exigencia para la subsistencia natural de la especie, termina transformada en sofisticadas actividades económicas en que intervienen creaciones y elementos cada día más complejos (mercado, vínculo laboral, relación productiva, canales de distribución de bienes, asistencia estatal, etcétera). Dígase lo que se quiera, pero lo cierto es que estos fines patrimoniales (que algunos denominan despreciativamente "afán de lucro") forman parte de la naturaleza humana, explican la subsistencia del hombre en la Tierra y están relacionados con su historia y su desarrollo. Todas las tentativas por extirpar o atenuar las ambiciones patrimoniales de los seres racionales han fracasado en forma estrepitosa, precisamente porque ellas están vinculadas a la subsistencia y conservación de la existencia desde nuestra aparición en el planeta. Piénsese

en las ideologías totalitarias, relevantes en el siglo XX, que postulaban la formación de un “hombre nuevo” ajeno al lucro, al interés personal y al egoísmo individualista, y su colapso al cabo de apenas 70 años.

El segundo supuesto, por su parte, está representado por la **preservación de sentimientos y valores** a los cuales mayor estimación atribuimos en nuestra existencia, y que se sitúan en el área más íntima del ser. El amor, la dignidad, la autoestima, la amistad, la honestidad, la seguridad, la integridad y conservación de las facultades y aptitudes físicas e intelectuales, la continuidad y apoyo a nuestros ascendientes y descendientes, etcétera.

Es evidente que muchas de las funciones lucrativas, en pos de conseguir mayores beneficios patrimoniales, resultan condicionadas por la preeminencia de los sentimientos y valores indicados. Así, por ejemplo, renunciaremos a enriquecernos si para conseguirlo debemos sacrificar la honestidad o la dignidad; a la inversa, el amor y destino de nuestra ascendencia o descendencia será un fuerte estímulo para la consecución de beneficios y objetivos patrimoniales.

Se trata, entonces, de campos diversos, que están integrados por elementos de distinta naturaleza que se miden, también, por parámetros de muy diferente índole. Sin embargo, ambas áreas son interdependientes, puesto que se condicionan recíprocamente en términos que cada una ellas está determinada por la otra.

De aquí nace, creemos nosotros, el problema de fondo que plantea este tema, porque si bien es cierto que puede sobrevenir una lesión en uno y otro ámbito en forma separada o en ambos simultáneamente, nunca se tratará de compartimentos estancos que puedan independizarse absolutamente. La lesión patrimonial puede evaluarse y compensarse en dinero, pero no sucede lo mismo con la lesión extrapatrimonial, porque los sentimientos y valores no pueden razonablemente tasarse patrimonialmente, salvo en la medida en que el daño extrapatrimonial desencadene una consecuencia patrimonial.

El llamado “daño moral” se produce cuando la lesión de que es víctima la persona humana alcanza aquella esfera que cubre los sentimientos y valores indicados, menoscabándolos o destruyéndolos. Por consiguiente, el daño moral tiene como antecedente una **lesión invasiva** que alcanza lo más íntimo y profundo de la persona humana, provocando una conmoción interior que trastorna su existencia normal. En consecuencia, el daño moral tiene identidad propia y no proviene ni es consecuencia del daño patrimonial (aun cuando exista daño patrimonial por repercusión del daño moral y a la inversa, según se señaló).

La posibilidad de alcanzar aquella esfera íntima de los sentimientos, como es obvio, dependerá de la naturaleza de la agresión y el nivel de sensibilidad del afectado, ya que no todos reaccionan de la misma manera ante este tipo de lesiones. Igualmente, algunos valores y sentimientos serán más caros para el afectado, en tanto otros, más benignos. Atendido el hecho de que nada de ello es susceptible de acreditarse objetivamente por los medios de prueba legales, fuerza reconocer la necesidad de admitir **estándares generales** que sirvan para medir la gravedad de la lesión, y permitan dimensionar la extensión y profundidad del daño, en función, creemos nosotros, de la entidad del interés o derechos afectados. A este respecto hemos afirmado en otros trabajos que el daño moral es siempre **presuntivo**, porque no existe manera de acreditarlo y de medirlo con certeza absoluta, y porque afecta la subjetividad del individuo. Pueden acreditarse las consecuencias sociales del daño moral, como el decaimiento, el desinterés por el ejercicio de las actividades normales, la pérdida de la capacidad laboral, los trastornos psíquicos, los temores, los complejos, las angustias, etcétera. A partir de estos efectos es posible, como veremos más adelante, formarse una idea sobre de qué manera repercute este daño no sólo en el patrimonio, sino en la vida integral del dañado.

Al tratar de la existencia de daño moral en el incumplimiento contractual, dando las razones que demuestran la procedencia de la indemnización de perjuicios en esta área del derecho, definimos el daño moral diciendo que consistía en **“todo menoscabo a los sentimientos íntimos de la persona (intereses extrapatrimoniales) que repercute fatalmente en su personalidad, su capacidad productiva y estabilidad emocional”**.⁵⁰ Además, planteamos en nuestro trabajo la necesidad de dar un tratamiento diferente al daño moral en materia extracontractual y en materia contractual, atendiendo al sentido y alcance de las disposiciones que gobiernan uno y otro tipo de estatuto, sobre todo lo cual volveremos más adelante.

Si admitimos que efectivamente existen dos compartimentos en el ser humano –como creemos queda demostrado en lo precedente– uno **material** compuesto por bienes evaluables en dinero (patrimoniales), y otro **espiritual** compuesto por íntimos sentimientos no susceptibles de tasarse en dinero (extrapatrimoniales), resulta forzoso concluir que el daño moral se genera al invadirse el segundo compartimento (esfera de sentimientos íntimos del sujeto) y lesionar los bienes de que está compuesto.

Al tratar del carácter personalísimo del daño moral, Jorge Mosset Iturraspe expresa lo que sigue:

⁵⁰ A esta materia nos referimos latamente en el libro *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Páginas 237 y ss.

“Lo primero que salta a la vista es el carácter personalísimo o inherente a la persona que reviste el daño moral, y por ende la acción tendiente a la percepción de la indemnización.

“Es inconcebible su ejercicio independientemente de la persona humana a favor de quien está instituido. Y es así porque priman en él los aspectos extrapatrimoniales, dado que, según vimos al exponer la noción, se trata de una alteración en los estados del espíritu.

“El único que puede accionar o no accionar en reclamo de la reparación es quien lo sufre, la víctima. La acción, cuando la víctima nada ha reclamado en vida, no pasa a los herederos –quienes en consecuencia no están autorizados a iniciarla **iure hereditatis**”.⁵¹

Concordamos con este autor que tiene el mérito de reconocer derechamente que el daño moral está ligado indisolublemente a la persona humana, y que es ella la única que puede experimentar esta lesión.

Por lo tanto, podemos concluir que el daño moral se hallará presente siempre que la lesión de que es objeto la víctima sea de tal entidad que penetre la esfera de los sentimientos más íntimos de la persona humana, menoscabando o destruyendo los bienes que la conforman, ninguno de los cuales tiene identidad patrimonial, sin perjuicio de repercutir en ese ámbito, provocando efectos propiamente económicos.

Nuestro planteamiento se contrapone al de quienes afirman que el ser humano es una unidad indivisible, por lo cual resulta imposible y erróneo distinguir en él áreas distintas, susceptibles de analizarse en forma separada. Por lo tanto, el daño es uno, aun cuando afecte bienes aparentemente diversos, ya que todos ellos están indisolublemente enlazados en una relación interdependiente. Desde este punto de vista, el daño material (daño emergente y lucro cesante) debería evaluarse de manera que quedara comprendido en él todo menoscabo o pérdida atribuida a la lesión provocada.

C.3. El daño moral debe provenir causalmente de un hecho antijurídico que consistirá en la lesión de un derecho subjetivo de la víctima

El acto –acción u omisión– que penetra la esfera de los sentimientos más íntimos de la persona y que provocan el daño moral debe ser **antijurídico**, esto es, contrario a derecho. Esta oposición puede visualizarse desde dos ángulos diversos: puede ser formal (oposición a un mandato normativo expreso), y

⁵¹ Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por daños*. Tomo IV. “El daño moral”. Editorial EDIAR. Año 1986. Pág. 169.

puede ser material (oposición al derecho considerado en su integridad). En otros términos, el acto dañoso es contrario al tenor de una norma formalmente o contraviene el sistema jurídico como tal (principios generales de derecho, equidad natural, regulación analógica, etcétera). A este respecto conviene recordar lo que señala Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey:

“Es antijurídica, o contraria a derecho, toda conducta humana que contradice como un todo el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, para emitir el juicio de antijuridicidad no bastará, en muchos casos, con medir el acto en cuestión sobre una sola norma del derecho (un mandato o una prohibición). Con frecuencia, el criterio de valor que procederá aplicar para establecer la antijuridicidad en una situación concreta de conflicto sólo podrá fijarse acudiendo a otras normas –por lo regular incompletas– que modifican o en determinados casos derogan aquella norma. Si uno mata a otro en legítima defensa, no obra ‘antijurídicamente’, puesto que la norma prohibitiva no rige para este caso, es decir, la prohibición es derogada por una norma jurídica imperfecta”.⁵²

Particularmente interesante resulta el análisis que los autores citados hacen de la antijuridicidad cuando la remiten a dos concepciones posibles. La primera parte de la premisa de la *valoración* de los intereses (materiales e ideales) y, la segunda, de los conflictos que entre éstos se producen. Lo anterior se extiende al acto (antijurídico) según lo que *causalmente ha producido*, atendiendo a la relación que guarda con el interés que el ordenamiento estima valioso; o según el *acto sea de suyo*, atendiendo a la relación que guarda en el *mandato* o la *prohibición* (conforme a la norma o contrario a la norma). De aquí la distinción que se advierte entre *disvalor del resultado* y el *disvalor del acto*. Ahora bien, a este respecto se señala:

“La teoría que aún predomina se coloca, unilateralmente, en el punto de vista del disvalor del resultado –al menos en cuanto a su fundamental posición teórica–. Insiste en que el juicio de antijuridicidad debe atender particularmente al resultado. El juicio debe emitirse partiendo del resultado del acto, puesto que este estado, según la valoración en que se basan las normas dispositivas (mandatos y prohibiciones) –aquí se habla de la ‘norma de valoración’– va en contra de la voluntad del ordenamiento de que las cosas no sean así”. Más adelante, se afirma, categóricamente, que “la teoría de la antijuridicidad del resultado no es sostenible. Ni en el derecho penal (sobre todo a causa de los elementos subjetivos de la antijuridicidad) ni en el civil es capaz de conferir a su principio fundamental una efectividad sin excepciones, pues es evidente que hay toda una serie de supuestos de

⁵² Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey. *Derecho Civil. Parte General*. Volumen Segundo. Editorial Bosch. Barcelona. 1981. Pág. 854.

hecho de responsabilidad que no descansan sobre un concepto de antijuridicidad limitado al resultado”.⁵³

Si el acto impugnado no contradice el derecho, debe ser considerado legítimo y el daño que puede provocar no genera responsabilidad. Tal sucede, a nuestro juicio, por ejemplo, con el ejercicio de un derecho. En tal caso, el daño que pueda causarse no justifica una reparación indemnizatoria, siempre que el autor de la lesión no haya excedido ni desviado los intereses protegidos por la norma. De aquí que el llamado “abuso del derecho”, instituto que en el pasado considerábamos plausible y útil, sea estimado hoy día como un concepto falso y equívoco. En efecto, un derecho se “tiene o no se tiene” y, en el primer caso, a nadie se ofende con su ejercicio, sea que se cause o no se cause daño al exigirlo por la vía coercitiva que corresponde, cualquiera que sea la actitud interior del titular y los móviles que sustenten para ejercer aquello que le pertenece y que el sistema normativo le asegura y ampara. El concepto “abuso del derecho” nace de un error manifiesto. El derecho subjetivo es un *interés jurídicamente protegido* (siguiendo la concepción de Von Ihering). Por lo tanto, su titular tiene la facultad de satisfacer ese interés en su integridad, pero no puede ir más allá. Si extiende el interés por sobre el límite debido o lo desvía en una dirección opuesta fijada en su estructura, no actúa de *iuris* sino de *facto*, *no ejerce un derecho, sino una apariencia del tal*. De aquí que sea sustancialmente erróneo hablar de “abuso del derecho”, en lugar de circunscribir este concepto a “ausencia” o “aparición” de derecho, porque en verdad quien lo invoca no lo tiene.⁵⁴

Sobre este punto conviene citar la opinión de Jorge Mosset Iturraspe, que señala que... *“la antijuridicidad –que como regla no puede faltar en la responsabilidad civil– plantea igualmente hipótesis merecedoras de consideración particularizada: a) ¿qué ocurre con el daño moral cuando esa antijuridicidad se borra en virtud de una causa de justificación? b) ¿puede condenarse a reparar un daño moral al autor de un comportamiento ajustado a derecho, desde el inicio, pero causante de semejante consecuencia? Sobre la incidencia de las causas de justificación –tema de real importancia y algo descuidado en la doctrina civilística– cabe señalar que el tratamiento dado al daño moral no puede ser diferente del acordado al daño patrimonial. Por vía de ejemplo, si frente al acto necesario dañoso –obrado en estado de necesidad– se resuelve condenar a quien es el autor o bien a quien es el beneficiado, no debe diferenciarse entre una y otra especie de daño. Otro tanto similar acontece con la reparación de daños morales causados en actos ilícitos. Como sabemos, tales actos pueden dar lugar, aunque en supuestos excepcionales, al deber de responder. Son conocidos y abundantes los casos que plantea el*

⁵³ Ludwig Enneccerus y Han Carl Nipperdey. Obra citada. Volumen Segundo. Pág. 855.

⁵⁴ Esta materia está latamente tratada en nuestro libro *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1997.

*obrar de la Administración Pública, cuando somete a un particular a un 'sacrificio' que se considera excesivo y violatorio del principio de igualdad. Y ello es también posible en la órbita del derecho privado –responsabilidad sin antijuridicidad. Pues bien, las condenas consiguientes no pueden distinguir entre el daño material y el daño moral, porque la preocupación central es siempre la víctima y su derecho a la intimidad".*⁵⁵

Para la doctrina, la *antijuridicidad* es, sin duda, elemento de la responsabilidad extracontractual. De otra manera, sería imposible explicar cómo juegan las causales de justificación que, al eliminar la contradicción entre el acto ejecutado y el mandato jurídico, exoneran de responsabilidad al autor del daño (caso de la legítima defensa, del estado de necesidad, del obrar por una fuerza irresistible o un impulso insuperable, etcétera). Pero no ocurre lo mismo en el campo de la responsabilidad contractual, ya que la *antijuridicidad*, en este campo, queda subsumida en la inejecución de la conducta debida (incumplimiento). De lo anterior se sigue que el incumplimiento por sí mismo es *antijurídico* o contrario a derecho. Lo que señalamos no implica desconocer que la conducta que da lugar a la reparación es contraria a derecho, pero esta exigencia, en el ámbito de la responsabilidad contractual, se halla contenida en el incumplimiento de la obligación contraída. Nuestra opinión está corroborada por algunos autores.

Luis Díez Picazo y Antonio Gullón señalan, esclarecidamente, a este respecto:

“El punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano al que de alguna manera se pueda considerar como causa de daño. Esta acción humana puede consistir en una acción positiva (*facere*) o en una acción negativa, omisión o abstención (*non facere*).

“Debemos, sin embargo, preguntarnos si para que esta acción o esta omisión pueda ser considerada como fuente de responsabilidad es preciso que pueda ser calificada como ilícita o antijurídica.

“En materia de responsabilidad contractual, la cuestión se presenta con bastante sencillez. Preexiste una obligación entre las partes y el comportamiento dañoso es el comportamiento de un deudor que contraviene su obligación y que viola al mismo tiempo el derecho del acreedor. Puede ser una completa falta de ejecución de aquello que es debido, la ejecución de la prestación defectuosa por la infracción de un especial deber de conducta. En todo caso el hecho generador de la responsabilidad civil contractual es siempre un acto ilícito, en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento

⁵⁵ Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por daños*. Tomo IV. “El daño moral”. Obra citada. Pág. 116.

jurídico al darse una violación del derecho del acreedor que protege y una falta de cumplimiento de la propia obligación que sanciona.

*“En cambio, en materia de responsabilidad extracontractual, nuestro Código Civil, siguiendo fielmente al francés, no exige este requisito, sino que en la acción y omisión dañosa intervenga cualquier género de culpa o negligencia. La doctrina y jurisprudencia destacan, sin embargo, el carácter antijurídico que debe tener el acto, aunque en la órbita no penal su concepto es necesariamente más genérico, menos perfilado y concreto”.*⁵⁶ Como puede observarse, los autores citados recogen nuestra posición con respecto a la antijuridicidad en el campo de la responsabilidad contractual. Más adelante, aclarando con mayor rigor la diferencia que se advierte en el campo penal y civil, se agrega lo siguiente:

*“En efecto, en el Derecho penal las conductas sancionadas están plenamente tipificadas en la ley. Pero fuera de él es imposible encontrar una serie de normas que minuciosamente obliguen a una conducta para no causar daño a tercero, o, si se quiere, que puntualicen cómo hemos de comportarnos con los demás. Sería una tarea prácticamente imposible, y de ahí que el Derecho nunca pueda llegar a la certeza en el campo de la responsabilidad extracontractual. Así pues, lo antijurídico no penal no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta (p.ej., la empresa suministradora de energía eléctrica ha de cumplir las disposiciones sobre la protección de los cables que la transportan para evitar daños), sino también en la contravención del principio ‘alterum non laedere’, que es un principio general de Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él, fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible. Por ello, es perfectamente posible que incluso el ejercicio de nuestro propio derecho cause un daño resarcible si se ha ejercitado de modo anormal o excesivo (abuso del Derecho: art.7 C.c.)”. Finalmente, aludiendo a la jurisprudencia española en materia constitucional, se sostiene que: “En este sentido el Tribunal Constitucional señala que el artículo 25.1 de la Constitución (en virtud del cual nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento) ‘no es directamente aplicable a los simples ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar de manera tan estricta’”.*⁵⁷

En suma, en la indemnización por daño moral proveniente de un acto o conducta antijurídica (contraria a derecho, sea que la contradicción –acción y de-

⁵⁶ Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen I. Editorial Tecnos S.A. Madrid. Año 1995. Pág. 826.

⁵⁷ Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. *Obra citada*. Volumen I. Pág. 827.

recho— se plantee a propósito de una norma específica o del sistema jurídico en su integridad), esta categoría y calificación resulta indispensable. Este requisito debe entenderse comprendido en el incumplimiento contractual, puesto que la conducta ilícita consiste, precisamente, en no ejecutar el deber de conducta que constituye la obligación. Para efectos prácticos debe tenerse en consideración el hecho de que la antijuridicidad en materia extracontractual debe ser acreditada por quien reclama la reparación, ya que es posible que no exista responsabilidad en virtud de la concurrencia de una “causal de justificación”. No sucede lo mismo en el campo de la responsabilidad contractual, en que la antijuridicidad queda absorbida por el incumplimiento, comportamiento de suyo antijurídico. Quien incumple una obligación contractual infringe una conducta **autoimpuesta**, que nació como consecuencia de una limitación que su titular estipuló, concurriendo las exigencias que la ley contempla para dar valor a estos efectos restrictivos nacidos al amparo de la autonomía privada. Por consiguiente, ese comportamiento es ilícito y contrario a derecho.

Las opiniones y doctrinas expuestas en lo precedente no satisfacen, sin embargo, del todo nuestra posición. En efecto, el acto antijurídico, para provocar un daño moral, debe lesionar un derecho subjetivo (sea que provoque su extinción o su minusvalía). Por lo tanto, el daño moral es **consecuencial o dependiente**, puesto que su producción se halla subordinada a la lesión de un derecho subjetivo cualquiera sea su naturaleza. A su vez, esta lesión puede afectar otros derechos o intereses legítimos (extrapatrimoniales). Pero no hay daño moral sin que previamente se lesione un derecho subjetivo, sea éste de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Lo que señalamos concuerda con el sentido que hemos atribuido al daño moral, ya que concebimos su existencia sólo en la medida en que esta lesión, atendido su grado de virulencia, alcance la esfera íntima de la persona humana, afectando otros derechos u otros intereses. En consecuencia, a nuestro juicio, el daño moral es **sobreveniente**, esto es, se sigue del hecho antijurídico que consiste en la lesión de un derecho subjetivo. Si tal no ocurre, no puede hablarse de daño moral. Un hecho antijurídico que no comprometa (lesionando) un derecho subjetivo carece en lo inmediato de consecuencias jurídicas y, en todo caso, no compromete la responsabilidad de quien se presume dañador. En esta parte, nuestro planteamiento difiere de otras opiniones. Si el hecho que se juzga antijurídico compromete y afecta sólo intereses no constituidos en derechos subjetivos (atendiendo a la ausencia de protección que le brinda el derecho objetivo), no genera responsabilidad alguna, puesto que sólo se responde de la lesión de derechos y de sus consecuencias. Reiteremos que la lesión a cualquier tipo de derecho subjetivo, sea éste material (patrimonial) o moral (extrapatrimonial), puede producir daño moral, siempre que tenga la aptitud suficiente para penetrar lo que hemos llamado esfera íntima de la personalidad humana.

Concluamos diciendo que no es fácil representarse un acto antijurídico incapaz de lesionar un derecho subjetivo. En tal caso, no existiría una lesión, sino una amenaza inidónea para causar daño y, por lo mismo, para hacer nacer la responsabilidad civil.

Lo que hemos planteado podría controvertirse aludiendo a los daños causados a terceros distintos y sin vinculación jurídica directa con la víctima. A nuestro juicio, sólo están legitimadas activamente aquellas personas que acrediten la lesión de un derecho subjetivo. Así, por ejemplo, al fallecimiento de un sujeto como consecuencia de un hecho ilícito sólo debería reconocerse derecho a ejercer una pretensión indemnizatoria a aquellas personas que efectivamente acrediten haber experimentado un perjuicio o detrimento en sus derechos, vale decir, a sus sucesores. Los terceros que sólo invocan un legítimo interés, no están habilitados para ejercer una pretensión que no les corresponde. Asimismo, entre los herederos de la víctima deberá preferirse, en caso de concurrencia, a quienes la ley llama en el orden de la sucesión intestada (en esta materia la ley presume que ciertas personas están más o menos ligadas al causante).

C.4. El daño moral supone el menoscabo o pérdida de un interés reconocido o un derecho extrapatrimonial de que se es titular

Hemos señalado en lo precedente que el daño moral afecta la esfera de los sentimientos más íntimos de la persona humana. En aquella esfera se concentran "*intereses*" y "*derechos*" de la víctima, susceptibles de ser lesionados por un acto o conducta antijurídica.

Comencemos por reconocer que existen dos tipos de intereses legítimos: aquellos *protegidos por la norma jurídica* (derechos subjetivos), y aquellos otros que *no son objeto de amparo expreso* por parte del derecho (meros intereses).

El interés podría definirse diciendo que consiste en "*valor que en sí mismo atribuimos a una cosa*" o en una "*aspiración encaminada a lograr un beneficio material o espiritual que creemos nos corresponde, o a un anhelo que deseamos concretar*". Para que el interés lesionado dé lugar a una indemnización de perjuicios debe reunir tres exigencias: primero, deberá ser *legítimo*, vale decir, no ser contrario a derecho; segundo, debe ser *calificado*, lo cual equivale a ser reconocido objetivamente por la comunidad como digno de protección y amparo; y tercero, debe ser *cierto* y no eventual. Por ende, la lesión de un interés susceptible de ser fuente de una reparación indemnizatoria debe corresponder a un nivel o estándar dado por la comunidad que será impuesto por los valores prevalecientes en cada época. Como puede observarse, la concepción que admite la indemnización por la lesión de un mero interés tiene rasgos difusos (*legitimidad, calificación y certeza*), que amplía considerablemente las facultades del juez para juzgarlo.

Sobre el carácter *cierto* del daño, conviene recordar lo que señalan sobre el particular los hermanos Mazeaud y Tunc:

“La mayoría de los autores y gran cantidad de sentencias afirman que, para exigir la responsabilidad de su autor, el daño debe ‘atentar contra un derecho adquirido’; o también afirman que el demandante de una indemnización delictual o cuasidelictual debe justificar no un daño cualquiera, sino la lesión cierta de un interés legítimo jurídicamente protegido.⁵⁸

“Tales fórmulas son susceptibles de ser entendidas de varias maneras; de hecho, unos las entienden de una forma, y de distinto modo otros.

“Por lo general, se opone el derecho adquirido a la simple expectativa; afirman que, ‘si el acto imputado no lesionaba más que simples conveniencias, esperanzas no realizadas, ilusiones –en una palabra– a las que no liga la ley una solución para protegerlas, no habría daño capaz de constituir a su autor en culpa ni en obligarlo a reparación...’. Es decir, que el daño debe ser cierto: el daño ‘que no lesiona sino ilusiones no es otra cosa que un daño eventual’.

“Por eso, este carácter, que debe presentar el daño, no es distinto de los examinados precedentemente; no es sino la aplicación del primer carácter establecido: el de la necesidad de que sea cierto el perjuicio, de que no sea eventual.

“Pero, a veces, al exigir que el daño ‘atente contra un derecho adquirido’ o que constituya la lesión ‘de un interés legítimo jurídicamente protegido’, se quiere decir algo muy distinto. No se considera ya el carácter de certeza del perjuicio; se averigua si es lícita o ilícita, regular, la situación contra la cual atenta. No se trata, por otra parte, de determinar si cabe atentar, sin incurrir en culpa, contra una situación ilícita –problema que dependería del estudio de la culpa y no del perjuicio– sino de precisar si el que destruye, por imprudencia o negligencia, en tal situación debe ser condenado al abono de daños y perjuicios: ¿no debe ser rechazada la acción de la víctima siempre que el perjuicio sufrido consista en la supresión total o parcial de una situación ilícita o inmoral?

“Por último, a veces, los requisitos de ‘derecho adquirido’ o de ‘intereses legítimos jurídicamente protegidos’ se comprenden como si implicaran, cuando el demandante no es la víctima directa del accidente, tan sólo que

⁵⁸ Las referencias que estos autores hacen a un “interés legítimamente protegido” no corresponde a un derecho subjetivo, sino a lo que en páginas anteriores hemos considerado un mero “interés legítimo”, lo cual se deduce del análisis que transcribimos.

un vínculo de derecho debería unirlo a esa víctima para que pudiera él demandar reparación del daño que ha sufrido.

“El examen de las aplicaciones corrientes que de esas expresiones hace la jurisprudencia revelará su triple sentido. Se verá que la acción de responsabilidad supone un perjuicio cierto y legítimo, pero que no debe existir ningún requisito suplementario”.⁵⁹

Como puede apreciarse, la obra citada contrapone el “derecho adquirido” con “meras expectativas”, todas las cuales, sin duda, representan intereses legítimos, pero no constitutivos propiamente de derechos.

No sucede lo mismo con el derecho subjetivo (interés jurídicamente protegido en la concepción de Von Ihering), ya que éste se halla reconocido, tiene entidad propia y titular determinado. Por lo tanto, no resulta difícil precisar la lesión de un derecho, porque se trata de una facultad conferida por el ordenamiento jurídico que forma parte del estatuto que acompaña al sujeto de derecho.

De lo dicho se sigue que para dar lugar a una indemnización de perjuicios, el interés deberá ser probado (tanto respecto de su existencia como de su legitimidad y calidad), no así el derecho, que se basta, para estos efectos, a sí mismo, como consecuencia de su protección jurídica expresa.

Surge aquí una cuestión crucial. En el evento de un homicidio –por ejemplo– ¿pueden reclamar “daño moral” todos cuantos sean afectados en sus sentimientos más íntimos por este hecho o sólo está reservada esta pretensión a los herederos de la víctima? Es innegable que todos los deudos, unos más y otros menos, experimentarán dolor, desesperación, angustia y frustración como consecuencia del hecho. ¿Están todos ellos legitimados activamente para reclamar daño moral?

Esta cuestión ha suscitado opiniones diversas. Algunos autores se inclinan por reconocer derecho a reclamar indemnización sólo cuando se afecta un derecho subjetivo, en tanto otros afirman que también procede cuando se trata de un interés legítimo. A este respecto, Ramón Daniel Pizarro escribe:

“Cierta sector de la doctrina –avalado por una copiosa jurisprudencia– exige como presupuesto del daño resarcible que medie una adhesión a un interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo.

⁵⁹ Henri y León Mazeud y André Tunc. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Año 1961. Pág. 387.

“Quienes adhieren a estas ideas parten de una premisa básica: la necesidad de evitar la excesiva proliferación de damnificados a raíz del acto dañoso. El acto ilícito puede afectar de manera refleja, patrimonial o espiritualmente, a un considerable número de personas, además de la víctima inmediata. Así, por ejemplo, el homicidio de un padre de familia puede provocar consecuencias patrimoniales y espirituales no sólo para su esposa e hijos, sino también para otras personas: amigos, parientes lejanos, socios, clientes, pacientes, etcétera. Si todos ellos pudieran reclamar reparación, se arribaría a un resultado insostenible para el responsable, contrario al sentido común y a los más elementales principios del Derecho y economía. De allí que se formule una tajante distinción entre **daño jurídico y daño de hecho**. El primero sería consecuencia de la lesión de un derecho subjetivo, un interés legítimo, esto es, tutelado por la ley; el daño de hecho, en cambio, sólo se generaría ‘por rebote o repercusión del acto ilícito’ en la esfera patrimonial o espiritual del perjudicado. Únicamente el daño jurídico sería resarcirle, quedando al margen de toda posibilidad de reparación el llamado daño de hecho”.

Más adelante, el mismo autor caracteriza la opinión contraria que postula la legitimidad de una indemnización de perjuicios en favor de aquellos que sólo esgrimen la lesión de un interés:

“Otro sector se pronuncia por ideas más flexibles y sostiene que es suficiente una adhesión a un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprochado por el Derecho, esto es a un simple interés de hecho no ilegítimo.

“Participamos de estas ideas, que guardan armonía con la letra y espíritu de nuestra legislación (argentina) y, de modo especial, con los más modernos postulados del Derecho de daños.

“Además de los derechos subjetivos y de los intereses jurídicos, legítimamente protegidos, existen los simples intereses no ilegítimos, de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cuya minoración también puede generar un daño resarcirle. Se trata de intereses que, al decir de Zannoni, ‘no han logrado trascender como presupuestos de un derecho subjetivo y que, además, carecen de un medio de protección legítimo para asegurar su satisfacción. Sin embargo, no se trata de intereses repugnantes al Derecho. O sea que su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible”.

El autor citado concluye estas reflexiones pronunciándose en favor de la segunda tesis, sosteniendo que:

“Nada justifica reducir la esfera de protección normativa a aquellos intereses que el Derecho tutela de manera formal, por ser contenido de un derecho

subjetivo o estar dotados de medios de protección legalmente establecidos para asegurar su eficacia.

“Tal criterio de valoración, axiológicamente disvalioso, es fruto de una desafortunada transpolación a nuestra doctrina de una polémica gestada en Francia a mediados del presente siglo (XX), que ha sido totalmente superada por la doctrina gala. También los simples intereses no ilegítimos son jurídicamente protegidos por el Derecho, en cuanto importan medios para satisfacer necesidades humanas, cuya minoración es antijurídica y apta para generar consecuencias engañosas. Ellos forman parte de un espectro expansivo de intereses individuales, colectivos y difusos, cuya protección aparece frecuentemente asociada a vías de tutela colectiva”.⁶⁰

Nos inclinamos, resueltamente, por la doctrina que admite la indemnización por daño moral, sea que éste constituya un daño *jurídico* o un daño de *hecho*. En otras palabras, optamos por admitir el resarcimiento del daño moral tratándose de la lesión de un interés legítimo que no conforma un derecho subjetivo, pero siempre que, previamente, se haya afectado –como se explicó– un derecho subjetivo. Esta primera lesión es la que abre la puerta a la indemnización del daño moral, el cual resulta ser una de las consecuencias dañosas de aquella infracción.

El problema que se presenta y que debe resolverse imperativamente dice relación con la *prelación* de quienes están legitimados activamente para reclamar dicha indemnización. Sobre esta materia debe fijarse un cierto orden de preferencia, puesto que de lo contrario se desatará un desorden difícil de corregir, como lo advierten varios autores.

Creemos que debe legitimarse activamente, en primer lugar, a quienes sufren las consecuencias más directas de una lesión a los derechos de que son titulares. En otros términos, prefiere, para los efectos indemnizatorios, quien experimenta un menoscabo en sus derechos, por sobre quien sufre un menoscabo en sus legítimos intereses. Así, por ejemplo, preferirá, ante la muerte intencional o culposa de una persona, el derecho que hace valer el cónyuge sobreviviente por encima del que hace valer la conviviente o concubina. Es posible que el sufrimiento de la segunda sea superior al de la primera, sin embargo la afectación de un derecho resulta de mayor gravedad que la afectación de un interés legítimo. Teniendo en consideración que el daño moral es siempre **presuntivo**, puesto que no resulta posible medirlo en su verdadera y objetiva magnitud, habrá de preferirse aquella relación ajustada y reconocida por el derecho, por encima de aquella otra, fundaba exclusivamente en consideraciones de hecho. De la misma manera, si concurren en la sucesión de la persona fallecida here-

⁶⁰ Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Págs. 145 y ss.

deros forzosos y herederos testamentarios, deberá privilegiarse a los primeros, respetando el llamado preferente que formula el sistema sucesorio.

Lo que señalamos no implica excluir de plano a quienes invocan un *daño de hecho*, cuando concurren con quienes invocan un *daño jurídico*. *Tampoco podría sostenerse que la concurrencia de un daño jurídico y un daño de hecho provoca la exclusión de este último por efecto del primero*. Creemos que en el caso que nos ocupa corresponderá al juez resolver este conflicto, sea que se admita o se rechace la concurrencia de ambos tipos de interesados.

Conviene preguntarse sobre qué base deberá resolverse este conflicto. No cabe duda que la materia no se encuentra resuelta en la ley, razón por la cual puede sostenerse la existencia de una "laguna legal". En tal caso, la tarea del juez consistirá en integrar el sistema jurídico, aplicando la analogía, los principios generales de derecho o la equidad natural, como se desprende claramente de diversas normas contenidas en nuestra legislación común.

En suma, afirmamos que el daño moral puede derivar indistintamente de la lesión de un derecho o de un interés legítimo no constituido en derecho, pero que es necesario fijar un criterio de prelación para resolver la concurrencia de afectados que invoquen la lesión de un derecho o de un mero interés legítimo.

C.5. Pueden concurrir en una misma situación, conjunta o separadamente, el daño material y el daño moral, atendida la entidad y profundidad de la lesión

Sobre el último de los elementos en que se descompone la definición que hemos formulado, debemos aludir a la circunstancia de que puedan concurrir (así sucede en la mayor parte de los casos) el daño material y el daño moral o extrapatrimonial. El atentado que provoca este tipo de perjuicio no reviste un carácter especial. En efecto, puede tratarse del incumplimiento contractual o de un ilícito civil, incluso del incumplimiento de una obligación impuesta en la ley. Lo que interesa es la profundidad y extensión de la lesión y su idoneidad para menoscabar aquello que compone la esfera íntima de la persona humana, vale decir, los derechos e intereses no patrimoniales. Dicho de otra manera, el acto antijurídico puede afectar patrimonialmente a la víctima y extenderse el perjuicio hasta penetrar la esfera íntima que resguarda los derechos e intereses legítimos extrapatrimoniales.

De la misma manera, atendido el carácter de la agresión, es posible que el daño quede circunscrito al campo puramente patrimonial, sin que sea presumible un mayor alcance; o bien, que la agresión se dirija exclusivamente a la lesión de los derechos e intereses extrapatrimoniales. En consecuencia, no existe in-

compatibilidad alguna entre el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, pudiendo presentarse conjunta o separadamente.

Cuando el daño moral tiene carácter exclusivamente extrapatrimonial, hablaremos de daño moral **autónomo**, puesto que se produce y subsiste sin relación alguna con un daño patrimonial. A la inversa, si el daño moral tiene como antecedente causal un daño patrimonial, hablaremos de daño moral **dependiente**. De lo señalado se siguen que cualquier agresión que afecte los derechos de una persona puede provocar, indistintamente, un daño patrimonial o un daño extrapatrimonial. Por lo general, es difícil, pero no imposible, concebir un daño moral autónomo, puesto que el nivel de la agresión que alcanza la esfera de los sentimientos íntimos de la víctima causa, paralelamente, aun cuando sean mínimos, otros perjuicios materiales. Es esto, precisamente, lo que justifica la existencia del artículo 2331 del Código Civil, en el cual se advierte la concurrencia, por efecto de una agresión a derechos extrapatrimoniales (*"imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona"*), de perjuicios patrimoniales (*"daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero"*).

Si bien cualquier hecho puede ser invocado para justificar una lesión a los derechos o intereses extrapatrimoniales, no es difícil excluir todas aquellas conductas inspiradas en intereses puramente patrimoniales. Lo que decimos está dado por el nivel cultural y social de cada pueblo, ya que un mayor refinamiento sensibilizará aquella esfera íntima que identificamos con los derechos e intereses extrapatrimoniales y hará posible la ocurrencia del daño moral. A la inversa, a menor nivel social y cultural, se restringirán los derechos e intereses extrapatrimoniales. Lo que señalamos constituye una razón más para exigir poner fin a la estratificación de la sociedad contemporánea.

No nos parece posible vincular el daño patrimonial con el daño extrapatrimonial, ni siquiera admitir como criterio para la valorización de este último la cuantía e importancia del primero. Se trata de un perjuicio (daño moral) no condicionado, aun cuando dependiente en algunos casos, pero cuya magnitud no tiene relación con el menoscabo material. Un autor, sobre la doctrina que excluía el daño moral cuando se había indemnizado el daño patrimonial, sostiene lo siguiente:

*"Los perjuicios materiales y los extrapatrimoniales pueden darse conjunta o separadamente. Por lo tanto, es errónea la doctrina según la cual, cuando ha habido indemnización por los primeros no hay lugar a conceder reparación por los segundos. La Corte Suprema de Justicia, en varios fallos, condena una jurisprudencia inicial según la cual, ambos perjuicios no podían coexistir en una misma víctima, lo que implicaba negar la reparación de un daño cierto".*⁶¹ Cabe recordar que la

⁶¹ Javier Tamayo Jaramillo. Obra citada. Pág. 160.

cita transcrita corresponde a un autor colombiano, dejándose constancia, en una nota al pie de página, de los fallos aludidos y agregándose que, luego de rechazada la doctrina mencionada, en adelante todos los fallos acogieron la compatibilidad de ambos tipos de indemnización, no siendo modificada esta decisión a lo largo del tiempo, cuestión ya superada y que no se discute en dicha nación.

Sobre la relación entre ambos tipos de daños, Jorge Mosset Iturraspe escribe lo siguiente:

"Y aunque ambas tesis, la reparadora y la represiva (materia que trataremos más adelante), por boca de alguno de sus cultores, adhieran a la distinción o independencia, nos parece innegable que 'muchos fallos que defienden teóricamente el criterio sancionador, afirman al mismo tiempo que la extensión del daño moral debe fijarse en función de los daños materiales producidos'. (La cita corresponde a la profesora argentina Kemelmajer de Carlucci).

"Para Acuña Anzorena se trata, aunque disfrazada, de una tesis intermedia: 'a mitad de camino entre la que niega la reparación del daño moral, criterio hostil a la reparación' y la que propugna la 'amplía reparación'. Con ella se quiere 'conformar los dictados de la justicia acordando a la víctima de un daño moral reparación sólo en caso en que a él se agregue quebranto económico.

"Se menciona como sostenedores del criterio a Meynial y Esmein, en la doctrina francesa; y como tesis inspiradora de la jurisprudencia administrativa de aquel país, 'toda vez que, a estar a las resoluciones de su Consejo de Estado, es únicamente en la hipótesis en que el daño moral se mezcla al daño material que procede acordar reparación' (En nota al pie de página se señala que Acuña Anzorena dice que "el jurista Mercedes sostiene que la posición de estos autores no se justifica, porque si el daño moral no es reparable por no ser susceptible de estimación en dinero, esa imposibilidad tanto existe cuando se lo considera aisladamente, que cuando se lo aprecia apareado a un perjuicio patrimonial, ya que en el uno como en el otro caso su naturaleza es la misma").

"Para Barde, si en tales supuesto los tribunales toman en consideración el daño moral, es a título puramente suplementario, siendo la verdadera intención del magistrado la de acordar tanto más fácilmente una compensación al daño material, cuanto más se acompaña a este último el daño moral, que aisladamente es, por su naturaleza, irreparable.⁶²

Más allá de estas posiciones doctrinarias, no puede negarse que existe un intercambio dinámico entre el daño material y el daño moral, lo cual hace pensar

⁶² Jorge Mosset Iturraspe. Obra citada. Tomo IV. Pág. 73.

en una recíproca interdependencia. En efecto, es posible que un daño estrictamente material (p. ej. la destrucción de un cuadro) implique la pérdida de un bien con valor de afección y, a la inversa, una injuria que deshonra la memoria de un ascendiente provoque en la víctima una depresión que comprometa su capacidad de trabajo y aptitud profesional. En la inmensa mayoría de los casos estará presente esta reciprocidad, razón por la cual es difícil, si no imposible, desvincular ambos daños. Claro está que en algunos casos el daño moral será menor o insignificante, y en otros ocurrirá lo propio con el daño material. Lo anterior demuestra que al lesionarse un interés o derecho extrapatrimonial se pone en peligro un interés o derecho patrimonial y viceversa, lo cual refuerza la concepción de que el ser humano es una unidad indivisible en que se autocondicionan los efectos de una lesión antijurídica. Probablemente, esta sea la razón que hace difícil la conceptualización del daño moral, aislándolo del daño patrimonial o material.

D. Sobre la certidumbre del daño moral

Una de las cuestiones más difíciles de determinar en el daño moral dice relación con su certidumbre y real efectividad. La lesión que afecta la esfera íntima de la persona humana, que puede o no exteriorizarse a través de manifestaciones objetivas, no nos permite afirmar con absoluta certidumbre su existencia. Es cierto que en algunos casos estos daños resultan evidentes y no admiten discusión, pero ello no constituye una regla absoluta. De aquí que el daño moral debe **presumirse** más que probarse, ya que si bien es posible acreditar ante un tribunal la depresión, la angustia, el decaimiento o el stress, siempre quedará un margen de duda, porque todo ello ocurre en el interior de la personalidad humana, lo cual hace imposible una constatación cierta y objetiva. Lo propio puede sostenerse en relación a la profundidad y extensión de estas reacciones que dependen, como ya se dijo, de la sensibilidad de la víctima, factor que relativiza todavía más una conclusión inobjetable. Lo señalado no tiene sentido tratándose de los daños llamados "*por repercusión*", ya que ellos se traducen en daños patrimoniales, que son acreditables de acuerdo a las normas que rigen respecto de los daños materiales, a los cuales nos referiremos en las páginas siguientes.

De lo señalado se sigue que para determinar el daño moral será fundamental analizar y confrontar el derecho o interés lesionado con las preferencias, valores, anhelos e ideales de la víctima. Así, por vía de ejemplo, es presumible que una mujer estará más afectada por el daño estético que un hombre; que la muerte de un hijo afectará más a la madre que a un tío de aquél; que un daño en la integridad física de la víctima acarreará mayores quebrantos que un daño en su patrimonio; etcétera. Pero nada de ello permite formular una regla capaz de cubrir todas o la mayoría de las posibilidades susceptibles de presentarse, manteniéndose un cierto grado de incertidumbre que resulta imposible superar. De

aquí que en esta materia sean los tribunales, indefectiblemente, los llamados a definir el daño moral producido y, como se verá más adelante, su valorización. No se trata de una facultad discrecional, pero, no cabe duda, sí más amplia de lo que habitualmente les corresponde en ejercicio de sus funciones.

El grado de incertidumbre que conlleva esta categoría de daños ha hecho decir a varios comentaristas que este tipo de indemnización se presta para consumir abusos y exacciones. Un distinguido abogado, ligado a la defensa de los intereses fiscales, ha escrito a este respecto:

“Estamos asistiendo al inquietante fenómeno de la mercantilización del daño moral. Las desmedidas indemnizaciones que, en forma creciente, reclaman los demandantes ante los tribunales de justicia, especialmente en contra del Estado, elevándolas, con impresionante uniformidad, no sólo a una o más decenas de millones, sino que a varias centenas o miles de millones de pesos, son una demostración palpable de esa tendencia a la especulación. La indemnización se está transformando, así, en un objeto mercantil, sometido al espíritu de lucro que es propio de la actividad comercial.

“Piensan los demandantes –y no siempre sin razón– que los tribunales se sentirán inclinados a concederles un porcentaje de lo que cobran. Por eso, no vacilan en elevar sus pretensiones a cifras fuera de toda realidad. La audacia juega un rol importante en el resultado y la indemnización pasa a constituirse en una fuente de lucro o ganancia, que excede los límites de lo que, jurídica y racionalmente, debe ser una reparación. Poco importa especular con la desgracia. La sociedad, conmovida por el infortunio, ampara al especulador. Los que así proceden suelen tener éxito, dependiendo éste también de la mayor o menor capacidad de dramatizar el daño y sus efectos que tenga el redactor de la demanda o los testigos que depongan en el juicio por el actor.

“Pareciera que la ley sociológica de los extremos ha realizado aquí, también, su obra. De la no muy lejana tendencia a rechazar la indemnización del daño moral, se ha pasado a la exageración actual de reclamar y concederla sin moderación ni prudencia, con una ilimitada discrecionalidad, no reconocida ni otorgada por precepto legal alguno”.⁶³

La cita transcrita ahorra mayores comentarios. Es efectivo lo que se sostiene respecto del daño moral, pero lo propio acontece respecto de cualquier otra institución jurídica cuando se descubre la posibilidad de obtener beneficios exce-

⁶³ José Pablo Vergara Bezanilla. “La mercantilización del daño moral”. Artículo publicado en la Revista “Actualidad Jurídica” N° 2, julio 2000, Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Págs. 177 y ss.

sivos a su costa.⁶⁴ Es igualmente efectivo que al abrirse la posibilidad de reparar el daño extrapatrimonial se han hecho valer pretensiones desproporcionadas y abusivas, al amparo de situaciones dramáticas que golpean fuertemente la conciencia de quienes ejercen la jurisdicción y de la incertidumbre respecto de su existencia, extensión y valorización.

Desde otra perspectiva, debe considerarse que la trascendencia que han cobrado en los últimos decenios los derechos esenciales de la persona humana (derechos extrapatrimoniales por excelencia), debe, necesariamente, ir acompañada de una mayor flexibilidad a la hora de reparar su infracción. Por lo tanto, la tendencia inmensamente mayoritaria que postula el respeto y supremacía de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana tiene como lógica contrapartida la indemnización del daño moral. Lo anterior no ha sido suficientemente ponderado por la doctrina jurídica, obligando a los tribunales de justicia a considerarlo en un pobre contexto jurídico. No parece justo, por ende, una crítica tan extrema respecto de la indemnización del daño moral, sin atender a la circunstancia de que, paralelamente, se reconoce y extiende la primacía de los llamados "derechos humanos" por sobre los derechos patrimoniales. La mayor parte de las demandas y pretensiones sobre esta materia proviene de quienes dicen haber sufrido una lesión en materia de "derechos humanos". Frente a un supuesto abuso de los particulares, son los jueces los únicos llamados a evitarlo, tanto en esta como en otras áreas del derecho.

A todo lo anterior deben agregarse, aún, los problemas que se derivan del cómputo de la prescripción como modo de extinguir la obligación de indemnizar. Como hemos sostenido reiteradamente, la prescripción es una institución de enorme utilidad para la sociedad, puesto que está llamada a consolidar las situaciones de hecho que se prolongan a través del tiempo, transformándolas en situaciones de derecho. Sin la prescripción imperaría la inseguridad e inestabilidad en las relaciones jurídicas. ¿Cómo debe computarse la prescripción extintiva tratándose del daño moral? Parece lógico admitir que mientras subsista la producción del perjuicio, no puede comenzar a correr la prescripción. Sin embargo, resulta imposible precisar, con certeza plena, cuándo ha cesado la causación del daño, admitiendo, desde luego, que puede éste prolongarse indefinidamente, incluso durante toda la vida de la víctima. ¿Implica esto que el derecho a ser indemnizado por daño moral es imprescriptible? En estricto derecho, creemos nosotros, que sólo puede computarse el plazo de prescripción cuando cesa la producción del perjuicio. Pero ello introduciría un factor

⁶⁴ En esta materia hemos formulado un teoría para evitar lo que llamamos el "abuso circunstancial", opuesto al mal llamado "abuso del derecho", teoría que tiene por objeto evitar, a propósito de los efectos de la nulidad, que el poseedor vencido sea obligado a restituir un bien sobrevalorizado que no corresponde a lo que recibió con ocasión de la relación jurídica dejada sin efecto por sentencia judicial ejecutoriada. Esta tesis está planteada en el libro *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1997.

de inseguridad insostenible para una sociedad regida por el derecho. Por lo mismo, debe admitirse la posibilidad de que el plazo de prescripción corra a partir de la consumación del hecho dañoso, sin perjuicio de que el menoscabo siga produciéndose después de su ocurrencia, lo cual, sin duda, será la regla general. Lo que señalamos es consecuencia necesaria y directa de la incertidumbre que inefablemente provoca el daño extrapatrimonial. Esta sola constatación permite deducir las innumerables dificultades que conlleva la reparación de un daño no perceptible, en la mayor parte de los casos, en forma objetiva.

El desafío que experimenta el derecho en este momento reviste la mayor dificultad. Lo indicado deriva de aplicar las normas sobre indemnización del daño material al daño moral, no obstante su diversa naturaleza y entidad; de ignorar objetivamente su ocurrencia y, en todo caso, su profundidad y extensión; de valorizarlo con un medio (dinero) que sólo parece aplicable al daño material; de desconocer desde cuándo y hasta cuándo el menoscabo que lo justifica ocurre y se prolonga; en fin, de asimilar dos conceptos diversos, forzando su estructura y carácter. Como puede apreciarse, las dificultades que señalamos no son menores.

Probablemente, la única forma de resolver acertadamente estos conflictos exige un tratamiento legislativo especial que precise aspectos que la doctrina jurídica no está en situación de determinar en forma pacífica.

Finalmente, la incertidumbre que, como queda dicho, es propia del daño moral, proyecta una justa desconfianza en el imperado, puesto que: o se ve afectado por un perjuicio que a sus ojos no es reparado, o es obligado a indemnizar un daño que objetivamente no tiene existencia. Como sucede habitualmente, este solo hecho motiva un descontento con las decisiones judiciales, cualesquiera sean su contenido y alcance.

E. Daños por repercusión o daño moral con consecuencias pecuniarias

Todas las objeciones planteadas en lo precedente desaparecen si el daño moral queda circunscrito al llamado "*daño moral por repercusión*". Como se anota en las páginas precedentes, se trata de los efectos patrimoniales que genera una lesión a derechos o intereses extrapatrimoniales. Es indudable que una lesión que alcanza a la esfera más íntima de la personalidad humana tiene efectos en aspectos estrictamente patrimoniales de la víctima. Así, por ejemplo, una depresión, angustia, dolor o desánimo, repercutirá en la capacidad productiva o laboral del afectado, en el cuidado normal de sus intereses, en la realización de sus proyectos o iniciativas de trabajo. Todo ello es susceptible de acreditarse por los medios de prueba instituidos en la ley y sigue las reglas generales sobre la materia.

Nótese que el daño "*por repercusión*" es un daño material, pero efecto directo de una lesión a derechos o intereses extrapatrimoniales. En otros términos, en

cierta medida, el daño moral se transforma, limitadamente, en daño patrimonial. Sobre esta materia el profesor Fernando Fueyo escribe:

“La contraposición (daño moral) con los daños patrimoniales no debe entenderse en sentido absoluto, esto es, que los daños morales no afectan al patrimonio. Ciertamente pueden afectarlo, y eso no les quita su carácter; pero sólo de manera **indirecta** es tal afectación. En verdad, los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente valor económico, y por lo mismo influyen en la capacidad **productiva** de quien sufrió el agravio. Tal baja de rendimiento produce efectos en el patrimonio. Pero dicho efecto no constituye daño moral. La valoración exacta de los daños morales no existe, puesto que su medición material es francamente imposible. Esto es una mera consecuencia de que los bienes personales afectados no admiten una valoración propiamente tal o estricta. Por lo mismo es que la reparación es satisfactiva no compensatoria”.⁶⁵

Fácil resulta concluir que si se optara por considerar daños morales, exclusivamente los mencionados daños *por repercusión*, el problema quedaría zanjado, porque estos daños son de naturaleza patrimonial y, como se dijo, susceptibles de acreditarse por los medios probatorios que consagra nuestra ley. La transformación del daño moral en daño material pasa por un proceso de exteriorización de la lesión extrapatrimonial, que esta vez se manifestará en sentido contrario de lo ocurrido con el daño moral (en el cual los efectos de la lesión del derecho subjetivo transitan “*de afuera hacia adentro*”), tomando una dirección inversa (“*de adentro hacia afuera*”). Por lo tanto, rechazamos la opinión de quienes estiman que constituye daño moral aquel perjuicio que sobreviene en razón de los efectos patrimoniales que se siguen de la lesión en el campo de la esfera íntima de la persona afectada.

En conclusión, el llamado “*daño por repercusión o daño moral con consecuencias pecuniarias*” constituye un daño patrimonial que se asimila al daño emergente o lucro cesante, según corresponda, y que se acreditará conforme las reglas generales que rigen en la materia.

F. Daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y contractual

Finalmente, analizaremos, para concluir este capítulo, el daño moral en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y contractual, categorías fundamentales en nuestra legislación.

⁶⁵ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1991. Segunda edición corregida y aumentada. Págs. 365 y 366.

Resulta evidente que es más fácil justificar la reparación del daño moral en el campo de la responsabilidad extracontractual, en atención a lo que dispone el artículo 2329 del Código Civil en relación al artículo 2331 del mismo cuerpo legal. Mientras la primera de estas disposiciones consagra el principio de la *reparación integral del daño*, la segunda parece consagrar una excepción a este principio general. La letra de la ley permite llegar a esta conclusión. En efecto, el artículo 2329 comienza diciendo que **“Por regla general todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”**. A su vez, el artículo 2331 dispone que **“Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero...”**. Como puede constatar, si la ley necesitó decir expresamente que una determinada lesión a derechos extrapatrimoniales (proveniente de imputaciones injuriosas contra el honor y el crédito de una persona) no daba derecho a reclamar una indemnización, sino cuando existen daños pecuniarios, es porque en los demás casos dicha indemnización es perfectamente procedente y debe entenderse incorporada a la reparación integral de los daños. Tanto la opinión de la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que el daño moral en materia extracontractual es plenamente procedente en función del principio de *“reparación integral”* antes mencionado. Desde otra perspectiva, podría sostenerse, además, que no existiendo relación jurídica ninguna entre dañador y dañado, siendo este último sujeto pasivo de un hecho culpable o doloso, derivado del incumplimiento del deber de comportarse socialmente sin causar perjuicio a nadie, no cabe sino una reparación que cubra todos los daños que experimenta la víctima. Causalmente el daño proviene de un comportamiento intencional o negligente, imprudente o inexperto por parte del autor del ilícito civil.

Creemos nosotros que las razones antes expuestas no pueden invocarse en el campo de la responsabilidad contractual. Entre sus disposiciones no existe un principio general que permita extender la reparación de los perjuicios a todos ellos. Es más, al tratarse sobre la composición de la indemnización de perjuicios, el artículo 1556 del Código Civil señala textualmente que: **“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”**. La alusión de la ley al daño emergente y lucro cesante es claramente indicativa de que en materia contractual sólo procede la reparación de los perjuicios patrimoniales, quedando al margen los perjuicios extrapatrimoniales. Curiosamente se ha argumentado que si bien el artículo 1556 se refiere sólo a los perjuicios materiales, no prohíbe la indemnización del daño moral. Los términos imperativos en que se encuentra redactada esta disposición parecen demostrar que la indemnización de perjuicios, en el ámbito contractual, no puede extenderse sino a las categorías indicadas.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina jurídica se inclina por reconocer la reparación del daño moral en el ámbito contractual, posición que ha adoptado, según analizaremos más adelante, nuestra jurisprudencia.

Siguiendo la argumentación anterior, en este campo sí existe una relación jurídica anterior entre dañador y dañado, un "deber de conducta" asumido por una o ambas partes, una prestación definida en el contrato y una normativa que regula el comportamiento que deben asumir ambas partes. ¿Puede en este contexto asimilarse la situación de ambos tipos de responsabilidad? Se diría que en el campo de la responsabilidad contractual se delimita de manera considerable el deber jurídico a un determinado comportamiento (la obligación que se incumple o se cumple imperfectamente o se retarda su cumplimiento).

A nuestro juicio, no es posible asimilar la responsabilidad en campos tan disímiles como la relación contractual y extracontractual. No obstante, nos parece evidente que en ciertos contratos (no en todos por cierto) predominan prestaciones con contenido moral, en los cuales se minimiza su importancia pecuniaria. Así ocurre con uno de los ejemplos clásicos dado por los autores: si una persona, en un contrato de depósito, confía a otra el cuidado de recuerdos de familia (fotos y cartas), el incumplimiento de este contrato no acarreará prácticamente daños materiales, pero sí provocará importantes daños de carácter moral, al perderse bienes de muy preciada importancia afectiva. Por consiguiente, la indemnización del daño moral queda reservada sólo respecto de aquellas obligaciones (prestaciones) de contenido y proyección moral, ya que su infracción acarrea consigo una lesión en la esfera íntima de la persona afectada. Por lo mismo, el incumplimiento contractual, por sí solo, no compromete la responsabilidad que se sigue del daño moral, sino sólo en aquellos casos en que la obligación tenga, desde su génesis, un alcance, sentido o proyección extrapatrimonial. En otras palabras, creemos nosotros que sólo puede reclamarse indemnización por daño moral cuando se ha incumplido una obligación contractual de contenido extrapatrimonial.

Por otra parte, no puede perderse de vista que, generalmente, el contrato tiene efectos puramente económicos entre los contratantes, lo cual induce a pensar que son las consecuencias de este tipo las únicas que se han debido prever al momento de contratar. En el campo de la responsabilidad extracontractual resulta imposible prever los daños a que se está expuesto y que pueden sufrirse, razón suficiente para justificar el principio de *reparación integral*. Pero no sucede lo mismo en el campo de la responsabilidad contractual, ya que pueden las partes prever con precisión los daños que están implicados en el incumplimiento, abriéndose, además, la posibilidad, de calcular los perjuicios con antelación (cláusula penal), lo que demuestra la previsibilidad de los mismos. De aquí que hayamos escrito sobre este particular que:

“En lo relativo a la responsabilidad **contractual**, los daños indemnizables están ‘programados’ y sólo se extienden a los que son consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, distinguiéndose entre perjuicios previstos e imprevistos sólo para los efectos de agravar la responsabilidad del deudor que incumple dolosamente. Por consiguiente, los daños están delimitados desde el momento mismo en que se contrae la obligación. En este aspecto la obligación contractual asegura al deudor un marco que le permite medir los efectos del incumplimiento. Esta circunstancia hace posible, por ejemplo, que el deudor, en determinadas condiciones, opte consciente y deliberadamente por incumplir la obligación, lo cual ocurrirá cuando los daños de que es responsable y deberá indemnizar sean inferiores al costo que le reporte el cumplimiento. Lo anterior es impensable en materia extracontractual, porque la medida anticipada de los daños resulta imposible de prever. Este carácter de la responsabilidad contractual ha hecho decir algunos comentaristas partidarios del análisis económico del derecho, que todo contrato conforma un estatuto incompleto, lo cual da pie a la intervención del juez para buscar entre las partes una justa ecuación entre el daño que importa el incumplimiento (para el acreedor) y el costo del cumplimiento (para el deudor). Lo anterior sólo puede plantearse en el derecho anglosajón, ya que entre nosotros opera la intangibilidad del contrato (artículo 1545 del Código Civil, que recoge el principio *pacta sunt servanda*), lo cual impide al juez alterar lo convenido por los contratantes”.⁶⁶

Como puede comprobarse, no es erróneo sostener que la indemnización por daño moral debe enfocarse de manera distinta, según se trate de la responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual. Nosotros no rechazamos que la reparación se extienda al daño moral en el campo contractual, pero delimitándola a las obligaciones de contenido extrapatrimonial desde el momento mismo de su génesis. En esta materia –responsabilidad– debe atenderse a la capacidad de previsión de las partes respecto de los efectos de las obligaciones. Si las partes, al momento de contratar, previeron o debieron prever los daños que se seguían del incumplimiento, no puede la indemnización extenderse más allá de lo previsto. De aquí que la reparación sea siempre restringida –programada– en el campo contractual e integral en el campo extracontractual.

Creemos nosotros que lo afirmado en lo precedente se encuentra reconocido en nuestro Código Civil a propósito de la reglamentación de la llamada “cláusula penal”. El artículo 1544 se ocupa de la rebaja de esta caución cuando ella es enorme. La disposición distingue si la obligación tiene contenido patrimonial (“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad

⁶⁶ Pablo Rodríguez Grez. *Nuevas tendencias de la responsabilidad*. Capítulo “De la responsabilidad delictual de los contratantes”. Ediciones Abeledor Perrot. Thomson Reuters. Año 2011. Pág. 186.

determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada...”) y extrapatrimonial (“La disposición anterior no se aplicará al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda el máximo de interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciera enorme”. Al referirse la ley a las obligaciones **“de valor inapreciable o indeterminado”**, parece evidente que se incluyen en ellas las de contenido extrapatrimonial, puesto que no son susceptibles de evaluarse (apreciarse) pecuniariamente. La fórmula que se adopta para resolver esta situación consiste en facultar al juez para que, obrando prudentemente, modere su cuantía. Otro tanto podría decirse de lo previsto en el artículo 659 del Código Civil, al tratar de la **acesión de una cosa mueble a otra**. En dicha norma se reconoce la mayor importancia que debe darse a las **“cosas que tuvieren para su dueño una gran valor de afección”**. Es llamativo el hecho de que el Código, al comparar las cosas con valor patrimonial y las cosas con valor de afección opta por dar mayor importancia y significación a éstas por sobre aquéllas.

Por consiguiente, nuestro planteamiento tiene asidero en la legislación común.

IV. Naturaleza de la indemnización del daño moral

Esta es, probablemente, la cuestión medular y más controvertida sobre el daño moral. Se trata de determinar cuál es la naturaleza de dicha indemnización y cómo se la puede calificar. De la respuesta que se dé se desprenderán muchas de sus características.

Sobre esta cuestión se han planteado numerosas concepciones. Nosotros creemos que tres de ellas son las que mayor acogida tienen en el pensamiento jurídico y asidero en nuestro sistema normativo.

En primer lugar, se ha considerado la indemnización del daño moral como el **resarcimiento efectivo** de que es objeto la víctima cuando experimenta un daño de esta especie. Por lo tanto, el daño moral no es más que la reparación (compensación) indemnizatoria de un daño efectivo.

En segundo lugar, se ha estimado que la indemnización por daño moral es una **pena punitiva** que sufre el autor del daño.

En tercer lugar, se ha calificado como una asignación **“satisfactiva”** destinada a atenuar o mitigar el daño moral.

Analizaremos separadamente cada una de estas corrientes para precisar cuál de ellas se aviene mejor con nuestro ordenamiento jurídico, en especial atendido el hecho de que no existe disposición legal que se refiera derechamente a esta materia, quedando la cuestión entregada a las consideraciones de la doctrina jurídica.

A. El daño moral como resarcimiento de un perjuicio efectivo

El daño moral afecta intereses o derechos extrapatrimoniales que no pueden tasarse pecuniariamente atendida su naturaleza. El daño, como se dijo en lo precedente, afecta la esfera íntima de la persona humana, a la cual se llega en razón de la virulencia de la agresión de que es objeto la víctima. Por consiguiente, hay un daño, en cuanto efecto disvalioso que admite compensación.

Creemos nosotros que la única forma de corregir esta situación es mediante una reparación dineraria (pecuniaria), porque el dinero tiene pleno valor liberatorio, de suerte que los derechos e intereses extrapatrimoniales pueden compensarse económicamente, entre otras razones porque no existe otro medio equivalente. El dinero tiene la capacidad de sustituir todos los bienes por medio de cálculos, ajustes, razonamientos y tasaciones de la más diversa índole, muchos de los cuales se han ido perfeccionando con el correr del tiempo. No se trata de una posición **“mercantilista”**, como más de alguien ha sostenido, sino de hallar un medio que no deje en la impunidad a quien causa un daño real, pero difícil de precisar monetariamente. Lo contrario importa una excusa para impedir la reparación de un disvalor provocado y real.

Los autores ponen de manifiesto lo injusto y poco razonable que resulta que un hecho de orden práctico (tasación pecuniaria del daño moral) resulte determinante para la aceptación de un resarcimiento de esta especie. Ramón Daniel Pizarro, luego de analizar los factores que inducen a aceptar el resarcimiento pecuniario del daño moral, concluye con el siguiente párrafo:

“Concluimos con los Mazeaud y Tunc afirmando que en el Derecho moderno se impone la plena reparación del daño moral con sentido netamente resarcitorio, pues parece...chocante en una civilización avanzada como la nuestra que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”.⁶⁷

Nos parece de toda evidencia que el único bien capaz de sustituir intereses y derechos o bien compensar su lesión, es el dinero. No disponemos de otro recurso y el daño moral, según se admite unánimemente en el día de hoy, no

⁶⁷ Ramón Daniel Pizarro. Obra citada. Pág. 111.

puede quedar impune. Por muchas que sean las imperfecciones que implique la determinación pecuniaria de los perjuicios morales, ellas serán siempre menores que dejar estos daños sin reparación de ninguna especie.

Por consiguiente, la indemnización del daño moral es perfectamente equivalente a la indemnización del daño pecuniario, con la sola salvedad de las dificultades que enfrenta su determinación.

B. La indemnización del daño moral como pena privada o pena punitiva

Para algunos autores la única justificación posible de la indemnización del daño moral radica en la concepción de que se trataría de una pena punitiva. A este respecto, Marcelo Barrientos Zamorano sostiene, citando a Starck:

"...las condenas por daño moral tienen una concepción punitiva para el autor del daño y resarcitoria o satisfactoria para la víctima del mismo. El antecedente de estas ideas es SAVIGNY, que en su tiempo señaló que la pena privada tiene la doble función de reparación e intimidación del culpable.

"No se divisa en principio inconveniente para esta doble función de la indemnización por daño moral, porque se protegen de acuerdo a sus defensores los bienes de la persona contra los ataques y lesiones de los mismos. STACK señala que la jurisprudencia no puede cerrarse a la realidad indiscutible de que existe en el que ha padecido un perjuicio, en particular si es moral, un resentimiento contra el responsable y, por ende, un deseo de venganza.

"En los detrimentos morales la reparación se equipara a sanción en el aspecto represivo, luego la pena, aunque no sea un concepto feliz, está implícitamente presente. No se puede negar, según estos autores, que la víctima quiera de alguna manera vindicar y castigar la conducta que le ha producido un daño, todo ello como debe ser, en un Estado de Derecho, a través de la acción de los tribunales de justicia".⁶⁸

No obstante las buenas razones que puedan aducirse, nos parece indiscutible que en nuestro derecho no cabe el concepto de sanción punitiva para determinar la naturaleza de la indemnización de perjuicios por daño moral. Para dar cabida a esta concepción sería necesario, a lo menos, admitir que la "pena" se consagraría en beneficio de la víctima y que ella se basa en una norma expresa (hoy inexistente) que define y califica la sanción. A nuestro juicio, la sanción es siempre una conducta de reemplazo, equivalente al incumplimiento de la obligación quebrantada (hecho lesivo) que debe hallarse descrita en una dispo-

⁶⁸ Marcelo Barrientos Zamorano. Obra citada. Pág. 51.

sición legal. A propósito de ello, el juez, único encargado de aplicar la sanción y, por lo mismo, construir la “conducta de reemplazo”, dispone de un arsenal de medios (especialmente en materia penal), ninguno de los cuales concurre en este caso (indemnización de perjuicios, restituciones, reembolsos, etcétera). En consecuencia, respecto de la indemnización del daño moral no se divisa la presencia de dichos elementos, ya que no nos hallamos ante una conducta de reemplazo, ni existe equivalencia estricta entre el daño y su reparación, ni mucho menos puede invocarse una disposición legal que autorice este tipo excepcional de sanción.

La concepción jurídica con que se pretende justificar la existencia de una pena punitiva, por lo tanto, no nos parece convincente en el marco de nuestra legislación, aun cuando para legitimarla se plantee derechamente que la indemnización sería resarcitoria o satisfactiva para la víctima y punitiva para el dañador.

C. Indemnización del daño moral como asignación “satisfactiva” destinada a mitigar el perjuicio causado

Finalmente, citaremos la concepción del daño moral que lo presenta como una asignación pecuniaria otorgada a la víctima del daño moral a fin de atenuar los efectos del mismo. Se trataría, se dice, de facilitar al lesionado la adquisición de beneficios y placeres que, sin eliminar ni compensar el perjuicio causado, le permita reorientar su vida y superar, aun cuando parcialmente, el trance que lo afecta. Así, por ejemplo, la vida de un ser querido, la deshonra o la dignidad mancillada, no pueden compensarse ni resarcirse pecuniariamente, pero pueden mitigarse sus efectos teniendo acceso a otros bienes que la víctima normalmente no tenía posibilidad ninguna de adquirir.

Particularmente interesante resultan las observaciones que sobre este punto formula doña Carmen Domínguez Hidalgo:

“Entendida de ese modo la reparación, puede decirse que tampoco se preciaría distinguir, como suele hacerlo la doctrina, entre la función satisfactoria que cumple la indemnización en el caso de los daños morales y la función compensatoria que tiene en las hipótesis de perjuicios patrimoniales, porque, en verdad, su rol es siempre el mismo, como lo es, por lo demás, el de la propia responsabilidad civil. La reparación pecuniaria es siempre una compensación que no persigue borrar el perjuicio, cosa imposible, sino procurar con la atribución de una determinada cantidad de dinero las satisfacciones que la víctima o acreedor estimen del caso. Gráficamente podría decirse, siguiendo las ideas de HEBRAUD, que la reparación es siempre compensatoria, y lo que es satisfactorio es la entrega de una suma de dinero.

“En verdad, la calificación de ‘satisfactoria’ de la reparación por daño moral sólo es válida cuando con ella se pretende expresar que la suma de dinero otorga a la víctima una satisfacción distinta a la que se obtiene cuando se busca resarcir un daño de orden económico. En el primer caso, la indemnización es un medio para que se procure alegrías o goces que le ‘compensen’ de algún modo tal lesión, y la satisfacción se logra, por tanto, por vía indirecta. Siguiendo la definición casi paradigmática del Tribunal Supremo español, ‘la reparación del daño o sufrimiento (...) va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado’. En el segundo, en cambio, la satisfacción viene proporcionada directamente por la sola entrega de una cantidad que es bastante para reintegrar el patrimonio afectado”.⁶⁹

Podría sostenerse que mientras la esfera patrimonial del lesionado se enriquece, la esfera personal íntima se debilita. Lo que la indemnización procura, entonces, es una transferencia de valores que presenta una muy curiosa peculiaridad: el reemplazo opera entre valores patrimoniales y valores extrapatrimoniales mediante el pago de una cantidad de dinero, único bien que tiene un poder liberatorio absoluto y general. Es aquí, precisamente, donde surge el problema medular: un derecho o interés extrapatrimonial no puede tasarse en dinero, porque lo impide su naturaleza, tanto más cuanto que dicha tasación debería considerar los rasgos propios de cada individuo. Ante este impedimento sobrevienen las teorías que buscan una respuesta coherente.

Como puede apreciarse, existen numerosas explicaciones jurídicas para configurar la naturaleza de la indemnización por daño moral. A nuestro juicio, en estricto derecho, es difícil justificarla, atendida la circunstancia de que no resulta posible sustituir, con la debida y justa equivalencia, la lesión de un derecho o interés extrapatrimonial, mediante la asignación de una cantidad de dinero, recurso destinado esencialmente a la reparación o compensación de perjuicios de carácter pecuniario. Con todo, forzoso es reconocer que no deben dejarse de lado perjuicios tan importantes como aquellos que dan lugar a la indemnización por daño moral. En cierta medida, los juristas, en los diversos planos en que se desempeñan, han debido enfrentar esta situación en ausencia de disposiciones legales que les permitan fundamentar la indemnización del daño moral con mayor rigor. Lo ocurrido en Chile ha sucedido también en otras latitudes. Por lo tanto, con un evidente sentido pragmático, debemos optar por aquella concepción que mejor se ajuste a nuestro sistema normativo. Desde esta óptica, resulta evidente que la indemnización de perjuicios tiene siempre un carácter compensatorio, puesto que se basa en la necesidad de resarcir un daño. Pero la prestación (monto dinerario) no tiene ni la naturaleza ni la

⁶⁹ Carmen Domínguez Hidalgo. Obra citada. Tomo I. Pág. 162.

idoneidad para hacerlo desaparecer ni total ni parcialmente. Ante esta realidad, resulta evidente que la indemnización apunta a proporcionar a la víctima beneficios "satisfactivos", llamados, como se dijo, a lograr sólo la mitigación del daño producido.

Por otra parte, no puede desdeñarse la circunstancia de que el daño moral se mantiene a través del tiempo, no cesa, incluso más, es posible que aumente. Por lo mismo, se trata de un daño sustancialmente distinto del pecuniario o material. Esta circunstancia servirá para apreciar la cuantía de la indemnización, ante la posibilidad de que el perjuicio se profundice y extienda.

No se requiere de mucha suspicacia descubrir que un daño de tan compleja naturaleza se preste para abusos y excesos, sea porque sus autores lo minimizan o sus víctimas lo magnifican. Es por ello que la posición del juez pasa a ser determinante a la hora de establecerlo y más aún a la hora de cuantificarlo.

A nuestro juicio, como lo hemos señalado en otros trabajos sobre la materia, la indemnización del daño moral en el derecho chileno debe calificarse de "compensatoria" y "satisfactiva", dado que, por un lado, tiende a sustituir un interés o derecho lesionado y, por el otro, a proporcionar a la víctima los únicos beneficios que son dable concebir tratándose de la afectación de derechos e intereses extrapatrimoniales. Rechazamos, de plano, la posibilidad de considerar esta indemnización como una *pena privada* establecida en beneficio de la víctima, asilados en el hecho de que no existe ley que lo determine, siendo las sanciones consecuencias jurídicas de derecho estricto.

Como lo analizaremos más adelante, nuestra jurisprudencia no ha asumido una posición única y uniforme acerca de esta materia. Tampoco la doctrina ofrece un panorama concordante. Mucho menos se ha intentado enfocar esta cuestión por la vía de una reforma (o regulación legislativa). Lo anterior justifica los esfuerzos que periódicamente se realizan en busca de una posición sostenible y compartida.

No deben olvidarse las anomalías y abusos que este derecho ha provocado en otras naciones. Así, por ejemplo, en Estados Unidos se ha intentado limitar por ley este tipo de reparaciones, atendidos los excesos que se producen a la hora de determinar el monto del perjuicio indemnizado. Lo anterior ha sucedido, especialmente, porque en aquella nación existen las llamadas penas punitivas (con fines ejemplarizadores), las que no se hallan reguladas en nuestra legislación.

Debemos reconocer que sobre esta materia, hoy día crucial en el campo de la responsabilidad, hay una **laguna legal**. El daño moral, salvo aisladas disposiciones en nuestro Código Civil y en leyes especiales, no ha sido regulado en

el sistema jurídico chileno. Esta constatación abre la posibilidad de “integrar” la laguna legal, construyendo una norma jurídica (ideal y supuesta) que sirva de fundamento a la sentencia que determina este tipo de indemnización. A dicho propósito concurren las exigencias que pesan sobre el juez conforme al “principio de inexcusabilidad”, hoy de rango constitucional. Por lo tanto, para justificar y fundamentar su decisión, el tribunal competente puede valerse de elementos que, hasta hoy, no han sido considerados por la doctrina jurídica. El daño moral, no obstante presumirse de manifestaciones externas del lesionado (angustia, dolor, depresión, decaimiento, etcétera), susceptibles de acreditarse, existe y reviste una gravedad especial que, como lo reconocen los autores, sería inicuo dejar de reparar. A partir de esta constatación, es posible construir la norma a que nos referíamos y que servirá para fundamentar y dar valor a la sentencia que se pronuncie sobre la materia.⁷⁰

El primer elemento a que debe recurrir el intérprete para llenar una “laguna legal” es la **analogía**. Resulta razonable afirmar que si el daño moral implica una lesión que afecta derechos e intereses extrapatrimoniales que se hallan incorporados a la personalidad humana, deben asimilarse estas consecuencias a la lesión de aquellos derechos e intereses de carácter patrimonial propios de otra esfera de la misma personalidad. Por ende, los principios y exigencias generales que regulan la indemnización de perjuicios servirán también para decidir sobre la reparación del daño moral. El solo hecho de tratarse de perjuicios de diversa índole, por encontrarse los bienes afectados incorporados en una u otra esfera de la personalidad, no excluye la posibilidad de aplicar la analogía, puesto que los elementos constitutivos del derecho a ser resarcido, no siendo los mismos, son indudablemente semejantes y se encuadran en un mismo fin: compensar la lesión de que se es víctima. Si se observa atentamente, se concluirá que la diferencia entre la indemnización de perjuicios proveniente de un daño patrimonial y de un daño extrapatrimonial sólo radica en la naturaleza del perjuicio. En lo demás puede sostenerse una identidad plena.

El segundo elemento de integración son los **principios generales de derecho**. No puede ignorarse la circunstancia de que todo perjuicio que se cause por dolo o culpa debe ser reparado por su autor y que el menoscabo de un derecho o interés legítimo altera las bases de una convivencia establecidas por el sistema normativo. Es cierto que este principio está recogido en nuestro Código Civil a propósito de la reglamentación de la responsabilidad extracontractual. Pero no lo es menos que se ha abierto camino la indemnización del

⁷⁰ Cabe consignar sobre esta materia que nuestros tribunales han sido tímidos a la hora de detectar “lagunas legales” e integrarlas de acuerdo a las normas interpretativas universalmente aceptadas. Algunas sentencias, por ejemplo, han recurrido a la “equidad natural”, como elemento de integración de lagunas legales, pero sin una fundamentación que sirva para sostener doctrinariamente la procedencia de este elemento. Se echa de menos un planteamiento jurisprudencial que enriquezca las facultades integradoras de los tribunales de justicia.

daño moral sobre la base de que no puede excluirse un perjuicio de considerable magnitud, por el solo hecho de afectar bienes que no forman parte del patrimonio material. No se advierte cómo podría restablecerse el equilibrio que supone toda relación jurídica, cualquiera que sea su contenido, si se entraba la posibilidad de reparar perjuicios a los derechos e intereses extrapatrimoniales. Tampoco puede negarse que, al rechazarse la reparación del daño moral, el infractor quedaría eximido de responsabilidad, lo cual importa una forma de “enriquecimiento injusto” que repugna nuestro derecho.

Finalmente, el intérprete, forzado a integrar la “laguna legal”, a falta de los elementos mencionados (los cuales se fundan en la aplicación del sistema jurídico), deberá recurrir a la **equidad natural**. Recurso de clausura que se ha definido como “*un sentido (en cuanto entendimiento o razón o modo particular de entender una cosa o juicio que se hace de ella) intuitivo de justicia aplicada a un caso o situación concreta, con prescindencia del derecho positivo*”.⁷¹ Varios autores han puesto acento en la necesidad de consagrar la reparación del daño extrapatrimonial, puesto que resulta inicuo excusarlo a pretexto de las dificultades que envuelve su tasación o el carácter interno que lo caracteriza. De aquí que insistamos en que, si el sistema jurídico no reglamenta esta reparación, con la acuciosidad que lo hace a propósito de la responsabilidad contractual y extracontractual, ello no implica que, por la vía interpretativa, pueda reconocerse, invocando los elementos llamados a llenar el vacío legal.

V. Tasación del daño moral

Tropezamos en este capítulo con otro problema complejo y difícil de resolver, ya que, como queda dicho, la naturaleza del perjuicio extrapatrimonial se caracteriza, precisamente, por no ser evaluable en dinero. De aquí que muchos autores insistan en que es imposible compensar o resarcir este tipo de perjuicios, inclinándose por la tesis de dar a este tipo de reparación el carácter de “pena privada” o de prestación “satisfactiva”. Ambas corrientes, a nuestro juicio, aisladamente, alteran el sentido y alcance que debe darse a la indemnización de perjuicios. De aquí que hayamos optado por darle el carácter de “compensación satisfactiva”, para caracterizarla dentro de un género determinado y una especie particular.

Insistamos, además, en que el dinero es el único instrumento con poder liberatorio absoluto y el medio de intercambio que se emplea en la vida social para ejecutar la multitud de prestaciones que realizamos, cualquiera que sea su contenido.

⁷¹ Esta definición fue formulada en el libro *Teoría de la Interpretación Jurídica*, publicado en una primera edición el año 1990 por el autor y posteriormente por la Editorial Jurídica de Chile en sucesivas ediciones en la Colección de Manuales Jurídicos.

Por lo tanto, la reparación del daño moral valiéndose del dinero no hace sino ratificar lo que sucede en la vida social y lo que usualmente admitimos como legítimo y práctico. Que no exista certeza sobre que la indemnización del daño moral compense al afectado o consiga hacer desaparecer el perjuicio, no puede constituir un obstáculo para rechazarlo. Coincidimos con los autores cuando sostienen que “peor sería negarse a indemnizar el daño moral que errar en su tasación”. Algo semejante ocurre cuando sostenemos que “es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente”. El derecho, lamentablemente, nos presenta con frecuencia este tipo de disyuntivas que deben enfrentarse sobre la base de los grandes principios que informan el sistema jurídico.

Ahora bien, no existen parámetros objetivos que permitan una tasación estricta y ajustada a la realidad. ¿Cómo valorizar económicamente la pérdida de un ser querido, o la lesión a la dignidad, o a la honorabilidad, o a la seguridad, o el sufrimiento, el decaimiento, el estrés, la angustia, la ausencia del deseo de vivir, etcétera?

1. Daños morales “puros” y daños morales “por repercusión”

Comencemos por distinguir los daños morales “**puros**” y los daños morales “**por repercusión**”. En este último caso, la tasación del perjuicio puede determinarse con cierto rigor. Así ocurre tratándose de la pérdida de capacidad laboral por causas psicológicas provocadas por la lesión de valores extrapatrimoniales, las dificultades por falta de entusiasmo para llevar adelante una actividad productiva, el decaimiento que se experimenta para enfrentar un cierto proyecto de vida, etcétera. Estos perjuicios se ubican en la frontera de los daños materiales, ya que todos ellos inciden, en mayor o menor medida, en la adquisición o conservación de bienes materiales y pueden calcularse conforme el rendimiento que usualmente se asigna a su realización. Nada impide, por vía de ejemplo, probar que un cierto proyecto se frustró por el impacto que experimentó la víctima como consecuencia de la repercusión que tuvo en él la lesión sufrida. Surge a propósito de este daño el problema de la **causalidad**, ya que bien se puede sostener que la lesión extrapatrimonial es una “concausa”, insuficiente por sí sola para generar responsabilidad.

A la inversa, el daño moral “puro” está desconectado de incidencias económicas, aun cuando es imposible independizarlo absolutamente del daño “por repercusión”, porque siempre existirá, aun cuando sea en mínima cuantía, una cierta interrelación. Pero lo que determina su “pureza” es la aparente autonomía de toda proyección económica directa. El sufrimiento moral o físico, la angustia, la desesperación, la pena, el dolor, el desconsuelo, etcétera, no tienen una valorización económica precisa y certera, carece de toda lógica intentarlo siquiera, porque se trata de bienes de diversa naturaleza e índole ontológica.

Como es obvio, la tasación del daño moral "puro" constituye un desafío para el juez encargado de apreciarlo.

2. Daño moral en el ámbito contractual y extracontractual⁷²

En lo sustancial, creemos nosotros que mientras en el ámbito de la responsabilidad extracontractual impera el principio de la reparación "integral", en los términos consagrados en el artículo 2329 del Código Civil, en el ámbito de la responsabilidad contractual la indemnización del daño moral sólo procede respecto de aquellas obligaciones con proyección o contenido extrapatrimonial. En otros términos, el ilícito civil importa siempre el quebrantamiento del deber de "no causar culpable o dolosamente daño a otra persona" (*neminem laedere*), caso en el cual deberán indemnizarse todos los perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del ilícito. En materia contractual deben indemnizarse los perjuicios provenientes, única y exclusivamente, del incumplimiento de la obligación contraída, y sólo cuando ésta tenga un contenido extrapatrimonial, se responderá también del daño moral. Descartamos, en consecuencia, la indemnización del daño moral tratándose de obligaciones "neutras" desde el punto de vista de su contenido extrapatrimonial. Generalmente, casi sin excepción, junto al daño moral concurrirá el daño material, por mínima que sea su cuantía, pero una cosa no es condición de la otra. Este planteamiento pone acento en el hecho de que quien celebra un contrato y asume, por consiguiente, una obligación, no puede prever mayores consecuencias que aquellas que se encuentran implícitas en el "deber de conducta" aceptado. Por lo tanto, sería injusto y desalentaría a los contratantes la imposición de obligaciones de cuantía indeterminada, imposible de prever, puesto que, como se analizará más adelante, el resarcimiento del daño moral depende de una serie de factores, muchos de los cuales tienen carácter subjetivo.⁷³ Creemos nosotros que existe un interés general en estimular el tráfico jurídico, fuente de enriquecimiento y desarrollo, razón por la cual el derecho contractual refuerza los factores que dan estabilidad y seguridad a las relaciones jurídicas. De aquí nacen las diferencias que advertimos entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual y el fundamento de nuestra posición de limitar el daño moral en el campo contractual a las obligaciones en que la prestación tenga contenido extrapatrimonial.

⁷² Hemos tratado del daño moral en dos libros sobre la responsabilidad civil. El primero *Responsabilidad extracontractual* (páginas 327 y siguientes), año 1999; y el segundo *Responsabilidad contractual* (páginas 237 y siguientes), año 2003. Ambas publicaciones de la Editorial Jurídica de Chile. Mantenemos en este trabajo nuestra posición sobre la materia, sin perjuicio de aportar otra sistematización y renovar algunos planteamientos.

⁷³ Esta materia se halla extensamente analizada por Carmen Domínguez Hidalgo en su obra *Daño Moral*, antes citada, en el Capítulo 3° del Tomo I, sobre "La patrimonialidad de la prestación y el daño moral". Págs. 170 y ss.

3. Factores que inciden en la determinación o cuantificación del daño moral

Tradicionalmente se ha enunciado una multiplicidad de factores que sirven para la determinación del *quantum* del daño moral.

En otros trabajos hemos señalado los siguientes factores, referidos a los diversos elementos que intervienen en esta relación jurídica.

A. Criterios generales de valoración del daño moral

- i. Doctrina que determina el daño moral en relación al daño patrimonial.
- ii. Doctrina que determina la cuantía del daño moral en función de la gravedad de la falta.
- iii. Doctrina que valora el daño moral sobre la base de criterios puramente subjetivos del juzgador.
- iv. Doctrina que valora el daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado.
- v. Doctrina que determina el daño moral atendiendo a los llamados placeres compensatorios.
- vi. Doctrina que atiende a la falta y la entidad objetiva del daño.

B. Sobre el hecho ilícito

- i. La gravedad objetiva del atentado.
- ii. La posición subjetiva del autor del daño (según se trate de un hechor que actúa dolosa o culpablemente).
- iii. El espíritu de lucro asociado al daño que se causa.
- iv. La perversidad psicológica del hechor.
- v. Externalidades del acto y consecuencias sociales del mismo.

C. Sobre el derecho o interés lesionado

- i. Naturaleza del derecho o interés afectado.

- ii. Carácter de la víctima (según se trate de un daño a la víctima directa o un tercero a quien alcanza el daño por repercusión).
- iii. Proyección del daño en el tiempo.

D. Sobre la calidad y condición de la víctima y el victimario

- i. Grado cultural del dañador y sus condiciones síquicas.
- ii. Características de la víctima, en su sensibilidad, su sexo, su edad, su posición en la sociedad, etcétera.
- iii. La situación económica del dañador.

Como puede observarse, el juez dispone de un arsenal de elementos referidos al daño, a los derechos e intereses lesionados, al dañador y al dañado, incluso, a la situación y la víctima y el responsable.

Con todo, creemos útil poner acento en algunos de estos factores, a los cuales atribuimos mayor importancia tratándose de una lesión extrapatrimonial.

En primer lugar, debe considerarse el carácter, virulencia y agresividad del hecho que motiva el daño. No puede evaluarse de la misma manera el daño provocado intencionalmente, que el daño que sobreviene por falta de diligencia y cuidado. Recuérdese que, a nuestro juicio, el daño moral se consume cuando la lesión es de tal envergadura que traspasa la esfera patrimonial y alcanza la esfera íntima extrapatrimonial de la víctima. No reacciona de la misma manera quien es objeto de una agresión voluntaria y premeditada, que quien es víctima de un hecho culposo. No se trata de dar un alcance punitivo a la reparación del daño moral, sino de representarnos la reacción del dañado ante la lesión. Tan evidente nos parece lo que planteamos que, incluso, en el campo contractual, el incumplimiento doloso agrava la situación del deudor, haciéndolo responsable de los perjuicios previstos e imprevistos que sean consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

En segundo lugar, debe considerarse la entidad e importancia del derecho subjetivo que ha debido ser lesionado y que, como se señaló, constituye un presupuesto fundamental de la producción del daño moral. Volvamos sobre este punto. Para la causación del daño moral es necesario que acaezca un hecho antijurídico que consistirá en la **lesión de un derecho subjetivo** (el daño causado por un ilícito civil, el incumplimiento de una obligación contractual o de un deber de conducta impuesto en la ley). A partir de esta lesión a un derecho subjetivo se desencadenará el perjuicio que afectará bienes patri-

moniales o extrapatrimoniales (derechos o intereses legítimos). De aquí que hayamos sostenido que el daño moral es siempre **consecuencial, derivado y dependiente de la lesión de un derecho subjetivo cualquiera sea su naturaleza**. Lo señalado explica que pueda el daño moral presentarse como consecuencia de la infracción de un derecho subjetivo cualquiera éste sea: patrimonial o extrapatrimonial. Ahora bien, no todo derecho subjetivo tiene la misma entidad e importancia para su titular. El derecho a la honra, por ejemplo, para la mayoría de las personas, no puede compararse con el derecho de dominio, tratándose de la indemnización del daño moral. Por lo tanto, para la determinación del *quantum resarcitorio*, deberá considerarse la naturaleza y trascendencia del derecho subjetivo que desencadena el perjuicio que deberá indemnizarse.

En tercer lugar, para la determinación justa de la reparación, debe atenderse, además, a si la infracción del derecho subjetivo se produjo en el desarrollo de una actividad lucrativa o no lucrativa. En el primer caso, el daño es un costo de la función económica, una consecuencia de un afán de enriquecimiento que provocó daño a un tercero. En el segundo caso, salvo que se trate de un proceder doloso, la responsabilidad tiene como antecedente una acción en la cual no es dable suponer un propósito egoísta o un aprovechamiento circunstancial. Por ende, debe medirse de diversa forma una u otra situación cuando se intenta reparar un daño extrapatrimonial.

En cuarto lugar, no parece desdeñable considerar la situación económica del autor del daño, ya que no puede darse idéntico trato a quien resulta lesionado por quien dispone de recursos suficientes para encarar esta responsabilidad, que serlo por quien carece de bienes, haciendo, en definitiva, ilusoria la reparación que corresponde. Este factor, por cierto, provocará más de una crítica. Pero nos interesa precisar que va envuelto en él, en medida nada despreciable, el prestigio del derecho. De nada vale dictar una sentencia que ordena el pago de una indemnización cuantiosa cuando ella no puede cumplirse por la insolvencia del demandado. Adicionalmente, agreguemos que más de alguien sostendrá, lo que no parece disparatado, que los poseedores de medios de fortuna tienen una mayor responsabilidad social por las ventajas de todo orden de que gozan en la comunidad. Sea o no efectivo lo que indicamos, lo cierto es que el derecho debe esmerarse por dar sentido práctico a sus decisiones. Lo que no nos parece aceptable es apelar a la situación económica de la víctima, aun cuando la tendencia natural, en este tipo de reparaciones, sirva a fines redistributivos de la riqueza.

En quinto lugar, para la determinación del *quantum resarcitorio* debe considerarse especialmente la presunta continuidad y secuencia del daño moral. Como señalamos en las páginas precedentes, el daño moral puede desaparecer (lo cual no resulta fácil), atenuarse o aumentar con el correr del tiempo. No es

posible hacer un análisis riguroso y exacto sobre esta evolución, pero es posible presumir algunas de sus consecuencias en el tiempo.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca, autora peruana, escribe sobre el resarcimiento del daño inmaterial:

“Para cuantificar el daño moral o inmaterial, debe tomarse en cuenta no sólo las características de la víctima (edad, sexo) y las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso, sino también las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción o punición (por cuanto esto podría distorsionar la función afflictivo-consolatoria y convertirla, como tantas veces se ha dicho, en un vehículo para el enriquecimiento de la víctima), sino porque este aspecto habitualmente es generador de sufrimiento (la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que puede ocasionar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente) y, por lo tanto, acrecienta el daño moral.

“Es decir, la culpa o dolo debe evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral y no para castigar al causante del mismo. Esto significa que debe resarcirse el daño inmaterial tanto en casos de daños causados con culpa o sin ella, extendiéndose por tanto a los casos de responsabilidad objetiva, por cuanto se trata de daños efectivamente sufridos y que deben ser trasladados fuera de la víctima, de acuerdo a la función primordial de la responsabilidad civil”.

Concluye esta autora reconociendo las dificultades que presenta la fijación de la reparación resarcitoria, señalando que:

“La decisión final no podrá llegar a ser ‘perfecta’ ni ‘exacta’, ni además logrará una reparación auténtica (cuando se trata de indemnización pecuniaria), pero si se evalúan todos los elementos, sustentados con medios probatorios idóneos, puede alcanzarse una reparación que no se considere arbitraria (mediante fórmulas que digan algo tan ambiguo, incompleto e inmotivado como ‘dada la naturaleza del daño moral, que es incuantificable, y aplicando un criterio de equidad, se estima en la suma...’), lo que no significa que deba dejarse de lado el criterio de equidad, sino emplearlo conjuntamente con los demás criterios que se han señalado. Con ello, la decisión final se acercará mucho más a cumplir con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil, lo que, de ser así, logrará la finalidad preventiva, pues un sistema eficiente incentiva conductas socialmente deseables, que son las de prevención”.⁷⁴

⁷⁴ Roxana Jiménez Vargas-Machuca. *Resarcimiento del daño inmaterial*. Estudios de Derecho Privado. Libro en homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Editorial Jurídica de Chile. Año 2008. Pág. 252. La autora es Juez Titular Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y Profesora de la Academia de la Magistratura de Perú.

Los párrafos trascritos recogen muchos de los factores antes mencionados. Si bien es cierto que se alude a "*las características de la víctima*", no se hace referencia alguna al grado de sensibilidad de la misma, no obstante tratarse de una pauta que merece especial atención, atendiendo a la naturaleza del daño moral. Tampoco se mencionan las características del hechor, lo cual, en ciertos casos, juega un papel importante. No es lo mismo ser dañado por una persona ajena a la víctima que serlo por una persona que deba lealtad y gratitud al ofendido. Se dirá, con razón, que son muy numerosos los antecedentes de que puede valerse el juez para fijar la cuantía del perjuicio. Por lo mismo, se trata de destacar aquellos de mayor importancia y significación en la infinita multiplicidad de las situaciones que pueden ocurrir.

En síntesis, como observará el lector, a pesar de todos los inconvenientes y escollos para aceptar la procedencia de la indemnización de perjuicios respecto de bienes que no pueden tasarse patrimonialmente, es preferible esta imperfecta solución a dejar a la víctima del daño moral sin asistencia o apoyo alguno. La tarea fundamental recaerá, entonces, en los jueces. Serán ellos los llamados a ejercer no una facultad discrecional, como equivocadamente han sostenido algunos fallos, sino a ponderar el cúmulo de antecedentes y factores mencionados, en busca de un equilibrio que ha roto una lesión que, como se ha señalado, afecta la esfera íntima de la víctima.

VI. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales

Para concluir este trabajo, comentaremos algunas sentencias pronunciadas sobre esta materia en el último tiempo.

Comencemos por señalar que nuestros tribunales de justicia no han establecido una doctrina sobre el daño moral lo cual, unido a la disparidad de criterios que se observa a la hora de fijar el monto de las indemnizaciones, ha transformado esta cuestión en un laberinto jurídico. No exageramos. Las decisiones respecto de esta cuestión acusan diferencias inaceptables que, por cierto, en nada prestigian el derecho. Creemos que bien vale la pena acometer un esfuerzo, no sólo para dar una cierta uniformidad a las decisiones sobre la materia, sino, también, para conceptualizar el daño moral. De los muchos antecedentes que describimos en el acápite anterior, que sirven para la determinación del llamado *quantum resarcitorio*, deberíamos saber con certeza cuáles son preponderantes, cuál es el criterio de la jurisprudencia respecto de cada uno de ellos, en qué forma debe caracterizarse el daño moral, cuáles son sus presupuestos, sus requisitos y exigencias. La jurisprudencia está en deuda, dificultando la sistematización de una cuestión cada día más relevante.

En las páginas siguientes nos limitaremos a transcribir y comentar algunas aseveraciones de nuestros tribunales superiores de justicia sobre el daño moral, a fin de conocer las ideas matrices que parecen predominar.

En sentencia de 11 de diciembre de 2008, los Ministros señores Pedro Pierry y Héctor Carreño emitieron un voto disidente en el cual se manifiestan partidarios de anular de oficio un fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, dejando sin efecto una sentencia que otorgaba una indemnización por daño moral en materia contractual. ⁷⁵

El considerando primero del voto disidente expresa lo siguiente:

“Primero: Que si bien se admite la indemnización del daño moral en la esfera de la responsabilidad contractual, tal como lo ha reconocido esta Corte, concediéndola, ello sólo ha sido admitido en aquellos casos en que las obligaciones a que da lugar el negocio contractual de que se trata no se limitan exclusivamente al logro de resultados puramente materiales o patrimoniales.

“En efecto, esta clase de resarcimiento procede únicamente en eventos en que la convención extiende su ámbito al resguardo y protección de bienes extrapatrimoniales o cuando comprende intereses que claramente ya no conciernen al patrimonio, sino a la personalidad moral del sujeto, como su afectividad, su estabilidad emocional, su integridad moral, etc.

“Segundo: Que de esta manera, entonces, es posible explicar que si de ordinario el incumplimiento en este orden sólo lesiona de modo directo intereses económicos o concernientes al patrimonio del contratante acreedor, el Código Civil, en su artículo 1556, señala únicamente como rubros de lesión o detrimento a considerar en la evaluación judicial provocada por tal incumplimiento el daño emergente y el lucro cesante, ambos de indiscutible carácter material.

“Por el contrario, es posible afirmar que si el negocio afecta no sólo a derechos e intereses patrimoniales, su inejecución puede, causal y directamente, menoscabar derechos o intereses de una naturaleza puramente personal, propia de la intimidad del acreedor, circunstancia que hace posible el otorgamiento de una indemnización que repare el dolor o quebranto espiritual sufrido por el demandante.

“Tercero: Que en la especie, atendido el contenido y la naturaleza de la convención que origina la controversia –un contrato de ejecución de obras–

⁷⁵ Rol N°2367-2007 de la Corte Suprema.

las obligaciones a que ella dio lugar quedaron limitadas exclusivamente al resultado material de las mismas. Por ello, no resulta procedente acceder al daño moral solicitado por el actor en su demanda, como lo hizo la sentencia recurrida, pues en este caso no se dan los supuestos a que se ha hecho referencia en los motivos anteriores; y, en consecuencia, al acceder a su resarcimiento, los sentenciadores de la instancia han incurrido en una infracción del artículo 1556 del Código Civil, la que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y que sólo puede ser remediada mediante la invalidación del mismo”.

Creemos que es esta la doctrina correcta, ya que la responsabilidad contractual se funda en el incumplimiento de una obligación específica, debidamente descrita en la convención, de suerte que los perjuicios que provoca el incumplimiento están delimitados y no pueden extenderse sino a aquellos que derivan de dicho incumplimiento. En consecuencia, forzoso resulta reconocer que la indemnización por daño moral en materia contractual sólo alcanza a las obligaciones de contenido extrapatrimonial. Creemos que el voto disidente que comentamos expresa con precisión y claridad este planteamiento.

En sentencia de 17 de marzo de 2009, de la Corte Suprema,⁷⁶ recaída en recurso de casación en el fondo rechazado, considerando duodécimo, se expresa lo siguiente:

“Que, en todo caso, se reclama por este segmento el resarcimiento de los perjuicios por el daño moral ocasionado con el injusto, sin que se haya rendido prueba sobre este tópico, planteamiento que no puede prosperar dado que los acontecimientos probados no pueden sino causar profunda aflicción y dolor, sufrimiento que, a fin de procurar una reparación completa del daño experimentado, debe ser indemnizado, pero su regulación, habiéndose establecido los presupuestos fácticos que lo tornan procedente, la hace privativa y prudencialmente el tribunal, teniendo especialmente en consideración la calidad de las personas, la extensión del mal causado y las circunstancias en que se verificó el hecho, de modo que para ordenar su procedencia debe establecerse en el proceso el sufrimiento o dolor de la víctima, lo que desde luego origina dificultades para su apreciación pecuniaria, máxime si se trata de la pérdida definitiva de la hija y madre de los solicitantes, en circunstancias tan lamentables, pero una reparación monetaria de esta naturaleza sólo puede procurar, en lo posible, que el perjudicado tenga una satisfacción racionalmente equivalente. Así, sólo sobre la base de la prudencia y la equidad y apreciando legalmente los datos concurrentes que arroja el proceso acerca del perjuicio, debe expresarse el monto de la indemnización.

⁷⁶ Rol N°4538-08 de la Corte Suprema.

“Dentro de esta perspectiva los sentenciadores, en ejercicio de sus facultades, y el mérito de los antecedentes aparejados, que rola a fojas 292 a 294, 300, 301 y 309 a 311, regularon la referida pretensión en la suma de cincuenta millones de pesos, proceder que no resulta posible calificarlo contrario a derecho”.

La sentencia, en la parte trascrita, deja en evidencia una cierta confusión del Máximo Tribunal, puesto que no resulta claro si el daño moral se presume de las circunstancias en que ocurrió el injusto o debe ser acreditado y, en tal caso, cuáles son elementos que lo demuestran. Sobre este punto, parecen entender los falladores que el daño moral consiste en el “precio del dolor” (*pretium doloris*), posición superada por la doctrina y la moderna jurisprudencia. Lo que sí resulta rescatable es la decisión sobre que el monto de la indemnización por daño moral no es susceptible de revisarse por medio del recurso de casación en el fondo, correspondiendo su fijación a los tribunales del fondo. Nótese, en todo caso, que la sentencia reconoce que no se ha rendido prueba; asimismo que su determinación queda entregada privativamente a la prudencia del tribunal (lo que nos parece muy cercano a la determinación discrecional, como se ha sostenido en varios fallos, especialmente de carácter penal); y que la fijación del monto de la indemnización procura “una satisfacción racionalmente equivalente”. Ninguna de estas aseveraciones se aviene con la doctrina y los avances experimentados por esta materia en la actualidad.

En sentencia de la Corte Suprema de 2 de julio de 2009,⁷⁷ en fallo de reemplazo, una vez acogido un recurso de casación en la forma, se señala en el considerando séptimo:

“Séptimo: Que el daño moral, entendido por tal el sufrimiento, dolor o aflicción psicológica que lesiona el espíritu de afecto y de familia y que se manifiesta en pesadumbre y depresiones de ánimo, permite a este tribunal sin lugar a dudas presumirla de los antecedentes establecidos en los autos. En efecto, el actor, a pesar de prestar servicios al demandado por cuatro años, sin contrato escrito y sin cumplírsele las obligaciones de seguridad social, sufrió un accidente del trabajo que le ocasionó lesiones en su mano izquierda y la amputación de su dedo medio, motivo por el cual debió asistir a curaciones y a rehabilitación. Este daño corporal le produjo cambios no sólo en su anatomía, sino que también en su personalidad en la forma en que debe enfrentarse al resto de las personas y a su trabajo”.

Por justa que pueda parecer esta decisión, se vuelve a la presunción del daño moral, fundándola en las circunstancias que rodean el ilícito que se reprocha. Más aún, la Corte describe varias manifestaciones representativas de daño ex-

⁷⁷ Rol N°2.118-2009 de la Corte Suprema.

trapatrimonial (pesadumbre, depresión de ánimo, sufrimiento, dolor, aflicción psicológica), sin aludir de manera alguna a las pruebas que lo demuestran. Acto seguido, obrando discrecionalmente, se tasa el daño moral en \$15.000.000, sin aludirse a ningún criterio que lo sustente, ni siquiera a la magnitud del daño patrimonial, a la conducta del demandado y los auxilios que debió brindar a su empleado, u otras circunstancias que rodean el caso.

En sentencia de reemplazo de la Corte Suprema de 26 de Noviembre de 2009,⁷⁸ considerandos quinto y siguientes, se establece, en lo relativo a la prueba y naturaleza del perjuicio en que se funda la pretensión indemnizatoria, la siguiente doctrina:

“Quinto: que, además, cabe recordar que la indemnización del daño –incluso el moral– requiere que sea cierto, esto es, que sea real y no hipotético, no existiendo método en nuestro ordenamiento jurídico para satisfacer este requisito, que no sea el de su demostración por los medios de prueba aceptados por la ley, desde que, mediante la prueba, se garantiza que el juzgador se encuentra convencido acerca de la verdad de las proposiciones de las partes en el proceso.

“Sexto: Que, acorde con esta premisa, para dilucidar si la parte que reclama la existencia del daño extrapatrimonial tiene derecho a ser indemnizada es menester determinar si ha probado los elementos invocados para darle sustentación”.

En los siguientes considerandos esta sentencia analiza la prueba rendida, concluyendo:

“Décimo: Que, así las cosas, quien ha formulado la pretensión no ha cumplido con la carga probatoria que le empecía, sin que pueda suponerse a priori el menoscabo efectivo por la sola existencia de las lesiones que sufrió la actora.

“Undécimo: Que, en consecuencia, no es posible acceder a la demanda, por no haberse comprobado la concurrencia de uno de los requisitos de la responsabilidad extracontractual, esto es, el daño. En tales circunstancias, resulta inoficioso referirse al análisis de los restantes requisitos de este tipo de responsabilidad”.

Como puede observarse, esta vez, se rechaza la posición anterior de acuerdo a la cual el daño moral debe (o puede) presumirse de las circunstancias que rodean el ilícito. En este caso, se exige que el afectado acredite, por los me-

⁷⁸ Rol N°1.436-2008 de la Corte Suprema.

dios de prueba establecidos en la ley, la existencia del daño, presupuesto de la certidumbre del mismo. No cabe duda que la doctrina seguida en este fallo es la correcta y que el daño moral debe ser acreditado, no obstante los obstáculos con que pueda tropezarse. De las contradicciones que denunciarnos, se sigue que la Corte Suprema parece sensibilizarse ante los hechos capaces de provocar daño moral y, en su afán por hacer justicia, sobrepasa los márgenes de la legalidad.

En sentencia de 18 de marzo de 2010 de la Corte Suprema,⁷⁹ recaída en recurso de casación en el fondo, fallo de reemplazo, considerandos segundo y tercero, se consigna la siguiente doctrina.

“Segundo: Que, sentado lo anterior, procede discurrir sobre los daños morales que aquel deterioro físico constatado y no discutido pudo haber irrogado a las demandantes lesionadas. En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia reiterada de esta corte de casación expresa que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que significa molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona que es imputable a otra. Daño que, sin duda, no es de naturaleza propiamente económica y no implica, por lo tanto, un deterioro o un menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva. Atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como su monto.

“TERCERO: Que, entonces, la naturaleza del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, sino que se trata de un hecho evidente que las lesiones físicas sentidas por un sujeto causan un sufrimiento, que no requiere de demostración. En efecto, el daño moral puede ser inferido a partir de circunstancias incuestionables, como son la aflicción del padecimiento que incuestionablemente le provoca a una persona la afectación de su integridad física.

“Lo anterior no es más que la aplicación práctica de la regla que la doctrina denomina **ipsa loquitur**, esto es, ‘la cosa habla por sí misma’, procedente de los ordenamientos del *Common Law*, de acuerdo al cual el mero hecho de la producción de un daño explica, por sí mismo, la historia y el origen de su causación, de manera que si se produce un resultado dañoso que

⁷⁹ Rol N°3.383-2009 de la Corte Suprema.

normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de la esfera de acción.

En la misma dirección debe tenerse en consideración que en la materia lo normal es lo que se presume y lo extraordinario lo que debe ser probado, y así la jurisprudencia ha señalado que: '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 de la misma desgracia' (CS.8.11.1944. RDJ t, XLII. Sec.1ª, 392").

Creemos que esta sentencia fija un criterio muy diverso del que corresponde, ya que postula, ni más ni menos, que el daño moral debe presumirse, atendida su naturaleza subjetiva y las diferencias que se observan respecto del daño patrimonial. No es esta, sin embargo, la doctrina que se desprende de nuestro sistema normativo. No rechazamos la posibilidad de que la Corte Suprema sustente, respecto del daño moral, una posición propia, mucho menos si ella se profundiza a través de los fallos de casación. Pero lo que no nos parece posible es una dispersión tan radical de las opiniones y los juicios. Se preguntará el lector cuándo debe entenderse que el daño moral debe ser probado y cuándo debe entenderse que se presume, qué características debe tener la lesión que provoca el daño moral para que "hable por sí mismo", cuáles son los padrones que sirven para la determinación de su cuantía, etcétera. Es efectivo que el problema –ya planteado– consiste en justificar la reparación de bienes extrapatrimoniales mediante la dación de bienes patrimoniales (el dinero es el más patrimonial de los bienes), con todo el fardo de inconsistencias que ello provoca. Es igualmente efectivo que se trata de un menoscabo subjetivo que hiere la esfera íntima de la persona, lo que dificulta la valoración dineraria de la lesión. Tampoco puede negarse que en las lesiones corporales se exterioriza con más fuerza la pérdida de valores extrapatrimoniales, induciendo a los sentenciadores a buscar correctivos que compensen, al menos en parte, la situación que enfrenta la víctima. Todos estos aspectos exigen un esfuerzo que, en el día de hoy, sólo puede provenir de la doctrina y la jurisprudencia.

En resumen, la jurisprudencia del tribunal de casación lejos de aclarar el problema lo enturbia, incurriendo en contradicciones y vacíos. Da la impresión de que cada sala de nuestro más alto tribunal de justicia tiene una idea propia sobre el daño moral y el estatuto que cabe aplicar a su respecto. No es este, ciertamente, el rol que cabe a un tribunal de esta especie, encargado de armonizar la interpretación (aplicación) de la ley y hacer posible la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Estas discrepancias bien valen un esfuerzo uniformador de la jurisprudencia.

VII. Conclusiones

Intentaremos resumir, brevemente, las principales conclusiones extraídas de este estudio, siempre con el peligro de dejar incompletas nuestras observaciones.

1. El problema que desata la reparación del daño moral tiene su origen en la aplicación de normas y principios consagrados para el resarcimiento del daño material, asimilando, de esta manera, dos realidades diferentes que no pueden homologarse razonablemente. La doctrina jurídica y la jurisprudencia han realizado esfuerzos muy poco logrados en este sentido, tropezando, continuamente, con la diversidad natural del daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. Se ha pretendido aplicar al daño moral la normativa propia del daño material, provocándose toda suerte de contradicciones, vacíos e insuficiencia.

2. No se ha puesto acento en la circunstancia de que, para analizar esta materia, es necesario distinguir claramente el acto que produce el daño y el daño mismo. Creemos nosotros que ambas cosas, a diferencia de lo que sucede en el campo del perjuicio patrimonial, se presentan separadamente. Cuando se viola o quebranta un derecho subjetivo, el daño material sobreviene causalmente en forma necesaria e inmediata. No ocurre lo mismo con el daño extrapatrimonial, ya que primero se afecta un derecho subjetivo (lo que genera por lo general un daño material por ínfimo que sea), proyectándose el efecto dañoso al ámbito interno e íntimo de la persona humana afectada.

3. El daño moral, por lo tanto, sobreviene como consecuencia de la lesión a un derecho subjetivo, cuando dicha infracción es de tal envergadura y virulencia que sobrepasa la esfera meramente material (externa) del sujeto, alcanzando la esfera íntima del individuo, en la cual se depositan los más preciados derechos e intereses extrapatrimoniales. De aquí que el daño moral sea siempre "presuntivo", porque resulta imposible medirlo objetivamente y, mucho menos, fijar padrones generales que sirvan para asimilar a quienes son víctimas del mismo.

4. El daño moral comprende los "intereses legítimos" de carácter extrapatrimonial, pero siempre que la lesión sea producto de la afectación de un derecho subjetivo que se proyecta al interior del sujeto, lesionando la esfera íntima propia de cada ser humano. Por ende, la lesión de un interés legítimo, no protegido por el derecho objetivo ni transformado en derecho subjetivo, no da lugar a responsabilidad. Sólo procede la reparación indemnizatoria de los "intereses" cuando ellos son afectados por el quebrantamiento de un derecho subjetivo del sujeto dañado.

5. De lo anterior se sigue que las personas ficticias o personas jurídicas carecen de legitimación activa para reclamar una indemnización pecuniaria, ya que

ellas no están dotadas de una esfera íntima en la cual se depositan los valores del espíritu (sentimientos, afectos, autoestima, dignidad, lealtad, etcétera), ni poseen bienes e intereses extrapatrimoniales. Los que parecen tener la calidad de tales son bienes materiales que se intercambian en el mercado y se valorizan económicamente (clientela, prestigio, trayectoria histórica, identidad con sectores de consumidores, etcétera).

6. Si el resarcimiento indemnizatorio relativo al daño moral no se encuentra regulado en el derecho chileno, debe estimarse que se trata de una "laguna legal" (con la agravante de que su indemnización resulta ser en este momento un imperativo en el ámbito social). Procede, por lo tanto, integrar esta laguna legal, aplicando los elementos que recoge la doctrina y la ley: analogía, principios generales de derecho y equidad natural. Es esta, a nuestro juicio, la manera que superar la insuficiencia legislativa sobre el particular. Por reacia que haya sido nuestra jurisprudencia a abordar la integración de las lagunas legales, no obstante pesar sobre ella el principio de "inexcusabilidad" (hoy de rango constitucional), este es el único camino jurídicamente idóneo para resolver el problema.

7. El daño moral debe probarse, así se trate del llamado "daño moral por repercusión" o "daño moral puro". No es admisible la tesis según la cual el daño moral se "presume de la situación" angustiosa o trágica que puede generarse por efecto del quebramiento de un derecho subjetivo ("las cosas hablan por sí mismas"). Facilitan la prueba del daño moral las manifestaciones externas que provoca, todas las cuales deben ser ponderadas por los jueces conforme los principios que informan la materia.

8. Existen diferencias importantes entre el daño moral en el campo de la responsabilidad extracontractual y en el campo de la responsabilidad contractual. En el primero, el principio de "reparación íntegra del daño" facilita su establecimiento y consagración (artículo 2329 del Código Civil). En el segundo, el daño moral no puede exceder aquello que es posible prever causalmente como consecuencia del incumplimiento de la obligación contraída y no cumplida en la forma y tiempo convenidos (principio de "daños programados"). Por otra parte, el resarcimiento del daño moral sólo alcanza a las obligaciones de contenido extrapatrimonial, vale decir, de aquellas obligaciones en que están presentes los valores, intereses y sentimientos íntimos de la persona víctima del incumplimiento contractual.

9. La naturaleza jurídica de la indemnización del daño moral, en nuestro derecho, puede calificarse como "compensatoria-satisfactiva". Toda indemnización tiene por objeto resarcir una lesión, así se trate de un derecho o de un interés legítimo. A esta regla no escapan los daños de naturaleza extrapatrimonial. Sin embargo, como la cantidad de dinero representativa de la reparación no

reemplaza de manera alguna los bienes, valores e intereses afectados, ella procura el acceso de la víctima a otros bienes, placeres o beneficios que sirvan para mitigar o superar el daño moral. No es posible dar a esta indemnización otro alcance, ya que, en el fondo, se trata de reemplazar un bien no susceptible de apreciación pecuniaria por una cantidad de dinero (el bien patrimonial por excelencia). No existe otra medida para resarcir el daño moral. Es preferible asumir su imperfección antes que dejar en la impunidad la lesión de los valores más preciados del ser humano.

10. El daño moral puede coexistir con el daño material. Ello sucederá en la inmensa mayoría de los casos. Entre ambos existe una recíproca dependencia, ya que el daño moral puede provocar un daño material y viceversa. Es difícil concebir una lesión exclusivamente moral, si se acepta que el daño extra-patrimonial sólo se gesta como consecuencia de la infracción a un derecho subjetivo y la capacidad de aquella para alcanzar la esfera íntima de la persona humana. Por lo tanto, siempre habrá un daño material, por ínfimo que este sea, que derivará de la lesión al derecho subjetivo. No puede perderse de vista el hecho de que todo daño moral afecta a la persona en su identidad física y espiritual. Resulta, por lo tanto, imposible separar absolutamente ambas áreas del ser humano.

11. Para la tasación del daño moral es posible ponderar el hecho ilícito que lo provoca; el derecho o interés lesionado; la calidad y condición de la víctima y el victimario; la virulencia, agresividad y carácter del atentado; el contenido e importancia del derecho subjetivo que da lugar a la producción del daño moral; el hecho de que la lesión haya ocurrido en el ejercicio de una actividad lucrativa o no lucrativa; etcétera. El juez dispone de varios elementos para calcular el *quantum* de la indemnización. Todos los factores indicados parecen importantes, pero serán los jueces los llamados a seleccionarlos y atribuirles mérito.

12. Finalmente, debe destacarse el hecho de que la creciente preocupación y desarrollo de esta materia es consecuencia de la expansión e importancia que han cobrado los derechos esenciales de la persona humana. Desconocer el resarcimiento del daño moral equivaldría a prescindir de uno de los aspectos esenciales de la dignidad y respeto que merecen los seres que poblamos este planeta.

Hasta aquí las principales conclusiones que se proponen. Ellas resultan de la tesis planteada en este trabajo, respecto de la producción, naturaleza y reparación del daño moral.

Nadie puede desconocer que se trata de una cuestión que no admite vuelta atrás. Con ello queremos reconocer que la actual tendencia, que seguramente se seguirá profundizando, extiende el daño moral a todos los campos del

quehacer jurídico. Por lo mismo, es necesario promover su discusión y análisis, como aporte a una necesidad jurídica que será cada día más apremiante.

En este momento, hay que reconocerlo, la teoría sobre el daño moral, sin perjuicios de los valiosos aportes realizados por la doctrina, constituye un laberinto jurídico.