

DEL DAÑO MORAL Y SU CUESTIONABLE
TRATAMIENTO DESDE LA ÓRBITA
DE UNA ACCIÓN COLECTIVA O DIFUSA
(COMENTARIOS A LA LEY N° 21081
QUE MODIFICA LA LEY N° 1496,
SOBRE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES)

OF THE MORAL DAMAGE
AND ITS QUESTIONABLE TREATMENT FROM
THE ORBIT OF A COLLECTIVE OR DIFFUSE
ACTION (COMMENTS TO THE LAW N° 21081
THAT MODIFIES THE LAW N° 19496,
ON PROTECTION OF THE RIGHTS
OF THE CONSUMERS)

*Renzo Munita Marambio**

RESUMEN: El daño moral es un agravio complejo. Aquello se evidencia en las dificultades de conceptualizarlo, de demostrarlo, así como valorarlo. Lo que sí está claro, es que ataca la faceta más íntima de la persona. De aquí que deba ser entendido como un agravio personalísimo. Lo anterior provoca consecuencias. A través de este trabajo nos concentramos en una de ellas: su cuestionable tratamiento desde la órbita de una acción colectiva o difusa invocable desde los linderos de la ley n.º 19496 sobre protección a los derechos de los consumidores, recientemente modificada por la ley n.º 21081 de 13 de septiembre de 2018.

PALABRAS CLAVE: Daño moral - Daño extrapatrimonial - Daño personalísimo - Daño individual - Acción colectiva o difusa.

* Doctor en Derecho por la U. Grenoble Alpes (UGA, Francia). Profesor investigador y de Derecho Civil de la Universidad del Desarrollo. Correo postal: Ainavillo 456, quinto piso, Concepción. Correo electrónico: renzomunita@udd.cl.

ABSTRACT: Moral damage is a complex grievance. This is evident in the difficulties of conceptualizing it, of demonstrating it, as well as assessing it. What is clear is that it attacks the most intimate facet of the person. Hence, it must be understood as a personal injury. The above causes consequences. Through this work we focus on one of them: its questionable treatment from the orbit of a collective or diffuse action that can be invoked from the boundaries of Law n.° 19496 on the protection of consumer rights, recently amended by Law n.° 21081 of September 13, 2018.

KEYWORDS: Moral damage - Non-pecuniary damage - Personal injury - Individual damage - Collective or diffuse action.

NOTAS INTRODUCTORIAS

El problema que pretendemos exponer a través de estas líneas, tiene relación con el tratamiento del daño moral, el cual, en razón de sus conceptos, nociones y aproximaciones, requiere, en nuestro entender, de prueba específica e individual del afectado: el agravio impacta la intimidad subjetiva de la víctima. La antítesis a la afirmación expuesta se identifica con la valoración colectiva del daño moral o, en otros términos, con su evaluación su valoración en globo o en bloque. Con todo, nuestro legislador consumerista recientemente abrió la puerta para que dicha antítesis pudiera materializarse. Aquello puede apreciarse desde el mérito de la reciente reforma a la ley sobre protección de los derechos de los consumidores n.° 19496, la que habilita, como se verá, a que el juez pueda ordenar resarcimientos de daños morales, desde la órbita de una acción colectiva. Contestamos el criterio plasmado en la ley. Entendemos que, en el ejercicio de una acción de esta naturaleza, solo podrían, al menos dogmáticamente, ser perseguidas reparaciones de daños patrimoniales, los cuales van en la línea de un agravio que bien puede representar la misma magnitud gravosa respecto de una diversidad de afectados.

PLAN

El defecto legislativo que indicamos en el acápite anterior debe entenderse desde el análisis de la naturaleza del daño moral. Es por lo anterior que en una primera parte nos ocuparemos de un análisis de fondo del agravio en mención (I), el que esperamos permita justificar nuestro cuestionamiento al tratamiento del mismo, desde la lógica de una acción de corte colectivo o difuso deducida en clave consumerista (II).

I. EL DAÑO MORAL, UN AGRAVIO COMPLEJO

Como el alfa y el omega de la responsabilidad. Así ha sido entendido el daño por algunos autores extranjeros¹. A su turno, doctrina nacional autorizada lo entiende como aquella “condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil”². En otros términos, obedece al elemento diferenciador del instituto resarcitorio de otros tipos de tutelas³.

Por otro lado, bien sabemos que la reparación puede ser motivada a propósito de diversos tipos o categorías de perjuicios, siendo ellos de carácter patrimonial y extrapatrimonial o moral. La diferencia entre ellos es nítida. Mientras el primero de ellos amerita una valoración pecuniaria equivalente, sea al bien jurídico distraído del patrimonio del vulnerado –en su modalidad de daño emergente–, sea al incremento patrimonial obstaculizado –en su modalidad de lucro cesante–⁴; el segundo, tiene por destino y vocación impactar una esfera de corte íntimo de la víctima, cuya existencia y valoración, en razón de su naturaleza, resulta de confusa determinación. La complejidad del daño moral, nos parece entonces evidente, aquello puede ser refrendado mediante una revisión general relativa al tratamiento con el que nuestra doctrina se ocupa del daño moral, ilustrándola mediante referencias jurisprudenciales.

Las dificultades que conlleva este especial agravio han motivado que su reconocimiento pretoriano haya sido bien posterior a la dictación del *Código Civil*, en sede extracontractual⁵; y aún más tarde en sede contractual⁶.

¹ DURRY (2010). El indicado profesor expone: “a menudo se ha dicho y escrito que el perjuicio ocupa un dominio menor en el derecho de la responsabilidad, si es que se compara con el hecho generador, multiforme, o respecto del vínculo de causalidad, tan difícil de definir. Por mi parte no estoy persuadido de aquello. Más bien veo en el perjuicio el alfa y el omega del derecho de la responsabilidad. Alfa, porque sin perjuicio no hay víctima a resarcir, luego no cabe hablar de acción de reparación, ni tampoco proceder a examinar el hecho generador ni el vínculo de causalidad; omega, puesto que la asignación de una indemnización de perjuicios a la víctima, es el objetivo final de toda acción de responsabilidad”.

² BARROS (2006), p. 215.

³ No desconocemos aquellas posturas que atribuyen a la responsabilidad civil funciones punitivas y preventivas, que presentan vocación a intervenir bajo ópticas diversas al resarcimiento de los perjuicios padecidos. Respecto de este punto sugerimos consultar AEDO (2006), p. 39 y ss.

⁴ El propósito de este trabajo no persigue ingresar en el análisis doctrinario sobre el daño patrimonial. Sin perjuicio de lo anterior, puede ser revisado en este punto: BARROS (2006), p. 230 y ss.; CORRAL (2013), p. 142 y ss.; RODRÍGUEZ (2003), p. 289 y ss.; AEDO (2006), p. 367 y ss.

⁵ Sentencia Excma. Corte Suprema de 16 de diciembre de 1922, “Vaccaro con The Chilean Electric Tramway and Light Cía. Ltda.”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXI, sec. 1ª, p. 1053.

⁶ Sentencia Excma. Corte Suprema de 20 de octubre de 1994, “Rafart Mouthon, María con Banco de Chile”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCI, sección 1ª, p. 100.

La discutida incorporación a nuestros precedentes jurisprudenciales obedece necesariamente a su insuficiencia, en cuanto instrumento jurídico, de restablecer la situación de la víctima al estado anterior a la verificación del hecho generador de responsabilidad. Así, el dolor, la aflicción o el impacto en los afectos, mal podría ser entendido como reparable. Nada puede devolver el dolor por perder a un ser querido.

De aquí que el daño moral solo pueda ser objeto de compensaciones patrimoniales que permitan alcanzar en el afectado una satisfacción estimada como equivalente al agravio padecido. En este sentido, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo argumenta:

“ante la imposibilidad de traducir los perjuicios extrapatrimoniales en unidades monetarias, y por ende, en una lesión concreta al patrimonio, la consecuencia no puede ser sino, un rotundo rechazo a su reparación”⁷.

A su turno, el tratadista Enrique Barros Bourie enseña:

“el daño moral no puede ser objeto propiamente de reparación, de modo que la indemnización tiene una función compensatoria por los males que la víctima ha sufrido y por los bienes de que se ha visto privada”⁸.

En otros términos, la Corte Suprema, en fallo de 18 de octubre de 2017⁹, en su considerando noveno, declaró:

“la indemnización por daño moral es meramente satisfactiva, lo que viene a significar que con ella se pretende una ayuda o auxilio que le permita a la víctima atenuar el daño”.

Más allá de lo anterior, son razones de justicia las que motivaron a nuestros tribunales a asignar mérito indemnizatorio a un agravio que técnicamente no fue considerado por Andrés Bello a la época de la redacción del *Código Civil* –con la salvedad de lo dispuesto en el art. 2331, pero en este caso con el propósito de excluirlo expresamente–, ubicándolo dentro de una interpretación colmada en equidad de los arts. 2314 y 2329, en cuanto a la referencia sin distinciones al vocablo ‘daño’, o al de *todo daño*, respectivamente, utilizando por el codificador. Complementando, el profesor Cristián Aedo Barrera enriquece la argumentación mediante la referencia a diversas normas constitucionales que habilitan asimismo la acción indemnizatoria por daño moral¹⁰.

⁷ DOMÍNGUEZ (2000), p. 157.

⁸ BARROS (2006), p. 233.

⁹ Ana Arias Freire y otros con Municipalidad de Tirúa, rol 9196-2017 (CL/JUR/6819/2017).

¹⁰ AEDO (2006), p. 410.

Por otra parte, ha significado también un asunto relevante el análisis conceptual y dimensional del comentado perjuicio. Valoramos el trabajo de parte de la doctrina nacional por ocuparse de esta tarea, la que en términos del antes citado autor

“se trata de uno de los temas más complejos de la responsabilidad civil y que aún después de muchos años de su desarrollo, no existe consenso alguno, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia”¹¹.

En este sentido, el profesor Enrique Barros Bourie, se manifiesta partidario por una distinción entre daño extrapatrimonial y daño moral, por cuanto

“el término ‘daño moral’ tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daños a que hace referencia. En efecto, la idea de un daño ‘moral’, alude sólo imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como, por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida”¹².

Sin perjuicio de lo anterior, gran parte de la doctrina contemporánea se manifiesta a favor de una concepción amplia del daño moral. Así, luego de una interesante argumentación, el profesor Cristián Aedo Barrena concluye que el daño moral es el

“hecho jurídico consistente en todo menoscabo, detrimento, perturbación, privación y, en general toda lesión a los intereses jurídicos, de naturaleza extrapatrimonial, con excepción de la integridad física, como interés tutelado, que configura el daño corporal”¹³.

En esta línea, el profesor Hernán Corral Talciani, comenta:

“Daño moral es todo daño no patrimonial, capaz de comprender otros menoscabos que no admiten apreciación pecuniaria directa como, por ejemplo, el daño corporal o biológico, el daño a derechos de la personalidad, el perjuicio estético o la pérdida del gusto vital”¹⁴.

A su turno, el profesor José Luis Diez Schwerter se manifiesta categóricamente contrario a la distinción entre daño moral y daño no patrimonial o extrapatrimonial, entendiendo que:

¹¹ AEDO (2006), p. 435.

¹² *Op. cit.*, p. 231.

¹³ *Op. cit.*, p. 486.

¹⁴ CORRAL (2013), p. 144.

“el daño moral consiste en la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, que son aquellos que afectan –y aquí sigue a Santos Cifuentes– a la persona y lo que tiene la persona, pero que es insustituible por un valor en moneda, dese que no se puede medir con ese elemento de cambio”¹⁵,

y que posteriormente también recogiera la profesora Carmen Domínguez Hidalgo, indicando:

“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”¹⁶,

y más abajo agrega:

“el daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo”¹⁷.

La tesis amplia de los autores antes citados se erige como alternativa a la tradicional nomenclatura del daño moral, que lo identifica con el denominado precio de las lágrimas o *pretium doloris* que difundiera el decano Arturo Alessandri Rodríguez hace algunas décadas, identificando el agravio con la “molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”¹⁸, mientras que participando de este modelo de pensamiento, el profesor René Abeliuk Manasevich, lo conceptualiza como aquel daño

“que afecta los atributos o facultades morales o espirituales de la persona. En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc.”¹⁹.

Cabe destacar que el asunto debatido ha tenido también repercusión en la jurisprudencia nacional, la cual se ha inclinado por reconocer la lectura amplia del daño moral. Así, en sentencia de la Corte Suprema de 1 de junio de 2016²⁰ fueron consignados en el considerando décimo tercero algunos planteamien-

¹⁵ DIEZ (1995), p. 71.

¹⁶ DOMÍNGUEZ (2000), p. 83.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 84.

¹⁸ ALESSANDRI (2011), p. 164.

¹⁹ ABELIUK (2014), p. 295.

²⁰ Eduardo Urrejola González y otros, c. Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A., rol 10649-2015 (CL/JUR/3554/2016).

tos relativos a la amplitud que cabe al daño moral, con base en los estudios del citado profesor José Luis Diez Schwerter como de Marcelo Barrientos Zamorano. Así, el primero expone:

“un detenido análisis de nuestra jurisprudencia permite concluir que bajo el concepto de daño moral no sólo se resarce el *'pretium doloris'* sino que además los atentados a la integridad psicofísica en sí, los perjuicios estéticos, las alteraciones en las condiciones de vida, entre otros variados aspectos”²¹.

Mientras que el segundo ilustra:

“(...) si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral. Se resarce el daño no patrimonial incluso de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave”²².

Así las cosas, la Corte Suprema ordena, en definitiva, en el fallo y considerando indicado:

“En resumen, la doctrina y jurisprudencia prefieren ampliar la noción de daño resarcible a la lesión o afectación, sea de un derecho subjetivo reconocido formalmente, sea de un interés en la satisfacción de necesidades o bienes humanos de carácter privado. Para que éste pueda ser fundamento de un resarcimiento a título de responsabilidad civil debe ser cierto y directo con el hecho ilícito que funda la responsabilidad, todo lo que debe ser probado en el proceso”.

Otra manifestación del amplio espectro que comprende el daño moral, es la consignada en la sentencia de la Corte Suprema de 18 de octubre de 2017²³, que en su considerando octavo ordena:

“que, si bien no se encuentra en nuestra legislación un concepto unívoco de lo que se entiende por daño moral, su acepción más restringida elaborada por la doctrina se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como *pretium doloris*. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no sólo el *pre-*

²¹ DIEZ (2006), p. 129 y ss.

²² BARRIENTOS ZAMORANO (2008), p. 85 y ss.

²³ Ana Arias Freire y otros con Municipalidad de Tirúa, rol 9196-2017 (CL/JUR/6819/2017).

tium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos”.

El detalle antes evocado, esto es, el relativo a la dimensión conceptual y la referencia a corrientes de amplitud o de restricción del agravio que analizamos, nos permite afirmar que el daño moral constituye una perturbación personalísima del afectado. Consecuencia de lo anterior, es precisamente que en doctrina²⁴ se formulen y expongan diversas categorías de daños extrapatrimoniales, los cuales destacan aún más la especificidad del daño moral, en el sentido de que “el ilícito afecta intereses personalísimos que se proyectan hacia lo que hemos caracterizado como la esfera íntima de la persona”²⁵. Pues bien, los indicados intereses pueden ser analizados bajo imperativos particulares, tales como la pérdida de agrado, en los afectos, en el proyecto de vida o establecimiento, en aspectos relativos a la sexualidad, entre otros²⁶.

Es por lo anterior que no sea civilísticamente coherente someter el agravio a apreciaciones *in abstracto* o susceptibles de valoración en atención a modelos ideales, generales u objetivos. De aquí que su especial naturaleza requiera necesariamente de ejercicios probatorios particulares y concretos. En este sentido, será indispensable que la víctima (o que cada una de ellas) sea considerada por el juez en su individualidad y autonomía, consideración que estará determinada por una demostración suficiente del por qué estaría habilitada para aspirar a una legítima compensación de su daño moral. Al menos así lo exige la dogmática, la seguridad jurídica e, incluso, los “principios sustanciales y procesales que sostienen y fundamentan el moderno Estado de Derecho”²⁷.

Insistimos, el daño moral debe ser probado. En razón de lo anterior, nos oponemos a aquellas posiciones que se inclinan por liberar a la víctima de un supuesto daño moral de la prueba del mismo²⁸.

Como punto de argumentación en favor de la prueba, hacemos presente el lúcido criterio declarado por la Corte Suprema en fallo de 15 de enero de 2018²⁹, el cual dispuso en su considerando quinto:

²⁴ DOMÍNGUEZ (2000), p. 441.

²⁵ RODRÍGUEZ (2003), p. 327.

²⁶ No ingresaremos en el análisis, pues escapa al objetivo de nuestro trabajo.

²⁷ CARDENAS Y GONZÁLEZ (2007), p. 217. Para los autores, el suprimir la exigencia probatoria del daño moral “equivale a desplazar la atención de la reparación del perjuicio a la conducta dañosa; lo que en última instancia exalta la función punitiva que, al menos entre nosotros se pretende excluida del sistema de responsabilidad civil” (p. 218).

²⁸ DIEZ (2002), p. 141 y ss.

²⁹ Microgeo S.A. con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol: 36734-2017 (CL/JUR/269/2018).

“que, en cuanto a la demanda de indemnización de perjuicios por el daño moral, debe considerarse que aquél debe ser probado por quien lo reclama porque de acuerdo a la normativa que reglamenta la responsabilidad civil, el daño constituye un presupuesto para que ella se genere, de manera que si éste falta no hay responsabilidad. En este orden de razonamientos, quien pretenda beneficiarse con la aplicación de tal preceptiva deberá acreditar sus supuestos y uno de ellos es el daño”.

Más abajo, el indicado tribunal se hace cargo de la ausencia de eximentes en la prueba del daño, ordenando, en el considerando sexto, lo siguiente:

“que, en la misma línea de fundamentación, es preciso considerar que no hay disposición legal alguna que exima de la prueba a quien reclame el daño moral”.

Acto seguido, la Corte se pronuncia sobre los requisitos del daño indemnizable y reitera la exigencia probatoria, así en el considerando séptimo enseña:

“que además es del caso recordar que para que el daño incluso el moral sea indemnizable se requiere que sea cierto, esto es, que sea real y no hipotético. No hay otro método en nuestro ordenamiento jurídico para obtener que este requisito se cumpla, que no sea el de su demostración por los medios de prueba aceptados por la ley. En efecto, es la prueba la que garantiza que el juzgador se haya convencido acerca de la verdad de las proposiciones de las partes de un proceso”.

En fin, la argumentación concluye en el considerando octavo, en el cual se expresa que una incomodidad, por más importante que esta sea, no presenta las condiciones suficientes para tener por acreditado el padecimiento de un daño; expone la Corte:

“en efecto, la sola consideración de las contrariedades o disgustos que la situación producida pudo haber ocasionado al actor, conforme a los relatos de los testigos, no puede constituir un antecedente con aptitud bastante como para permitir estimar demostrado que efectivamente éste sufrió un daño, un deterioro, esto es, algo más que la simple molestia que puede provocar una situación desagradable, por mayor que sea ese desagrado”.

Influyentes autores nacionales se han inclinado por esta postura. En este sentido, la profesora Carmen Domínguez Hidalgo señala:

“al igual que el daño material, también requiere ser acreditado, puesto que tal exigencia de prueba no es que provenga de la naturaleza del perjuicio, sino que de principios probatorios procesales y sustantivos básicos”.

Y más abajo agrega:

“no cabe entonces introducir al respecto ninguna excepción en materia de daño moral so pena de transformarlo en un rubro indemnizatorio absolutamente arbitrario e incluso abusivo, que puede obtenerse con solo invocarlo y con ello se hace cuestionable”³⁰.

En el mismo sentido se manifiesta Hernán Corral Talciani: “como todo daño, el carácter moral de éste debe probarse”³¹; complementado luego:

“a nuestro juicio, la posición que sostiene que el daño moral no precisa de prueba es incorrecta, y desnaturaliza la función reparadora de la responsabilidad civil. El daño moral como requisito de la acción de responsabilidad debe ser acreditado legalmente. La sola transgresión de un derecho patrimonial o no patrimonial no es bastante para sostener la reparación, es necesario que se acredite que la violación ha causado un daño; una pérdida efectiva, un menoscabo de las condiciones materiales o inmateriales de la persona afectada”³².

José Luis DIEZ SCHWERTER, por su parte, ha manifestado:

“la existencia del daño moral debe ser probada por quien alegue haberlo sufrido (el actor). No existen daños morales evidentes, ni aun respecto de víctimas directas, por cuanto todo daño es excepcional y de aplicación restrictiva, no escapando a estas características el de índole moral. Su existencia, por ende, deberá ser acreditada no obstante las dificultades que ello pueda generar”³³.

Por su parte, el célebre Fernando Fueyo Laneri, a su turno, defiende la misma idea, en los siguientes términos:

“es preciso remarcar insistentemente que todo daño debe probarse, sea patrimonial, sea extrapatrimonial. El método y el objeto sobre que recae la prueba, y su extensión, serán diferentes según la clase de daño; pero ésta es una cuestión aparte y no hace excusable la prueba que se ha de rendir en todo caso. A mayor abundamiento, el daño en sí es excepcional y de aplicación restrictiva; mucho más el daño extrapatrimonial o moral. Obviamente, debe probarse...”³⁴.

³⁰ DOMÍNGUEZ (2000), p. 716.

³¹ CORRAL (2013), p. 157.

³² *Op. cit.*, pp. 160-161.

³³ DIEZ (1995), p. 127.

³⁴ FUEYO (1990), p. 106.

Por su parte, los medios de los que puede valerse el demandante son todos aquellos que la ley franquea. En este ámbito, la distinción que realizan los autores Hugo Cárdenas Villarroel y Paulina González Vergara nos parece del todo certera:

“más allá de la afirmación general de la exigencia de prueba para el establecimiento de la existencia del daño moral, nuestra jurisprudencia ha comenzado, creemos acertadamente, a establecer para estos efectos dos tipos de daños morales: a) aquellos cuya existencia puede presumirse; y b) aquellos cuya existencia debe ser acreditada mediante pruebas distintas a la de presunciones o no solo por estas”³⁵.

Así las cosas, percibimos en fallos recientes, que, en materia de daños corporales³⁶, los tribunales comúnmente presumen el daño moral propio, como aquel de las víctimas por repercusión, léase parientes cercanos.

En cuanto al daño moral derivado del agravio corporal, se ha resuelto por la Corte Suprema, en fallo de 11 de agosto de 2015³⁷, lo siguiente:

“que si bien esta Corte ha sostenido que en términos generales el daño moral, en cuanto presupuesto para que se genere la responsabilidad civil, debe ser probado por quien lo reclama, cuando el menoscabo deriva de las lesiones físicas sufridas por la víctima que demanda su reparación, se suele señalar por la doctrina y la jurisprudencia que el daño moral sería un hecho de normal ocurrencia y que, por ello su existencia puede colegirse mediante presunciones y acorde al principio de normalidad, de las circunstancias en las que ocurre el hecho, de modo tal que si el daño moral se sigue del daño corporal es posible concluir que la víctima ha sufrido un daño de naturaleza no patrimonial que debe ser reparado”.

En el mismo sentido, el citado tribunal en sentencia de 21 de febrero de 2018³⁸, ordenó en su considerando noveno:

“que en razón de los presupuestos antes expuestos, como esta Corte ya ha señalado, se debe concluir que, si bien, el daño moral debe ser acre-

³⁵ CÁRDENAS y GONZÁLEZ (2005), p. 184.

³⁶ Por nuestra parte, estimamos que el daño corporal debería obedecer a una nomenclatura de daño separado del agravio moral, punto en el que no ingresaremos en este trabajo para no desviarnos del núcleo del mismo. Sobre este punto puede verse ELORRIAGA DE BONIS (1995).

³⁷ Rubio Castro, José Marcelo con Alvi Supermercados Mayoristas S.A”, rol: 732-2015. Disponible en www.infojuris.cl/jurisprudencia-judicial-civilrecurso-de-casacion-en-el-fondo-responsabilidad-extracontractualprueba-dano-moral/

³⁸ Bernarda Olmos Bruna con M. Angélica Hernández Pino, rol 7085-2017 (CL/JUR/884/2018).

ditado para que proceda su indemnización, su demostración depende del caso concreto en que se reclama, y si su contexto se vincula con la existencia de lesiones corporales acreditadas, es menester tener en consideración que ordinariamente producen dolor físico, noción que claramente integra el concepto de daño moral y al que, además, deben añadirse las molestias propias derivadas del tratamiento médico necesario para su recuperación”.

En cuanto al daño moral padecido por víctimas por repercusión, la Corte Suprema, en sentencia de 4 de abril de 2018³⁹, en su considerando quinto expuso:

“en el caso presente, considerando las características del ser humano, su sensibilidad y sus afectos, es de presumir que el sufrimiento y riesgos de salud que soportó el menor dañado produjeron en él una angustia y un menoscabo psicológico que merece ser indemnizado”,

y más abajo:

“por esa misma explicación es presumible que la madre padeció un sufrimiento al constatar el estado de su hijo por el accidente y por las intervenciones a las que hubo de someterse como consecuencia”.

En similar espíritu se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Concepción, que, por sentencia de 22 de diciembre de 2017⁴⁰, dispuso en su considerando octavo:

“que, asimismo, cuando se trata de atentados contra la vida o la integridad física de la víctima, que afecten como en este caso a sus parientes más cercanos, como lo son los padres del menor afectado y este último por el sufrimiento directo por el daño corporal causado, es indudable que tal hecho ilícito trae consigo un dolor, un sufrimiento, angustia espiritual que, en concreto, no se necesita demostrar, por cuanto es tal la evidencia de esa aflicción en un ser normal, que el daño queda establecido así en virtud de una presunción judicial construida en base a estos hechos, que son graves precisos y concordantes”;

para referirse al principio de la normalidad en el considerando siguiente:

“que debe señalarse que el primer principio probatorio en materia civil es el denominado, en doctrina, de la normalidad y, según éste, el que alega

³⁹ María Rossi Sánchez con Colegio Academia de Humanidades, rol 12176-2017 (CL/JUR/1528/2018).

⁴⁰ Natalia Aburto Farías y otros con Municipalidad de Cabrero, rol 926-2017, disponible en www.pjud.cl.

lo normal, lo ordinario, lo común, no necesita acreditarlo, correspondiendo el peso de la prueba, al que invoca lo anormal, lo extraordinario, lo fuera de lo común. Pues bien, lo normal, lo corriente, lo ordinario, será que si un hijo menor sufre lesiones y queda con secuelas por una deficiente atención y una falta de servicio en las circunstancias graves establecidas, su grupo familiar formado principalmente por sus padres y el menor afectado, sufra aquellos daños morales, no necesitan justificar ese sufrimiento, debiendo el tribunal tenerlo por probado y regular la indemnización de acuerdo al mérito de los antecedentes, y desde luego, de manera prudencial en ausencia de baremos legales al efecto”.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la presunción judicial de daño, respecto de parientes de quien ha sufrido un daño corporal, no necesariamente obedece a un ejercicio ajustado al buen derecho. Lo anterior, por cuanto no bastaría con acreditar el vínculo familiar, sino que nos parece del todo conveniente que sea demostrada la cercanía afectiva en el mismo, la proximidad sentimental, en definitiva, el por qué el daño corporal padecido puede ser entendido como motivo del daño moral de un tercero o de una víctima por repercusión. Lo anterior es enseñado por el profesor Fernando Fueyo Laneri, como se indica a continuación:

“podría ocurrir, supuestamente –y así sucede a veces–, que la muerte de mi hermano no constituya en verdad un agravio a un sentimiento familiar mío, pues me llevaba mal con él, visiblemente; hasta habíamos tenido frecuentes riñas y aun pleitos escabrosos entre nosotros. Lejos de sentir un agravio, a lo mejor resultó para mí un alivio o solución dicha muerte. ¿Por qué, además, me habrían de pagar por su muerte en tales circunstancias?”⁴¹.

Lo antes expuesto nos da pie para referirnos a que el empleo de las presunciones judiciales requiere ser antecedido de una justificación pretoriana adecuada. No debe ser olvidado que el razonamiento presuntivo, si bien libera al demandante de probar, no lo libera de toda prueba. Luego, entonces, no se traduce en una total exención en la demostración, sino que, más bien, en una dispensa limitada al objeto de la prueba. En este sentido, los hechos que permiten al juez deducir o inferir el derecho que se reclama deben ser acreditados por el demandante. Es por lo anterior que estimamos que, en su sentencia, el juez debe hacerse cargo de ello y, en consecuencia, si los hechos no han sido suficientemente demostrados, no puede ser retenida ninguna presunción. Sostener lo contrario implica necesariamente desnatu-

⁴¹ FUEYO (1990), p. 107.

realizar el instrumento presuntivo y transformarlo en una fuente de ficciones de agravio. En otros términos, el autor Cristián Aedo Barrena considera que en el demandante recae una *carga primaria*, referida a “aquellos presupuestos que lo habilitan para accionar”⁴², la cual debe ser asumida exitosamente. Una vez superada,

“es posible atenuar el rigor del principio por exigencias equitativas, que pueden ser, sin embargo, ampliamente satisfechas por una adecuada valoración de la prueba”⁴³.

En esta línea también se pronuncia el profesor José Luis Diez Schwerter, para quien es necesario que cuando el tribunal utilice la prueba por presunciones resulta necesario:

- i) que ésta se base en hechos materiales debidamente probados por los medios que al respecto señala la ley;
- ii) que explique las razones que tuvo para extraer esta prueba, por cuanto ello cae dentro del deber de convicción que tiene todo juzgador (N°4 y 5 del art. 170 C.P.C. y N°4° y 5° del art. 500 del C.P.P.);
- iii) que señale expresamente el hecho de haberse utilizado este medio probatorio;
- iv) que se cumpla con las condiciones señaladas por los arts. 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Penal”⁴⁴.

Por su parte, el profesor Hernán Corral Talciani constata que en estos temas “la prueba por presunciones adquiere una especial relevancia”⁴⁵. Lo anterior, con el propósito de hacer presente la utilidad del razonamiento inferencial en la demostración del daño moral, la cual

“debe acomodarse a su naturaleza especial: si se alega daño corporal, debe acreditarse la pérdida que la lesión o enfermedad produce a la víctima (no es necesario acreditar dolor si la indemnización se concibe como una reparación del daño corporal, y no el *pretium doloris*); si se trata de un daño estético, debe apreciarse por el juez que efectivamente el daño es real; si se trata del dolor psíquico, la prueba deberá centrarse en la acreditación de los hechos que ordinariamente para una persona normal en la misma situación hubiera sentido”⁴⁶.

⁴² AEDO (2006), p. 509.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ DIEZ (1995), p. 147.

⁴⁵ CORRAL (2013), p. 161.

⁴⁶ *Ibid.*

A mayor abundamiento consideramos pertinente exponer las palabras del profesor Enrique Barros Bourie, quien reconoce que la prueba del daño moral derivado de lesiones corporales, se ajusta precisamente en la demostración del accidente. Sostiene el indicado profesor:

“ante todo, el daño moral que se sigue de lesiones corporales presenta la forma de una aflicción física y mental, *que tiene por causa el accidente*⁴⁷. Se trata de un daño positivo, consistente en cualquier forma significativa de sufrimiento. Comprende, por ejemplo, el dolor que se sigue directamente de las heridas y del tratamiento médico, la pérdida de autoestima de quien está físicamente desfigurado y la conciencia de la propia incapacidad. Su intensidad está dada por la naturaleza del daño y su duración. La indemnización de este tipo de daño expresa propiamente un *pretium doloris*”⁴⁸.

Una vez probada la existencia del daño, de conformidad a lo ya indicado, cabe al juez apreciar el mismo prudencialmente. Sin perjuicio de lo anterior, dicha prudencialidad no puede nublarse en arbitrariedad, de manera tal que el ejercicio pretoriano deberá dar razón del *quantum* en el cual valoró el daño irrogado. Lo anterior puede ser desprendido de una sentencia de la Corte Suprema de 20 de agosto de 2015⁴⁹:

“que es cierto que nuestros tribunales recurren a la discrecionalidad, la prudencia y la equidad en la determinación de la indemnización por daños morales, pero no lo es menos que ello debe alejarse de toda idea de arbitrariedad, injusticia o abuso, de forma que para fijar el ‘quantum’ indemnizatorio debe acudir a algunos parámetros o pautas, como por ejemplo la entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño; la clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido; las consecuencias físicas, psíquicas o morales que derivan del daño causado, etc.”.

Es por lo señalado que la evaluación debe circunscribirse a la especial dimensión en la que interviene el agravio: la intimidad del sujeto afectado. Lo anterior lo apreciamos a la luz de lo dispuesto en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 22 de septiembre de 2016⁵⁰, que en su considerando tercero dispuso:

⁴⁷ La cursiva es nuestra.

⁴⁸ BARROS (2006), p. 321

⁴⁹ Daniel Calvo Flores y otros con Red de Televisión Chilevisión S.A., rol 22.835-2014 (CL/JUR/4740/2015).

⁵⁰ Ana Cuminao Cayupe con María Gallegos Álvarez y otra”, rol 752/2016 (CL/JUR/6668/2016).

“que, para evaluar el daño moral, debe tenerse presente que las consecuencias del accidente se mantendrán por largo tiempo, ya que comprometió la capacidad motriz de la demandante al mismo tiempo que lo anterior, alteró su vida familiar ya que el accidente la modificó; debido a la hospitalización y rehabilitación, no ha podido dedicarse a los cuidados que su madre necesita, dejó de asistir económicamente a su hijo y a su hogar. Estuvo hospitalizada cerca de dos meses sin saber si podría volver a caminar, si podría recuperarse de sus lesiones, sin tener certeza de volver a trabajar para mantener a su familia, todo lo cual le ha ocasionado aflicción consistente en angustia, tristeza, desazón desgano y melancolía, lo que sin duda causó dolor a su familia y aumentó la angustia de la recurrente al ver frustrado su proyecto de vida, teniendo presente que al momento del accidente tenía 45 años y de ser vital y autovalente pasó a depender, en gran medida, de su grupo familiar”.

Síntesis

En relación con lo expuesto hasta aquí, podemos considerar que el daño moral implica complejidades en cuanto a su función, concepto, órbita y demostración. Todo ello implica que sea dogmáticamente incompatible su pretensión resarcitoria en bloque proyectado desde la perspectiva del derecho del consumo, tal como veremos a continuación.

II.- LA INEPTITUD DOGMÁTICA DEL DAÑO MORAL RECLAMADO A TRAVÉS DE UNA ACCIÓN COLECTIVA O DIFUSA

Como sabemos, hace unos meses fue aprobado el proyecto de ley⁵¹ que perseguía modificar la ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. El indicado proyecto tenía primitivamente por objetivo, entre otras materias, fortalecer al SERNAC en sus facultades. Cabe destacar que, posteriormente, el texto acordado fue objeto de un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional de fecha 18 de enero de 2018⁵², el cual objetó varias de las facultades representativas del indicado fortalecimiento. Sin perjuicio de lo anterior, en el texto definitivo de la ley modificatoria, en concreto, la n.º 21081 de 13 de septiembre de 2018, no fue alterada la posibilidad que corresponde a los consumidores, identificada con la posibilidad

⁵¹ *Boletín* 9369-03. Disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9783

⁵² Rol 4012-17. Cita en línea disponible en <https://jurisprudencia.vlex.cl/vid/701318209>

de demandar el daño moral en la órbita de acciones colectivas o difusas⁵³. Es en este preciso ámbito en el cual pretendemos ingresar en esta parte de nuestro trabajo.

Es del caso mencionar que la ley n.º 19.496 opone las acciones individuales a las colectivas y a las difusas. Así, el legislador bajo el título IV de la ley, denominado “Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso”, redactó el art. 50, que en sus incisos 4º, 5º y 6º define a las acciones de interés individual, colectivo y difuso, en los siguientes términos:

“son de *interés individual* las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado. Son de *interés colectivo* las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Son de *interés difuso* las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”⁵⁴.

Vinculando los conceptos antes expuestos con el daño moral, objeto de nuestro estudio, nos parece relevante recordar que el n.º 2 del art. 51, ubicado en el párrafo relativo al “Procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores”, ordenaba tajantemente: “las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, *no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor*”⁵⁵.

La modificación normativa alteró dicha exhortación, pues se reemplaza el n.º 2 antes señalado por el siguiente:

“Sin perjuicio de los requisitos generales de la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, bastará señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se

⁵³ En cuanto a las ventajas derivadas de la sanción de acciones colectivas o difusas, cfr. AIMONE (2013), p. 176; en cuanto al fundamento de las acciones colectivas o difusas, cfr. CORTEZ (2004), p. 70; en cuanto a la noción de intereses supraindividuales, objeto de protección de las acciones colectivas o difusas, cfr. AGUIRREZABAL (2006), p. 145 y ss. En cuanto a la limitación de dominios de que puede ser objeto una acción colectiva en Chile, cfr. CORRAL (2013), p. 391; en cuanto a la distinción relativa a los intereses colectivos y difusos, cfr. RODRÍGUEZ (2015), p. 113; AGUIRREZABAL (2014), p. 15; SANDOVAL (2004), p. 159; en cuanto a la cuestionable pertinencia indemnizatoria de vulneraciones a intereses difusos, cfr. BARRIENTOS CAMUS (2017), p. 22; DE LA MAZA (2017).

⁵⁴ Las cursivas son nuestras.

⁵⁵ La cursiva es nuestra.

encuentren en igual situación. Con este fin, el juez procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 A. No habrá lugar a la reserva prevista en el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica o la dignidad de los consumidores. Si los hechos invocados han provocado dicha afectación, será un hecho sustancial, pertinente y controvertido en la resolución que reciba la causa a prueba.

Con el objeto de facilitar el acceso a la indemnización por daño moral en este procedimiento, el Servicio pondrá a disposición de los consumidores potencialmente afectados un sistema de registro rápido y expedito, *que les permita acogerse al mecanismo de determinación de los mínimos comunes reglamentados en los párrafos siguientes.* Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio del derecho consagrado en el párrafo 4°.

En la determinación del daño moral sufrido por los consumidores, el juez podrá establecer un monto mínimo común, para lo cual, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar un peritaje, sin perjuicio de poder considerarse otros medios de prueba. Dicho peritaje será de cargo del infractor en caso de haberse establecido su responsabilidad. De no ser así, se estará a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 411 del Código de Procedimiento Civil.

En caso de que se estableciere un monto mínimo común, aquellos consumidores que consideren que su afectación supera dicho monto mínimo podrán perseguir la diferencia en un juicio posterior que tendrá como único objeto dicha determinación, sin que pueda discutirse en él la procedencia de la indemnización.

Este procedimiento se llevará a cabo ante el mismo tribunal que conoció de la causa principal, de acuerdo a las normas del procedimiento sumario, en el que no será procedente la reconvencción; o ante el juzgado de policía local competente de acuerdo a las reglas generales, a elección del consumidor.

El proveedor podrá efectuar una propuesta de indemnización o reparación del daño moral, la que, de conformidad a los párrafos anteriores, considerará un monto mínimo común para todos los consumidores afectados. *Dicha propuesta podrá diferenciar por grupos o subgrupos de consumidores, en su caso, y podrá realizarse durante todo el juicio*" (el resaltado y las cursivas son nuestras).

La pregunta que cabe formularse, entonces, es la que sigue: ¿resulta dogmáticamente sostenible la interposición de acciones colectivas que persiguen la reparación del daño moral de los involucrados bajo la órbita de la misma?, o, en otras palabras, ¿la reforma legal es coherente respecto de las consideraciones que sobre el daño moral hemos hecho referencia más arriba? Creemos que no.

El daño moral es un agravio que dispone de una entidad particular. De aquí que su dimensión resarcitoria, íntimamente subjetiva, resulte incompatible a la naturaleza de una acción colectiva, y más aún con una de corte difuso. Insistimos, el daño moral requiere de prueba, así su valoración compensatoria, muy extrañamente, puede ser entendida como monetariamente semejante al daño de otra persona. Es por ello que no cabe, una valoración del daño moral en clave colectiva. Estimar lo contrario, es considerado por el profesor Aldo Molinari Valdés⁵⁶, como artificial y contraintuitivo. Nos sumamos a su planteamiento.

En conformidad a lo anterior, nos sumamos al cuestionamiento del profesor Hernán Corral Talciani, respecto de la referencia al *monto mínimo común*, que incluso puede ser previsto por el proveedor, y que puede ser entendido como una base, sobre la cual los afectados puedan demandar un incremento, en caso de sentirse vulnerados en una entidad mayor a dicho mínimo. Dicha doctrina ha criticado el silencio del legislador en cuanto a los factores de atribución del indicado marco mínimo común. En efecto, es dejada a la prudencia del tribunal argumentar que este podría ser proyectado a la luz de categorías de edades, estado de salud, sensibilidad psicológica, por clase social o situación económica, por lugar de residencia, por pertenencia a una etnia o diversidad cultural, entre otros, lo cual bien puede ser entendido como contradictorio con el principio de la reparación integral del daño⁵⁷.

Consideramos que la obligada valoración global de los daños, resuelve el problema resarcitorio en bloque, en forma estandarizada, ignorando que dentro de una misma categoría de víctimas la intensidad en el agravio puede ser percibida de forma diferenciada. Aquello no debe desconocerse, y la ley no puede pasar por sobre la pureza de las instituciones, *so pena* de desnaturalizarlas.

En sentido de lo expuesto, el antes citado profesor Hernán Corral Talciani es claro en afirmar:

“esta consecuencia implicaría un retroceso frente a lo que propicia la doctrina en el sentido de que el daño moral sea objeto de prueba y que se evite la arbitrariedad judicial en la fijación de las indemnizaciones de daños morales, con condenas en globo que convierten muchas veces su indemnización en una especie de sanción (como los daños punitivos del sistema anglosajón) que desnaturaliza su función reparatoria”⁵⁸.

Por otra parte, consideramos que perseguir la reparación del daño moral a través de acciones colectivas se opone, incluso, al fundamento mismo

⁵⁶ MOLINARI (2018), p. 516.

⁵⁷ CORRAL (2017).

⁵⁸ CORRAL (2014).

del texto modificatorio. De hecho, el daño moral es planteado subjetivamente, determinado –como se dijo– en razón de vulneraciones a la integridad física, psíquica o a la dignidad de los consumidores. Lo que sucede, sin embargo, es que dicho fundamento es operativamente incapaz de hacerse valer mediante el vehículo procesal considerado por la ley. Cuestión que resume lúcidamente Hernán Corral Talciani, al señalar que “el daño moral, incluso concebido más ampliamente que el tradicional *pretium doloris* (...) se resiste a cualquier forma de colectivización”⁵⁹.

Desde otra perspectiva, la profesora Francisca Barrientos Camus enseña con lucidez:

“en efecto, la reglamentación nos lleva a pensar que, en verdad, no se regula el ‘daño moral colectivo’, entendido como un interés que pertenece a la colectividad considerada como un todo (v.gr. indemnizaciones a pueblos, comunidades, agrupaciones, etc.); sino que, más bien, estaríamos frente a *intereses individuales homogéneos* (la sumatoria de los intereses individuales de los sujetos determinados que componen una colectividad afectada). Y si la naturaleza del perjuicio indemnizatorio se mide por la lesión a la integridad física o psíquica o a la dignidad de los consumidores ¿quién está mejor en posición para decir cómo y cuándo dichos consumidores sufren daño moral? Parece ser que, precisamente, sería cada consumidor afectado quien se encontraría en la mejor posición para acreditar sus propios perjuicios morales”⁶⁰.

La distinción abordada por la antes señalada profesora, es similar a la cual sobre la que se pronuncia el profesor Aldo Molinari Valdés, quien separa entre daños individuales plurales de los colectivos propiamente tales. Para el autor, los primeros, surgen de

“aquellos casos en que un hecho dañoso o varios hechos dañosos relacionados entre sí afectan a múltiples personas, en cuanto el daño se repite o replica en cada uno de los individuos que forman parte del grupo. Consisten, entonces, en los daños sufridos por víctimas plurales (y a continuación cita a Matilde Zavala de González) ‘a raíz de un mismo hecho lesivo, cada una de las cuales ha sido lesionada en un interés subjetivamente diferenciable, aunque sea de índole objetiva más o menos similar’. Como puede notarse, en todos estos casos, el interés afectado sigue siendo individual, no obstante que el mismo se repita –con mayor o menor intensidad– en el resto de los integrantes del grupo”⁶¹.

⁵⁹ CORRAL (2017).

⁶⁰ BARRIENTOS CAMUS (2017).

⁶¹ MOLINARI (2018), p. 517.

El daño colectivo propiamente tal, corresponde en cambio a aquel en que

“el interés afectado no es individual sino que es de carácter colectivo y, en nuestra opinión, solo en este caso debiera hablarse de ‘daños colectivos’. En este sentido, el daño colectivo no se determina por el número de personas involucradas por el evento dañoso, sino por la naturaleza del interés afectado, el que corresponde a un interés grupal o colectivo”⁶².

De lo expuesto, apreciamos que el texto modificatorio, incorpora bajo la órbita de una acción colectiva, daños individuales plurales (siguiendo la nomenclatura de Aldo Molinari Valdés), valorándolos in abstracto colectivamente, cuestión que es *dogmáticamente incompatible con la naturaleza subjetiva del daño moral*.

Sin perjuicio de lo anterior, una concepción de daño que, si bien es de naturaleza extrapatrimonial, su apreciación obedece a un ejercicio *in abstracto* por presentar este un real carácter colectivo, es aquel en que efectivamente lo vulnerado es una entidad compuesta por intereses convergentes, que componen una corporalidad *sui generis* y que es desprovista de intereses subjetivos. Siguiendo a un autor francés, a falta de definición legal, solo es posible desprender las características conceptuales de este daño mediante una interpretación a contrario. Así, no es un daño consistente en la sumatoria de daños padecidos a título individual, se trata más bien de la “violación de un interés que es común a cada miembro de un grupo, pero que trasciende el interés individual de cada uno”⁶³. Es lo que se denomina derechamente como daño colectivo, el cual puede ser objeto de una acción especial, la cual definitivamente no ha sido considerada por la ley modificatoria.

Contribuyendo a la base dogmática del daño colectivo, se detectan opiniones formuladas por la doctrina argentina. Así, en un trabajo bastante ilustrador, completo en bibliografía, Agustín Álvarez –con el propósito de comentar un fallo denominado “Casa Millán”⁶⁴– expone: “El daño colectivo

⁶² MOLINARI (2018), p. 521.

⁶³ DREVEAU (2011), p. 249.

⁶⁴ Según se lee en el trabajo del citado profesor, la sentencia se pronunció respecto de una acción de preservación del patrimonio cultural-histórico, deducida por Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El objetivo de la acción era evitar la demolición de la “Casa Millán”, mediante la interposición de una orden de no innovar, cuyo efecto se extendería hasta que se dictase una declaración de “Área de Protección Histórica”, cuestión que no pudo ser evitado. Finalmente se pidió y se ordenó la indemnización de un daño moral colectivo en beneficio de la comunidad, condenándose al gobierno de Buenos Aires como a la empresa constructora encargada de la demolición (aun cuando dicha empresa era propietaria del inmueble y fue demostrado que no se le notificó válidamente de la medida cautelar).

se trata de un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños individuales”, y más abajo

“Lo colectivo tiene sustancia propia y autónoma. El elemento colectivo no es una realidad numérica o cuantitativa, sino cualitativa. No se trata de una adición de elementos individuales, sino que se trata de una sustancia distinta, una sustancia colectiva”⁶⁵.

Por su parte, otra autora trasandina, Matilde Zabala de González, se refiere al origen del daño colectivo en los siguientes términos:

“en anteriores concepciones, ofuscadas por el individualismo, pareciera que ciertos bienes, por ser de todos o de muchos, no son de nadie. Por eso, quedaban sin protección cabal, pese a que gran cantidad de personas o toda la comunidad estaban interesadas en su preservación. Los árboles no dejaban ver el bosque: se tutelaba cada ‘árbol’ (sujeto), pero no el sistema como tal (el ‘bosque’, conjunto aglutinado de sujetos). En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros, así como su carácter diluido e imbricado, exigen un cambio de enfoque, en cuya virtud el derecho de daños se ocupe no sólo de lo ‘mío exclusivo’, sino también de lo ‘mío y de otros’: ‘lo nuestro’”⁶⁶.

La misma autora se detiene en la particularidad de esta naturaleza de agravio, indicando:

“el perjuicio colectivo es único, aunque expandido entre los sujetos, a los cuales llega indivisiblemente por la inserción en el conjunto, a raíz de una calidad común y significativa en el contexto lesivo: por padecer sida, por habitar en un cierto lugar, por pertenecer a una determinada raza o nacionalidad, por ejercer una específica función o actividad profesional”⁶⁷.

Luego, por vía de habitar en una zona determinada, podría entonces ser invocada la petición de resarcimiento derivado de la destrucción negligente o dolosa de monumentos. En este sentido, puede revisarse el juicio Municipalidad de Tandil con Transportes La Estrella S.A y otro⁶⁸, en cuyo mérito se condenó a una empresa de locomoción colectiva por la destrucción parcial de la fuente Las Nereidas, provocado por el impacto de un bus de la empresa demandada. La condena fue dictada en beneficio de la comunidad, por cuanto

⁶⁵ ÁLVAREZ (2010). En el mismo sentido MOLINARI (2018).

⁶⁶ ZABALA DE GONZÁLEZ (1999), p. 147.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 146.

⁶⁸ ÁLVAREZ (2010).

el deterioro afectó los derechos de uso, goce y disfrute del monumento a los habitantes de la comuna.

Síntesis:

El derecho del consumo en su lícito afán por disminuir las diferencias entre proveedores y consumidores, pasa a llevar a través de la figura estudiada, aspectos fundamentales del daño moral. El carácter subjetivo de la partida de daño referida, se opone dogmáticamente a su reflexión desde un criterio colectivo.

NOTA FINAL

El daño moral es un daño impregnado de complejidad. El calificativo deriva de la vulneración a intereses subjetivos en los que se identifica el agravio. Este debiendo siempre ser abordado desde una aproximación particular de todo afectado, resulta incompatible con el modelo de la acción colectiva o difusa formulada por el legislador consumerista.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones* (Santiago, Thomson Reuters-La Ley).
- AEDO BARRENA, Cristián (2006): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Librotecnia).
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): "El procedimiento de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la ley 19.496, en Jorge BARAONA y Osvaldo LAGO (eds.) *La protección de los derechos de los consumidores en Chile, Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004*", Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, N° 12, pp. 143-174.
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2014): *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia: un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena* (Santiago, Thomson Reuters).
- AIMONE GIBSON, Enrique (2013): *Protección de los derechos del consumidor* (Santiago, Legal Publishing Chile-Thomson Reuters).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2011): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ÁLVAREZ, Agustín (2010): "El daño moral colectivo comentario al fallo [Casa Millán]", en *Academia Nacional de Derecho*. Disponible en <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/el-dano-moral-colectivo>

- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “Los principales problemas de las indemnizaciones de perjuicios de los consumidores y las nuevas normas de la ley de fortalecimiento del Sernac”, en *Boletín especial Proyecto de ley de fortalecimiento del Sernac y las Asociaciones de Consumidores*, ADECO-Academia de Derecho y Consumo: pp. 20-24.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “Proyecto de ley del Sernac ¿regulación de los daños morales colectivos o un colectivo de daños morales individuales?”, en *La Ley al Día*. Disponible en www.laleyaldia.cl/?p=2102
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008): “Daños por accidente vehicular en carretera concesionada ruta 5 sur tramo Talca-Chillán”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n. ° 1: p. 85 y ss.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y Paulina GONZÁLEZ VERGARA (2007): “Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana*, vol. 37, n. ° 106: pp. 213-237.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y Paulina GONZÁLEZ VERGARA (2005): “Notas sobre el daño moral: concepto, prueba y evaluación en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 12, n. ° 2: pp. 181-189.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2014): *Daño moral y juicios colectivos en defensa del consumidor*. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/interes-colectivo-o-difuso/>
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (2ª ed., Santiago, Thomson Reuters).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2017): *Reforma del Sernac y daño moral en procesos colectivos*. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2017/10/15/reforma-del-sernac-y-dano-moral-en-procesos-colectivos/>
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la ley n. ° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, LexisNexis).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2017): “Una pregunta interesante”, en *El Mercurio Legal*, 2017. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/11/17/Una-pregunta-interesante.aspx?disp=1
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2006): “La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: del modelo de Bello a nuestros días”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n. ° 219-220: p. 129 y ss.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (1995): *El daño extracontractual ante la jurisprudencia. Comentarios* (Concepción, Fondo de Publicaciones U. de Concepción).

- DIEZ SCHWERTER, José Luis (2002): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El daño moral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- DREVEAU, Camille (2011): “Réflexions sur le préjudice collectif”, in *RTD Civ.*, Dalloz, Paris.
- DURRY, George (2010): *Responsabilité civile et assurances* (Paris, LexisNexis) Dossier 14, n.º 3.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1995): “Configuración, consecuencias y valoración de los daños corporales”, en *Cuadernos Jurídicos*, n.º 1. Universidad Adolfo Ibáñez,
- FUEYO LANERI, Fernando (1990): *Explicaciones de derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MOLINARI VALDÉS, Aldo (2018): “Improcedencia del daño moral como categoría de afectación al interés colectivo frente al reconocimiento del daño punitivo”, en *Estudios de derecho civil XIII*, Thomson Reuters, UDP: pp. 515-532
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2015): *Derecho del consumidor: estudio crítico* (Santiago, Thomson Reuters).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2004): *Derecho del consumidor: protección del consumidor en la Ley 19.496, de 1997, modificada por la Ley n.º 19.955 de 14 de julio de 2004, y en la legislación comparada* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1999): *Los daños morales colectivos*. Disponible en www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/72-73-74/los-danos-morales-colectivos.pdf

