

BREVE ANÁLISIS SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO CHILENO

BRIEF ANALYSIS ABOUT THE CURRENT SITUATION OF MORAL DAMAGES IN
CHILEAN LAW

EDUARDO CÁRCAMO MUÑOZ* **
Universidad de Concepción - Chile

RESUMEN: En este trabajo se procederá a realizar un análisis del daño moral en el derecho chileno y en específico la aplicación de clasificaciones que han nacido en pos de desarrollar el mismo. se hará un repaso por la doctrina tanto chilena como comparada, y se comentará de manera escueta variada jurisprudencia actual referente al tema en cuestión. el autor a lo largo del trabajo irá refiriéndose a los temas más polémicos que se han suscitado respecto de los ítems analizados, realizando pequeños comentarios para orientar a la consecución del objetivo principal, que es cuestionar de manera crítica la evolución del daño moral en nuestro derecho.

PALABRAS CLAVES: Daño moral, clasificación, actualidad.

ABSTRACT: In this paper an analysis of the moral damage in Chilean law will be carried out, and in particular, the application of the classifications that were born in order to objectify it. A review will be made of both Chilean and comparative doctrine, and a variety of current jurisprudence referring to the subject in question will be briefly commented on. The author throughout this paper will refer to the most controversial issues that have arisen regarding the items analyzed by making small comments to guide the achievement of the main objective, which is to critically question the evolution of moral damages in our law.

KEYWORDS: Moral damages, classification, present.

RESUMEN / ABSTRACT

* Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad de Concepción, Chile. Correo electrónico: edcarcamo@udec.cl.

** Este trabajo corresponde a la ponencia presentada en el 1^{er} Congreso Estudiantil de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, los días 29 y 30 de agosto de 2019.

I.- INTRODUCCIÓN

Desde siempre el daño moral ha sido un tema sumamente controversial. ¿Cómo no iba a serlo? Una institución proveniente de la jurisprudencia y que no encontró a nivel mundial ningún correlato en los distintos ordenamientos jurídicos sino hasta varios años después es un caldo de cultivo para las más inagotables discusiones tanto doctrinarias como jurisprudenciales. Los doctrinarios chilenos no han sido ajenos a aquello, y han desarrollado variada investigación respecto al tema hasta el día de hoy. En este trabajo se analizará cuál es la situación actual del daño moral en nuestro país, dando especial énfasis en la aplicación de esta institución en nuestros tribunales. La pregunta que debemos hacernos es: ¿Realmente hemos avanzado hacia un sistema jurídico que reconozca el daño moral completamente y con toda su complejidad?

II.- GENERALIDADES DEL DAÑO MORAL

No entraremos en las diferentes discusiones doctrinarias que se han dado respecto al daño moral. Múltiples autores de vasta trayectoria han escrito sobre esos temas de manera minuciosa. Tan sólo nos referiremos a tres temas generales que revisten una mayor pertinencia de acuerdo al objetivo del trabajo: Definición, clasificaciones y positivización del daño moral. Este último ítem refiere a la positivización en el derecho comparado, ya que, como sabemos, no hay una norma en el ordenamiento jurídico chileno que reconozca la existencia del daño moral de forma expresa.

1.- Definición.

La definición del daño moral ha sido un tema no exento de polémicas a lo largo de los años. En principio una posición muy fuerte tanto en doctrina como en jurisprudencia identificó el daño moral con el llamado “pretium doloris” o precio del dolor en sentido amplio. Conveniente es para aquella posición traer a colación la –a estas alturas- clásica definición que nos da Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, quien define el daño moral como “el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en su calidad de vida”.¹ Esa fue la posición dominante en la jurisprudencia del siglo XX. Una definición bastante genérica y que podemos resumir en su frase “las penas con pan son menos”.²

¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 220.

² ALESSANDRI, cit. (n. 1), p. 228.

Hernán CORRAL en su libro “Lecciones de responsabilidad civil extracontractual” cita una definición dada en la Corte de San Miguel, el 11/06/1998, siguiendo este mismo concepto de *pretium doloris*: “El daño moral es el sufrimiento o aflicción psicológica que lesiona el espíritu y se manifiesta en dolores e inquietudes espirituales y pesadumbre”.³ Esta definición calza perfecto con una definición dada en 1932 y citada por Elena CAFFARENA en su *Diccionario de jurisprudencia chilena*, obra que desarrolla con Mario VERDUGO. La definición referida la extraen de un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual comienza indicando que el daño moral no está definido por el Código y que es “el que se causa al espíritu del individuo ya sea por dolores físicos o morales, por herir sentimientos de afección o de familia, por malas condiciones de salud a consecuencia de pesadumbres que le han sido ocasionadas, por la privación de un apoyo o de una dirección, etc.”.⁴

DIEZ SCHWERTER en su libro “El daño extracontractual: Jurisprudencia y doctrina” es contrario a la concepción del daño moral como *pretium doloris*, principalmente por ser restringida, ya que el *pretium doloris* no deja de ser tan sólo una especie dentro del perjuicio extrapatrimonial, como ya dejaba entrever cierta parte de la doctrina chilena y comparada en ese entonces.⁵ El autor nos propone un cambio de paradigma acerca de la concepción del daño moral, presentando una posición amplia acerca del daño moral, definiéndolo como una “lesión a los intereses patrimoniales de la víctima”.⁶ Esta concepción es más amplia y es respaldada por otros doctrinarios como Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO⁷ y Hernán CORRAL.⁸ Es la definición más aceptada actualmente, puesto que en su amplitud se puede concebir todo atentado a intereses extrapatrimoniales distintos entre sí, que no se pueden limitar al *pretium doloris*.

2.- Clasificaciones.

La doctrina chilena se ha encargado de darle forma al daño moral, sistematizándolo a través de la adquisición de clasificaciones derivadas de derecho comparado, principalmente el francés y el anglosajón, que son los que han tratado con mayor profundidad la temática.

³ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 148.

⁴ CAFFARENA DE JILES, Elena; VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Diccionario de jurisprudencia chilena*, Editorial Ediar-Conosur, Santiago, 1986, p. 129.

⁵ DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual: Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 1ª edición, pp. 84-85.

⁶ DIEZ, cit. (n. 5), p. 88-89.

⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, tomo I, p. 84-85.

⁸ CORRAL, cit. (n. 3), p. 149.

2.1.- Clasificaciones derivadas del derecho francés.

Para este ítem seguiremos a la profesora Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, que en su vasta obra *El daño moral*, hace una síntesis de las clasificaciones más importantes tomadas del derecho francés.⁹ Como buena cuna del derecho civil, la doctrina y jurisprudencia francesa han hecho una compleja teorización del daño moral, dotando de contenido al mismo para una mejor resolución de los distintos casos que se dan en la realidad tangible.

2.1.1.- Perjuicio de agrado o *préjudice d'agrément*.

Equivalente al *hedonic damages* anglosajón, y más específicamente al *loss of amenities* inglés o al *loss of enjoyment of life* estadounidense, esta especie de daño comprende la pérdida de los goces de la vida, del gusto de vivir. Como bien expone la profesora DOMÍNGUEZ HIDALGO,¹⁰ empezó siendo un perjuicio exclusivo para quienes ejercían actividades particulares, como un artista o un deportista, cuyo daño infringido contra ellos significaba una merma en su capacidad de realizar su actividad, y por ello de disfrutar en menor grado la vida. Luego se extendió su aplicación a cualquier persona que demandara daño moral que afectara su goce de los placeres propios de la vida, aplicación hecha de forma objetiva, entendida como atentado a la dignidad.

2.1.2.- Perjuicio juvenil o *préjudice juvenile*.

Es aquel dolor particular que experimenta un joven al comprobar su propia desgracia y la tristeza que genera la pérdida tanto como de toda esperanza de llevar una vida normal en el futuro como de las alegrías propias de toda existencia.

2.1.3.- *Pretium doloris* en sentido restringido.

En Francia hay un concepto restrictivo del *pretium doloris*. No se concibe a este como sinónimo de daño moral, sino que, como una especie del género del daño moral, o sea, se entiende como el perjuicio derivado del sufrimiento físico que la víctima ha experimentado como consecuencia del hecho dañoso.

2.1.4.- Perjuicio sexual o *préjudice sexuelle*.

Refiere al perjuicio constituido por la imposibilidad moral para llevar una vida sexual ocasionada por el atentado contra sus funciones sexuales. Incluso la profesora Domínguez lleva más allá el concepto trayendo a colación un fallo donde se consigna la

⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), p. 423-455.

¹⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), p. 441.

posibilidad de demandar perjuicio sexual por falta de deseo sexual por parte del marido o mujer, producto de la invalidez de la víctima.¹¹

2.1.5.- Perjuicio estético o *préjudice esthétique*.

Este daño concurre cuando producto del hecho dañoso la víctima resulta perjudicada por las deformidades físicas que hacen sentir a la víctima que posee un defecto notado por los demás.

2.1.6.- Perjuicio de afecto o *préjudice d'affection*.

Este perjuicio posee dos aristas; por un lado, refiere a la aflicción que produce en ciertas personas las lesiones o la muerte de la víctima, y por otro refiere al daño infligido contra una persona por la pérdida de algo valioso emocionalmente para la misma, por ejemplo: un regalo de un bisabuelo. Como refieren DIEZ SCHWERTER¹² y DOMÍNGUEZ HIDALGO,¹³ este tipo de perjuicio ha dado puntapié para casos controvertidos, como la afeción por la muerte de un concubino o la muerte de un animal. Esta última situación nos sirve bastante en los tiempos que corren, ya que sirve como un argumento que nos ayude a avanzar hacia el reconocimiento de un estatus jurídico para los animales, entendiéndolos como parte importante de la vida cotidiana de las personas, algo que ya empieza a paso lento a instaurarse en la conciencia colectiva y que se traduce en la ley 21.020 sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía (coloquialmente llamada “Ley Cholito”).

2.2.- Clasificaciones derivadas del derecho anglosajón.

Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA nos presenta en su artículo de la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista” las clases más importantes de daño moral que se pueden extraer de la jurisprudencia anglosajona.¹⁴ Ya nos advierte al empezar el punto 13 referente al *Common Law* que no existe un concepto genérico de daño moral en tal derecho, sino que los tribunales consideran estos daños como *non pecuniary loss* o “daños no pecuniarios”.¹⁵ Sin embargo, se reconocen ciertas tendencias más importantes a la hora de determinarlos, reflejadas en las siguientes subclasificaciones:

¹¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), p. 447.

¹² DIEZ, cit. (n. 5), p. 114-115.

¹³ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), p. 444-446.

¹⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1990, n° 188, pp. 154-168.

¹⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 14), p. 161.

2.2.1.- *Pain and suffering* o dolor y sufrimiento.

En este tipo de daño procede la reparación de todo sufrimiento, sea mental, físico, experimentado a consecuencia de lesiones personales o de otro modo. El profesor le atribuye a *pain* un cariz físico, y se refiere a *suffering* como un concepto más adecuado para el daño psicológico.¹⁶

2.2.2.- *Loss of consortium* o pérdida de consorcio.

Bajo este concepto se concede el derecho a reparación por la circunstancia de perder al cónyuge o a un hijo, o de no contar con ellos para las atenciones físicas y morales, así como por la pérdida de la vida común que se tenía. No es el daño causado por la pérdida en sí misma, sino que es un dolor basado en la pérdida de la vida familiar o conyugal.

2.2.3.- *Hedonic damages* o daño hedonístico.

Es el equivalente del *prejudice d'agrément* francés. El daño hedonístico corresponde a la pérdida del interés o placer de vivir. Este concepto comprende el *loss of amenities* inglés y el *loss of enjoyment of life* estadounidense.

2.3.- Clases de daños no comprendidos en las obras citadas.

Para este punto citaremos al profesor Hernán Corral.¹⁷ Si bien los sub-tipos de daño que se darán a conocer encuentran poca o nula acogida en la jurisprudencia actual nacional, es bueno saber de su existencia para futuras discusiones.

2.3.1.- Daño biológico.

El daño biológico, o como lo llama el autor “corporal o fisiológico” es aquel que afecta la integridad física y psicológica de una persona. Desde el ámbito psicológico se reduce a afecciones médicas, como el *nervous shock* (ocupado en el derecho anglosajón) o una depresión derivada del hecho dañoso. Este daño tiene tanto consecuencias patrimoniales (gastos médicos, medicamentos, etc.) como extra patrimoniales (y ahí se puede vincular con el daño estético, el perjuicio de agrado, etc.).

2.3.2.- Daño a los derechos de la personalidad.

Este daño es aquel que, como su nombre lo dice, afecta los derechos de la personalidad de una persona, como la honra, la intimidad o los derechos de autor. Respecto a ello se puede traer a colación la siguiente frase del filósofo post-

¹⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 14), p. 164.

¹⁷ CORRAL, cit. (n. 3), p. 154-163.

estructuralista Gilles DELEUZE: “Se nos enseña que las empresas están dotadas de un alma”.¹⁸ La existencia en la doctrina de este tipo de daño da pie a un argumento sólido para la admisión del daño moral de personas jurídicas.

En la doctrina comparada, DIEZ-PICAZO¹⁹ entiende los derechos de la personalidad como un límite al daño moral, dejando en claro que sólo sería indemnizable un daño psicofísico proveniente de lesiones a estos derechos, posición que en la opinión del autor del presente trabajo es bastante restrictiva, y que de seguir a DIEZ-PICAZO se perdería la especificidad del daño moral e incluso su futuro desarrollo.

2.3.3.- Daño a la esfera existencial.

Este daño nacido en la doctrina italiana perjudica la existencia cotidiana misma. El ejemplo que se da en el texto es el no salir más de casa por violación de la privacidad, o tener que dedicarse a tiempo completo al cuidado de un enfermo por un hecho dañoso.

2.3.4.- *Wrongful life* y *wrongful birth*.

Estos tipos de perjuicio plantean una interrogante interesante: ¿La vida puede ser un daño? En una cultura jurídica con un ala conservadora bastante influyente y defensora de una interpretación dogmática (en el sentido natural de la palabra) del artículo 19 n°1 de la Constitución Política de la República, pareciera que ni siquiera debería ser tema preguntárselo, aunque de a poco se ha ido planteando tímidamente esta posibilidad. Las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth* son las mismas, sólo que el legitimado activo en la primera es el niño y en la segunda son los padres. Ambas refieren al daño que produce un médico al no advertir una malformación del niño al momento del embarazo de la madre, lo que merma las posibilidades de la criatura de tener una vida plena. De las mismas deriva la acción de *wrongful conception*, que refiere al daño producido por el nacimiento inesperado de un hijo producto de, por ejemplo, una vasectomía mal hecha o un fallo en las pastillas anticonceptivas.

3.- Positivización del daño moral en el derecho comparado.

Este es un tema extraído de los planteamientos de Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO²⁰ en su obra citada anteriormente. Sólo se hará referencia de aquella para dar puntos de apoyo, pero me centraré en como ciertos ordenamientos jurídicos han tratado el daño moral actualmente.

¹⁸ DELEUZE, Gilles, “Post-scriptum sobre las sociedades de control”, 1992, en línea: <https://www.jstor.org/stable/778828>, consultada: 03/10/2019.

¹⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 328-329.

²⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), pp. 288-477 (capítulo 6, que trata con mayor profundidad el tema).

3.1.- El caso francés.

Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO nos muestra el influjo que ejerció la desarrollada jurisprudencia del daño moral, al punto de que el legislador se vio en la necesidad de reconocer distintos tipos de daño moral.²¹ Esto lo reflejan 2 leyes en especial que la profesora cita: la llamada “Loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976” relativa a accidentes de trabajo, que, modificando el artículo 468 del *Code de la sécurité sociale* permite demandar al empleador por sufrimientos físicos y morales, por los perjuicios estéticos y de agrado y el perjuicio resultante de la pérdida o disminución de posibilidades de promoción profesional; y por otro lado la “Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985” sobre la mejora de la situación de las víctimas de accidentes de tránsito, en la cual se habla de la posibilidad de las entidades de seguridad social de accionar por reembolso contra terceros responsables. La ley las limita a poder exigir reembolso de los perjuicios del atentado físico hacia la víctima (gastos de hospital, medicamentos, traslado, etc.), mas no de los sufrimientos físicos ni morales, ni del perjuicio de agrado ni perjuicio estético.

Actualmente en el *Código de la Seguridad Social* podemos ver que subsisten plenamente los planteamientos definidos en la Loi 76-1106, esta vez contenidos en el artículo L452-3 del Código ya citado: “Independientemente del aumento de pensión que reciba en virtud del artículo anterior, la víctima tiene derecho a solicitar al empleador ante el Tribunal de la seguridad social una indemnización por los daños causados por el sufrimiento físico y moral que tuvo que soportar, sus perjuicios estéticos y lesiones resultantes de la pérdida o disminución de sus oportunidades de desarrollo profesional. Si la víctima tiene una tasa de incapacidad permanente del 100%, también se le otorga una compensación cuya suma se alza a la cantidad del salario mínimo legal vigente en la fecha de consolidación”.²² Cabe decir que a partir del 1 de enero de 2019 ya no existen los Tribunales de la Seguridad Social por la reforma realizada por la ley 2016-1547, específicamente en el artículo 12, pasando a conocer de estos casos los *Tribunaux de grande instance* especialmente designados.²³

3.2.- El caso anglosajón.

El daño moral en el derecho anglosajón no encuentra positivización alguna. Esto por el sistema de precedentes en el que se basa el *Common Law*.

3.3.- El caso argentino.

DOMÍNGUEZ HIDALGO se refiere a Argentina como un “ejemplo de evolución inspirada en la reflexión profunda de la doctrina de aquel país y que le ha llevado a tener uno de

²¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), pp. 423-440.

²² *Code de la sécurité sociale* (Francia).

²³ Loi N° 2016-1547, 2016 (Francia).

los regímenes más acabados en cuanto al daño moral”.²⁴ Y tenía bastante razón. Ya en el Código Civil derogado o *Código de Vélez Sarsfield* se consagraba el daño moral en dos artículos esenciales para entender sistemáticamente el libro en que se encontraban contenidos. Tanto el artículo 522 como el 1078 se ubicaban en el Libro Segundo “De los Derechos Personales en las relaciones civiles”. El primero en el Título III “de los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero” y el segundo en el Título VIII “de los actos ilícitos”

“Art. 522.- En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.²⁵

“Art. 1078.- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.²⁶

En el actual *Código Civil y Comercial unificado*, que rige en Argentina desde el 1 de agosto de 2015, se encuentra la consagración del daño moral principalmente en los arts. 1740 y 1741:

“Artículo 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.²⁷

“Artículo 1741.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

²⁴ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), p. 456.

²⁵ Ley 340, aprueba Código Civil, 1869 (Argentina).

²⁶ Ídem.

²⁷ Ley 26.994, aprueba Código Civil y Comercial, 2014 (Argentina).

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.²⁸

Bueno es saber que no se ha perdido el avance jurídico realizado por los civilistas argentinos, reafirmando la posición del derecho civil de aquel país como vanguardia en Latinoamérica.

III.- DESARROLLO EN CHILE

En el derecho chileno se distinguen dos grandes etapas en la historia del daño moral: la etapa del rechazo de su reparación, que era descartada de una manera rígida y positivista; y la aceptación de su reparación gracias al respaldo jurisprudencial y doctrinario, quienes fueron los que pavimentaron el camino para su aplicación. Sin embargo, a lo largo de este proceso surgieron ciertos problemas que entramparon la posibilidad de una concepción completa del daño moral, respecto de los cuales se hará referencia en esta sección del trabajo.

1.- Rechazo.

1.1.- Argumento legal.

La única referencia la da el artículo 2331 del Código Civil, que versa: “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; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.²⁹ Por un largo tiempo, tradicionalmente se entendió que el único daño indemnizable era el de carácter patrimonial al que alude el artículo 1556 del Código Civil, y que el artículo citado servía para excluir una posible indemnización del daño moral.

1.2.- Argumento doctrinario.

El principal argumento doctrinario viene de la doctrina civilista clásica de Francia, que, según la profesora colombiana María RUEDA FONSECA (citando a Leon y Henri Mazeaud) se basa en los siguientes puntos:³⁰

²⁸ Ídem.

²⁹ Decreto con fuerza de ley n°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 2000.

³⁰ RUEDA FONSECA, María, “Las vertientes doctrinarias del daño moral o pretium doloris”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2007, no. 4, p. 35-36.

a) Se parte del principio que el carácter resarcitorio presupone una relación de equivalencia entre el objeto dañado y la suma de dinero determinada.

b) Los daños morales no afectan directa ni indirectamente el patrimonio, porque no se exteriorizan.

c) El resarcimiento conlleva una exacta equivalencia del objeto con el dinero, en cambio el daño moral no conlleva esta exacta equivalencia.

d) El dinero y el daño moral establecen una relación inmensurable.

1.3.- Argumento jurisprudencial.

DIEZ en su libro *El daño extracontractual* cita un fallo³¹ de 9 de enero de 1947, de la Corte de Apelaciones de Santiago, que en resumen rechaza la reparación del daño moral por una cuestión interpretativa, argumentando que el espíritu de la ley conforme al mensaje del Código Civil y el enlace del 1437 CC con el 2314 CC claramente excluye el daño moral, puesto que no se puede medir el daño moral con una valoración económica, y que la expresión “todo daño” del artículo 2329 era simplemente estilística y que no tenía ningún peso jurídico.

2.- Aceptación.

2.1.- Argumento legal.

Hernán Corral PRESENTA 3 argumentos legales para demostrar la aceptación de la procedencia de la resarcibilidad del daño moral:³²

a) Los artículos 2314 y 2329 CC hablan de que debe repararse “todo daño” sin hacer distinción en cuanto a su naturaleza patrimonial o moral. El todo es el todo porque no excluye nada. Argumento tautológico desde el punto de vista de la lógica proposicional, pero efectivo a pesar de su simpleza.

b) El 2317 se refiere del mismo modo a “todo perjuicio”.

c) El 2331 al referirse a las imputaciones injuriosas limita expresamente la reparación al daño patrimonial, de lo cual se deduce que la regla general es que la indemnización no incluye sólo el daño patrimonial, sino que también el moral.

2.2.- Argumento doctrinario.

Uno de los argumentos más fuertes que se podrían citar es el de Fernando FUEYO LANERI, que dedicó unas líneas al problema en su libro *Instituciones de derecho civil moderno*, planteándolo con un subtítulo escrito fiel a su estilo confrontacional: “13. Los derechos extrapatrimoniales están incontestablemente consagrados en todos los

³¹ DIEZ, cit. (n. 5), p. 90-93.

³² CORRAL, cit. (n. 3), p. 150.

códigos civiles, con mayor o menor perfección, aunque falte la sistematización o la rotulación literal. Igual afirmación en relación con leyes especiales”.³³ En ese punto contesta la crítica de quienes se refieren al derecho civil como estrictamente patrimonial y que se habría olvidado de los derechos propiamente humanos, refiriéndose a aquellos críticos como gente que proponía un “materialismo tan horrendo como nefasto”.³⁴

2.3.- Argumento jurisprudencial.

En la jurisprudencia chilena se viene hablando hace mucho tiempo del reconocimiento de la resarcibilidad del daño moral. DIEZ SCHWERTER cita el primer fallo referente a daño moral en Chile,³⁵ que data de 1907. Además, cita una serie de fallos de los cuales se destacan las siguientes ideas principales:³⁶

a) La voz “todo daño” del 2329 no hace distingo alguno entre perjuicios materiales o morales. El pensar lo contrario sería negar la comprensión del “todo”.

b) La locución genérica “daño” del 2314 no restringe su aplicación al daño material.

c) El 2331, al negar la indemnización de imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona, demuestra que la regla general es la resarcibilidad del daño moral, puesto que para negar la reparación como en este caso ha debido existir antes una regla especial al respecto.

2.4.- Argumento constitucional.

La misma Constitución Política de la República del año 1980 reconoce en el artículo 19 ciertas garantías compatibles con la procedencia del daño moral:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. [...]

4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia: [...] i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.³⁷

³³ FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, 1ª edición, p. 97.

³⁴ FUEYO, cit. (n. 33), p. 98.

³⁵ DIEZ, cit. (n. 5), p. 90.

³⁶ DIEZ, cit. (n. 5), p. 95-98.

³⁷ Decreto Supremo N° 100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 2005.

2.5.- Argumento de derecho internacional.

La *Convención Americana de Derechos Humanos*, o también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, consagra en los artículos 5.1. y 11 el derecho a preservar la integridad moral y la protección a cierto derecho de la personalidad, que es la honra, y ligado con la dignidad humana, que es el núcleo de todo derecho fundamental.

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral [...]”.³⁸

“Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.³⁹

3.- Principales problemas que afectan a la concepción del daño moral.

3.1.- Problema de patrimonialidad.

DOMÍNGUEZ HIDALGO⁴⁰ reconoce este problema, pero con optimismo. Dice que se ha ido superando, y principalmente le entrega la responsabilidad a los jueces, invitándolos a que superen la interpretación del tenor literal de las normas que causan discordia respecto al tema del daño moral y “que fueron escritas hace más de un siglo”,⁴¹ y que avancen hacia una interpretación que de verdad acoja el reconocimiento de bienes extrapatrimoniales. FUEYO ya preveía esta inquietud, al punto de reconocer a la reparación no pecuniaria como preferente ante estos casos de daño moral.⁴²

3.2.- Problema de la equiparación con el *pretium doloris*.

Del problema de la patrimonialidad deriva otro, que ha restringido la posibilidad de desarrollo del daño moral. A través de su análisis jurisprudencial⁴³ el profesor DIEZ nos

³⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), p. 359-366.

⁴¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, cit. (n. 7), p. 362.

⁴² FUEYO, cit. (n. 33), p. 111-113.

⁴³ DIEZ, cit. (n. 5), p. 119-123.

presenta este problema que no deja de ser profundo. En 1997, cuando fue lanzado el libro, ya se tenía en mente este problema de equiparar el daño moral con el *pretium doloris*. El *pretium doloris* es sólo una especie dentro del género del daño moral.

Ahora, lo que cabe preguntarse es: ¿Han subsistido estos problemas, luego de décadas desde su planteamiento?

IV.- LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

Para esta sección se usó la rapidez de la tecnología. Se buscó jurisprudencia a través de la plataforma vlex.com. Según este buscador, hay 28.957 fallos desde 2001 a la fecha que tratan el daño moral. Se dividió la búsqueda según las clasificaciones presentadas en el punto 2 de la sección II. Cabe decir que no aparecieron todas las clasificaciones. Se citaron los fallos más actuales pronunciados en tribunales civiles, con ciertas excepciones.

Perjuicio sexual: Se encontraron 7 sentencias: 5 civiles, una laboral y una de Corte Suprema.

La última sentencia sobre el tema es la de 17° Juzgado Civil de Santiago, 27/01/2015, Rol C-18903-2012, en donde Alejandra Saldaña interpone demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de SuBus Chile S.A., empresa de transporte de pasajeros, y funda su demanda en que con fecha 2/1/2008 contrajo matrimonio con David Vera, quien fue atropellado por el bus de propiedad de la demandada, con fecha 25/08/2008.

En la parte expositiva del fallo nos encontramos con que la demandante alega un perjuicio sexual que ha afectado tanto a la víctima directa como a ella misma, así como la relación matrimonial y, por consecuencia, familiar: “[...] *las lesiones graves referidas le produjeron a su cónyuge entre otras consecuencias, impotencia sexual o disfunción eréctil de por vida, lo que les ha significado una aguda crisis matrimonial y un daño psicológico devastador, tanto a ella como a su cónyuge, lo que ciertamente ha afectado a su hijo David Salvador de 4 años de edad*”.⁴⁴

En la referida parte expositiva del fallo encontramos también la contestación del demandado, quien hace énfasis en que “*le llama la atención que la actora manifieste que tiene un hijo de cuatro años de edad, ya que de ser así, la consecuencia de la carencia de vida sexual activa no sería tal, o bien, puede ser producto de alguna enfermedad u hecho previo o posterior al accidente y que no tiene relación con éste; que no existe antecedente que acredite la existencia de una relación de causa a efecto entre el accidente sufrido por el cónyuge de la demandante y la carencia de vida sexual*”.⁴⁵ O sea, niega la responsabilidad

⁴⁴ 17° Juzgado Civil de Santiago, 27 de enero de 2015, C-18903-2012.

⁴⁵ Ídem.

de la empresa por una supuesta falta de nexo causal, y trata de descartar de esa manera el perjuicio sexual.

Finalmente, el tribunal falla a favor de la demandante, basándose en este argumento doctrinario extraído de la profesora Domínguez: “(Considerando) TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, seguidamente, la doctrina chilena se refiere al perjuicio sexual como “el constituido por la imposibilidad moral para tener una vida sexual que le ha ocasionado a la víctima el atentado a sus funciones sexuales” (DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, pág. 447). Que asimismo, se ha dicho que semejante perjuicio no sólo corresponde a la víctima que ha experimentado directamente la lesión que lo convierte en impotente sexual, sino que además es extensible a su cónyuge por razones de toda lógica.” Complementa esto el considerando siguiente, en donde podemos ver la referencia a la realidad obvia, en que dice que “es dable sostener que lo normal es que una mujer casada mantenga relaciones sexuales con su marido, y de ello es dable también desprender que ésta ha sufrido un menoscabo”.⁴⁶ Podríamos decir entonces que el fallo dota de contenido un perjuicio poco desarrollado en la jurisprudencia nacional, siguiendo los postulados de DOMÍNGUEZ HIDALGO al respecto de este tipo de daño.

Perjuicio estético: Se encontraron 159 sentencias, 72 de juzgados laborales, 49 de juzgados civiles, 22 de Corte Suprema y 15 de Corte de Apelaciones. La más actual es una sentencia laboral, Rol n° O-45-2018 del 1° Juzgado de Letras de San Antonio, del 16/10/2018.

La más actual en los tribunales civiles es la sentencia n° C-24654-2014, de 18° Juzgado Civil de Santiago, 2/10/2017, en la cual se hace referencia a 5 tipos de daño moral: *pretium doloris*, perjuicio estético, perjuicio de agrado, daño biológico y daño a derechos de la personalidad, siendo los 3 primeros los más desarrollados a lo largo del fallo.

En la nombrada sentencia doña Bernardina Veloz Ramírez, doña Bernardita, doña Carolina, doña Alejandra y doña Ana, todas de apellidos Catalán Veloz, deducen demanda de indemnización de perjuicios extracontractual en contra de Empresa de Transportes Rurales Ltda., fundando su demanda en que el día 23/11/2010, doña Paula Catalán Veloz, hija y hermana de las demandantes, viajaba como pasajera en el bus de la empresa Tur Bus, el cual choca con un camión. Añaden que la culpable del accidente era la empresa de transporte, toda vez que de acuerdo a los informes de los organismos técnicos que investigaron el accidente y las causas preliminares del mismo, apuntaban al chofer del bus accidentado.

Manifiestan también que, como consecuencia del choque, doña Paula Catalán Veloz, quedó con múltiples lesiones, mutilaciones, además de secuelas físicas y psicológicas que sufrirá durante el resto de su vida. Además, la familia tendrá que mantenerla para toda la vida. Agregan que “la pena aún los invade cada vez que se sientan

⁴⁶ Ídem.

frente a Paula y ven su ojo y su cara llena de cicatrices; sus dificultades de desplazamiento le impiden valerse por sí misma y le imponen la necesidad de contar con asistencia casi permanente; los problemas que tiene para estudiar y desenvolverse socialmente, no pudiendo hacer su vida normal”.⁴⁷

En la parte expositiva el abogado demandante hace alusión a la evolución conceptual, señalando cómo se concibe actualmente el daño moral, y los tipos de daño que se encontraban en el caso concreto: *“En cuanto a los daños extra patrimoniales, dice que habiéndose reformulado el concepto de daño moral como aquel capaz de comprender otros menoscabos además de la molestia o dolor moral o físico, como por ejemplo el daño corporal o biológico, el daño a derechos de la personalidad, el perjuicio estético o la pérdida del gusto vital, los que avalúan en la suma de \$600.000.000, haciendo consistir estos daños en el pretium doloris y en el perjuicio de agrado”*.⁴⁸

En la contestación de la demanda, el demandado hace referencia a que la familia perseguiría un lucro y no una compensación por el daño moral. *“En lo referente a los perjuicios, explica que el daño moral “per se” no existe, debiendo éste ser determinado por el juez en base a pruebas que rinda la demandante respecto del dolor efectivo que les ha generado la pérdida de que se trate, no pudiendo ser la indemnización una ocasión de lucro para familiares de la víctima material del accidente, menos aun cuando Tur Bus ha solventado todos los gastos médicos de doña Paula Catalán”*.⁴⁹

Además, critica el cálculo de la indemnización, ya que esta se debe calcular por el perjuicio actual y no por un perjuicio hipotético de futuros tratamientos. Este era el argumento más fuerte de la defensa. *“Señala que la indemnización del daño emergente solicitada, es improcedente, por cuanto a cantidad de \$282.000.000 es solicitada en base a un cálculo de un tratamiento futuro de \$500.000 mensuales, asumiendo que doña Paula Catalán Veloz vivirá hasta los 79 años y que requerirá de esa suma mensual permanentemente para costear gastos médicos. Añade que la cantidad pretendida no corresponde al daño real emergente, sino a una hipótesis de futuros tratamientos, que hasta la fecha no se han producido, respecto de los cuales no hay certeza alguna, lo cual es completamente improcedente e inadmisibles, y que no corresponde que los padres y hermanos demanden la titularidad del daño material que reconocen como ajeno, siendo por consiguiente la pretensión del daño material completamente improcedente”*.⁵⁰

El juez finalmente falla a favor de la demandante, sin embargo no da lugar a todas sus peticiones, sino que prioriza el perjuicio de agrado y el pretium doloris por sobre todo, como se ve en los considerandos 50 y 51 (y luego se refleja en la parte resolutive): “50)

⁴⁷ 18° Juzgado Civil de Santiago, 2 de Octubre de 2017, C-24654-2014.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Ídem.

Que además los actores reclaman la concurrencia de daño moral, haciéndolo consistir en dos partidas diferentes, a saber “*pretium doloris*” que se traduce en la angustia cierta que experimenta la familia, esto es los actores, lo que se encuentra acreditado con informes psicológicos y testigos.”; “51) Que a este respecto cabe señalar que efectivamente los actores han sufrido un daño reflejo toda vez que un miembro importante y cercano de su grupo familiar ha resultado con las lesiones y secuelas descritas precedentemente en motivaciones precedentes, resultando pertinente que éste sea indemnizado, fijándose [...] En dicho concepto se encuentra inserta aquello pretendido por “perjuicio de agrado” dados los términos en que éste fue planteado en la demanda, esto es “temor y angustia” que alteraría la calidad de vida de los actores”.⁵¹ O sea, al final el dolor que era indemnizable no era el de la afectada directamente y que sufriría de distintas clases de daño moral, sino que según el parecer del juez el verdadero perjuicio lo sufrían los terceros, algo bastante controvertido.

Como ya se analizaron los tres siguientes perjuicios en la sentencia anterior, que es la más actual que trata a todos ellos, agruparemos sus estadísticas.

a) *Pretium doloris*: Se encontraron 887 fallos, 351 civiles, 350 laborales, 144 de Corte de Apelaciones, 58 de Corte Suprema y 1 del Tribunal Constitucional. La última sentencia es la de rol n° T-6-2018 del Juzgado de Letras de Victoria, 29/03/2019.

b) Daño biológico/daño fisiológico/daño corporal: Entre estas 3 denominaciones se encontraron 504 fallos en total, siendo mayoritaria la del daño biológico, con 416 fallos. Se encontraron 253 fallos laborales, 133 fallos civiles, 68 de Cortes de Apelaciones, 43 de Corte Suprema. La más actual es de rol n° O-959-2018 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, 19/03/2019.

c) Perjuicio de agrado: Se encontraron 652 sentencias. 576 laborales, 45 civiles, 25 de Corte de Apelaciones y 6 de Corte Suprema. La más actual es la de rol n° O-126-2018 del 1° Juzgado de Letras de Rengo, 7/01/2019.

Perjuicio de afecto: Se encontraron 29, 20 de juzgados civiles, 9 de Corte de Apelaciones.

La causa más actual es la de rol n° 1434/2016 (Sección civil), resolución n° 1976 de Corte de Apelaciones de Concepción, de 4/01/2017. Esta sentencia confirma la de primera instancia, que rechaza la demanda de indemnización de perjuicios que interpone la esposa y tres hijas contra de la Sociedad Pesquera “Al sur de la isla” Ltda., por la muerte de Manuel Bastías, con motivo de accidente laboral, y que producto de ello el abogado alega *pretium doloris* (de una forma demasiado amplia). Es invocado el perjuicio de afecto por el tribunal de alzada para la confirmación de la sentencia, en que además se remite a la tesis ya aceptada que es la prueba del daño, algo que no concurre en la especie como se ve en el considerando quinto: “Que en la especie no resulta acreditado,

⁵¹ Ídem.

por las razones indicadas por el sentenciador en el motivo decimonoveno del fallo en revisión y que esta Corte comparte, el perjuicio cuya indemnización se pretende por las demandantes, toda vez que es un hecho probado en el proceso que la víctima directa se separó de su cónyuge en el año 1981 o 1982, tuvo posteriormente una nueva relación sentimental, y también que se separó de sus hijas, sin retomar contacto con las actoras. Así, el solo vínculo matrimonial o de filiación, en su caso, de las demandantes con la víctima directa, desprovisto de una comunidad de vida entre ellos, impide tener por acreditado un perjuicio de afecto indemnizable para aquellas”.⁵² El tribunal consideró que la familia, al pasar un gran lapso de tiempo sin la presencia de Manuel Bastías, no podía haber daño moral, ya que prácticamente se rehízo la vida de las demandantes. Este fallo es interesante pues restringe la institución del perjuicio de agrado, evitando así el abuso del derecho.

Perjuicio juvenil: Hay un solo fallo, dictado por el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en sentencia O-237-2018 del 28/08/2018.

Nelson Garrido interpone demanda de declaración de un solo empleador y de indemnización de perjuicios por accidente del trabajo, en contra del Club Hípico de Concepción S.A. En el considerando primero es invocado (junto con el perjuicio sexual) por la parte demandante, refiriendo que “[...] al tener que ser sometido a diversas cirugías y tratamientos médicos a fin de disminuir y tratar las secuelas producidas, y por último, dolor, sufrimiento, angustia y aflicción al tener que asumir que a sus 22 años deberá quedar con secuelas definitivas e irreversibles que constituyen una verdadera transformación en la vida del actor; el perjuicio sexual, al perder su capacidad natural sexual y reproductiva, teniendo que asumir que deberá requerir elementos externos para poder mantener una erección, y una eventual fertilidad, pese a que sigue siendo un joven de tan sólo 22 años; y el perjuicio juvenil, al perder toda posibilidad de llevar una vida normal tanto en el presente como en el futuro, propia de su edad, es decir, de un joven de 22 años, que se encuentra en plena vida juvenil [...]”.⁵³

Ante esto el abogado del demandado se refirió exclusivamente al monto “exagerado” de la indemnización por daño moral, refiriéndose a ellos como “solo una manifestación más del creciente fenómeno de la mercantilización de los daños extra patrimoniales”⁵⁴ como consagra el considerando cuarto.

El juez al dictar su sentencia favorable al demandante hizo caso omiso de la distinción y se limitó a indicar la existencia del daño moral y la cuantía del daño, como se indica en el considerando cuadragésimo de la sentencia en cuestión. Incluso se podría

⁵² Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de enero de 2017, causa n° 1434/2016 (Sección civil), resolución n° 1976.

⁵³ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 28 de agosto del 2018, O-237-2018.

⁵⁴ Ídem.

decir que se aplicó el *pretium doloris* en específico (clasificación francesa) ya que se hizo especial énfasis en el daño moral que le producía la merma en su físico.

Loss of consortium: Sólo existen 2 sentencias, ambas del 2013, con un día de diferencia.

La sentencia del 4° Juzgado de Letras de Talca, de 31/01/2013, Rol C-3905-2009, nos presenta la demanda entablada de una familia en contra de una empresa eléctrica con la finalidad de hacer efectiva la responsabilidad extracontractual de la demandada por la muerte “de su hijo y hermano, Pedro Quera Ramírez.” Su muerte fue por electroshock, ello debido a que la línea eléctrica que se cortó con la caída un árbol, línea que no debía existir en ese punto (y respecto de la cual no existía tampoco servidumbre válidamente constituida) se mantenía energizada, no debiendo estarlo, e hizo que al pasar tomara contacto con él y recibiera la descarga de la línea eléctrica energizada.

En el considerando trigésimo sexto el abogado demandante se extiende en la situación moral de sus clientes: *“La jurisprudencia ha concedido la reparación del sufrimiento moral a los familiares cercanos con una amplitud que contrasta con las restricciones o reticencias a la indemnización, por ejemplo, del lucro cesante. [...] tradicionalmente, se ha entendido que el daño moral es la lesión en la esfera de los afectos, o los sufrimientos, dolores y angustias que experimenta la persona víctima de un hecho ilícito, de ahí que se hable de PRETIUM DOLORIS (precio del dolor). Más recientemente, sin abandonar la noción de pretium doloris como núcleo, el concepto se ha ampliado a otras esperas de protección. Así, con independencia de las consecuencias del daño, dolor físico, sufrimiento emocional, etc. Se ha declarado que el daño moral es el que se causa, con motivo de un hecho ilícito, siempre que se afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona. En la especie, no es necesario incurrir en mayores explicaciones para comprender que se les ha ocasionado un daño moral [...] La trágica muerte de Pedro Pablo., sobrevenida en tan graves circunstancias, les ha provocado un trauma psíquico y psicológico inconmensurable”*.⁵⁵

En el considerando trigésimo séptimo los abogados de la contraparte tratan de poner un límite a quienes pueden ser titulares de la acción, ya que quienes entablaron la acción fueron los hermanos, que, según el demandado, no tienen legitimación activa. Ahí se hace la referencia al *loss of consortium*: *“[...] en el Common Law se alude al concepto de “loss of consortium”, esto es, el derecho a la reparación por perder al cónyuge o hijos, de no contar con ellos para las atenciones físicas o morales es decir, se circunscriben a un concepto más reducido [...] Así, don Enrique Barros Bourie, a propósito de las preguntas sobre “quienes pueden pretender una reparación” [...], señala que si bien la muerte de una persona puede provocar un sufrimiento cierto y profundo en un gran espectro de familiares y amigos, no es menos cierto que deben establecerse ciertos límites a la hora de establecer*

⁵⁵ 4° Juzgado de Letras de Talca, 31 de enero de 2013, C-3905-2009.

el conjunto de titulares de la acción. En tal sentido, la jurisprudencia nacional tiende a definir los titulares de la acción de acuerdo a la cercanía que dan la relación conyugal y el parentesco, de modo que los parientes más cercanos excluyen a los más remotos. [...]”.⁵⁶

El juez desatiende las alegaciones sobre la legitimación activa, dándole la razón al demandante, como se ve en el considerando cuadragésimo sexto: “[...] serán desatendidas las alegaciones de la demandada en orden a la falta de legitimación o titularidad activa de los hermanos de don Pedro Pablo Quera Ramírez, atendido a que, en concepto de este sentenciador, nuestro sistema legal de responsabilidad no excluye a los hermanos de la víctima u otros terceros como legitimados activos de la acción de responsabilidad civil extracontractual”.⁵⁷ Al fundamentar su decisión favorable a la demandante en el considerando ya citado, el juez hace énfasis en que los demandantes acreditaron el perjuicio, pero insiste en el *pretium doloris*: “[...] logró acreditar con la prueba rendida, [...] que, por una parte, ellos experimentaron los daños psicológicos que describen dichos informes, apreciados conforme las reglas de la sana crítica, que impresionan bien fundados y elaborados conforme a la disciplina que profesa el perito; que han padecido un enorme sufrimiento, un profundo pesar sostenido en el tiempo como consecuencia de la lamentable muerte de don Pedro Pablo Quera Ramírez y, a la postre, de la conducta negligente de la demanda referida precedentemente; todos daños que, al afectar la integridad psíquica de dichos demandantes, configuran un daño moral bajo la forma de *pretium doloris*, de gran envergadura”.⁵⁸

Loss of amenities: Al igual que en el perjuicio juvenil, hay tan solo un fallo, del 4° Juzgado Civil de Santiago, de 31/05/2011, Rol C-3441-2007. Su análisis no es relevante por la equivalencia con el perjuicio de agrado.

Pain and suffering: Se encontraron 7 sentencias, ninguna de juzgado civil: 4 de laboral y 3 de Corte de Apelaciones.

El fallo más actual es la sentencia laboral del Juzgado de Letras de San Javier, de 18/05/2018 Rol O-52-2017. El más cercano a una causa civil es la Causa n° 1702/2007 (Civil), resolución n° 14589 de Corte de Apelaciones de Talca, 7/07/2009. Se usa el concepto de *pain and suffering* de un modo ilustrativo, para explicar la diferencia de criterios para la determinación de la indemnización en distintos países: “Tercero: Que los criterios para la determinación del *quantum* varían en los distintos países. En Francia se recurre a al conocido concepto del “*préjudice d’affection*” y al “*préjudice d’agrément*”, en los países anglosajones a las “*non pecuniary loss*” (“*pain & suffering*”, “*loss of amenity*” y “*nervous shock*”) y en Chile se recurre a una serie de máximas, como la situación de la víctima o del agresor; la contraposición con el daño moral en relación con el daño patrimonial; la

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ídem.

*gravedad objetiva de la falta; las circunstancias personales de la víctima, etcétera; de ellos la demandante ha centrado su pretensión sólo en el denominado <<daño punitivo>>, señalando que la responsabilidad del Fisco está agravada por el hecho de aumentar el sufrimiento de la víctima y conocer el mal estado del puente”.*⁵⁹

Para algún lector quizá pueda parecer a simple vista la cita de estos fallos como una falacia de ‘cherry picking’ o evidencia incompleta. Nada más alejado de la realidad. La jurisprudencia referida da cuenta fidedigna de cómo está aplicándose actualmente la doctrina del daño moral en nuestros tribunales, esto considerando la historia del desarrollo del daño moral en el país.

Se reconocen claramente tres aspectos importantes:

1) Hay una tendencia todavía a identificar el daño moral con el *pretium doloris*, lo que puede significar un problema para el vasto desarrollo del daño moral, ya que es una noción que la doctrina ha ido abandonando hace varios años por lo que se demostró en las páginas anteriores.

2) Por lo visto, hay más interés de parte de los abogados litigantes que de los jueces de insistir en la existencia de clasificaciones del daño moral y de superar el reduccionismo del *pretium doloris*.

3) Se ve un mayor desarrollo en materia laboral. Este último aspecto es bueno, ya que el daño moral como una arista personalista del derecho sirve para cumplir de mejor manera con el principio protector del trabajador, y así poder servir finalmente a la función principal del derecho laboral, que es la pacificación de las contradicciones propias del sistema económico.

V.- REFLEXIONES FINALES

1. Se ve una superación del problema de la patrimonialidad, siendo el daño moral ya ampliamente aceptado por la jurisprudencia nacional a pesar de que no haya positivización al respecto.

2. El real problema no va por la positivización. De nada sirve que en una futura reforma incluyan una norma que reconozca expresamente el daño moral si en la realidad doctrinaria no ha sido un problema para crear una decena de sub clasificaciones distintas de daño moral, y en la realidad jurisprudencial no se han profundizado lo suficiente. Hay que continuar abogando por una superación de la identificación del daño moral con el *pretium doloris*. Para estos tiempos de poca salud mental, de depresión, de *burnout*, de ansiedad (las llamadas “enfermedades del siglo XXI” según el filósofo Byung-Chul HAN⁶⁰),

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Talca, 7 de Julio de 2009, causa n° 1702/2007 (Civil), resolución n° 14589.

⁶⁰ HAN, Byung-Chul, *La sociedad del cansancio*, Editorial Herder, Barcelona, 2012, 1ª edición, p. 11.

es necesario tener una estructura jurídica que reconozca el sufrimiento de la persona más allá de lo tangible.

“La realidad es el único libro que nos hace sufrir.

La realidad es la única película que nos quita el sueño.

Las apariciones de la Virgen serán irreales,
no así la aparición de los agentes de la realidad.

Ellos son los únicos autores terribles.

Ellos son los únicos sádicos cineastas”.⁶¹

BIBLIOGRAFÍA

a) Doctrina

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1942.

CAFFARENA DE JILES, Elena; VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Diccionario de jurisprudencia chilena*, Editorial Ediar-Conosur, Santiago, 1986.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

DELEUZE, Gilles, “Post-scriptum sobre las sociedades de control”, 1992, en línea: <https://www.jstor.org/stable/778828>, consultada: 03/10/2019.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual: Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 1ª Ed.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil: Una visión comparatista”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1990, n° 188, pp. 154-168.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

HAN, Byung-Chul, *La sociedad del cansancio*, Editorial Herder, Barcelona, 2012.

LIHN, Enrique, *La aparición de la Virgen y otros poemas políticos (1963-1987)*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012.

RUEDA FONSECA, María, “Las vertientes doctrinarias del daño moral o pretium doloris”. *Revista Boliviana de Derecho*, 2007, no. 4, pp. 21-58.

⁶¹ LIHN, Enrique, *La aparición de la Virgen y otros poemas políticos (1963-1987)*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, 1ª edición, p. 111.

b) Jurisprudencia Citada

Corte de Apelaciones de Talca, 7 de Julio de 2009, causa n° 1702/2007 (Civil), resolución n° 14589
4° Juzgado de Letras de Talca, 31 de Enero de 2013, C-3905-2009
17° Juzgado Civil de Santiago, 27 de Enero de 2015, C-18903-2012
Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de enero de 2017, causa n° 1434/2016 (Sección civil), resolución n° 1976
18° Juzgado Civil de Santiago, 2 de octubre de 2017, C-24654-2014
Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 28 de agosto del 2018, O-237-2018

c) Normativa

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969
Ley 340, aprueba Código Civil, 1869 (Argentina)
Ley 26.994, aprueba Código Civil y Comercial, 2014 (Argentina)
Decreto con fuerza de ley n°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 2000 (Chile)
Decreto Supremo N° 100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 2005
Code de la sécurité sociale (Francia)
Loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976, relative au développement de la prévention des accidents du travail, 1976 (Francia)
Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, 1985 (Francia)
Ley 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, 2016 (Francia)