

INTRODUCCIÓN

El daño moral es objeto cada día de estudios y discusiones, que junto a la importancia práctica de la materia, convierten el tema en uno de los aspectos más sensibles del derecho.

Los estudios jurídicos en este campo han evolucionado considerablemente en casi todas las legislaciones, así se han elaborado interesantes debates en las doctrinas extranjeras, desarrollándose tendencias de gran peso jurídico sobretodo en las legislaciones europeas.

No ha sido el caso de nuestra doctrina y jurisprudencia, podemos decir que prácticamente ha permanecido ajena o ausente con respecto al estudio del tema que nos ocupa; son escasos los autores que se han preocupado por el daño moral como institución.

Sin duda que el daño moral merece una preocupación preponderante y mayor, ya que son patentes las carencias de la Doctrina nacional y de la Jurisprudencia, arrastrándonos a situaciones que no deben perdurar en el tiempo.

Si antes se soportaba el daño causado atribuyendo la causa de ese daño a la "mala suerte", hoy se busca al responsable de dicho daño.

Lo anterior se debe por el cambio de ideas que ha experimentado el hombre contemporáneo, la vida moderna se desarrolla en actividades cada vez más riesgosas, en que se hace imprescindible establecer responsabilidades, en caso de daños.

Esta memoria esta dividida de la siguiente forma:

- a) Introducción;
- b) tres capítulos denominados I. antecedentes históricos del daño moral, II. evolución histórica y situación del daño moral en los países latinoamericanos, III. y evolución histórica y situación del daño moral en Chile y;
- c) Conclusiones

La introducción junto con presentar el tema que hemos elegido aborda además el tema de los distintos conceptos que del daño moral han planteado los autores.

Capítulo I: Antecedentes históricos del daño moral.

En el primer capítulo de este trabajo, se comprende el análisis histórico del tema que nos ocupa en el derecho romano, en el derecho germánico, en el derecho español, en el derecho francés, y en el sistema de los países del Common Law, precisando cuales serían las posibles instituciones que sirvieron de antesala al concepto de daño moral.

Creemos que la importancia de este capítulo se debe esencialmente a que para tener un mayor entendimiento del tema de estudio se hace necesario conocer sus antecedentes históricos.

Capítulo II: Evolución histórica y situación del daño moral en Latinoamérica.

Actualmente, la figura del daño moral está ganando muchos más adeptos en el compendio jurídico de nuestros países latinoamericanos, debido a las múltiples demandas ganadas en los países europeos y anglosajones.

Este segundo capítulo trata la evolución histórica del daño moral en los países latinoamericanos, en que se aprecia que a pesar de estar en un mismo continente y de hablar una misma lengua, existe una diferencia abismal en el desarrollo de esta tema.

Se resalta la preocupación doctrinal y jurisprudencial de los países de México y Argentina, que gozan de abundante material de estudio como también de una extensa jurisprudencia.

No así sucede con países como Perú, Colombia, Uruguay, Cuba, Bolivia (de esta ni siquiera la incluimos por falta de material), etc.

Capítulo III: Evolución del daño moral en Chile.

En este último capítulo se analiza el desarrollo que ha experimentado esta institución en nuestro país, en especial, la evolución que en esta materia ha tenido la jurisprudencia, por cuanto en nuestro país, como en muchas otras legislaciones inspiradas en el código civil francés, ella ha jugado un rol fundamental en la aceptación y reparación de este perjuicio.

También se abordarán las razones de la jurisprudencia y de la doctrina para fundamentar la mayoritaria negativa de reparar los daños morales derivados de un incumplimiento contractual, como también los argumentos de una minoría de fallos que aceptan esta reparación.

Por último, este capítulo analizará cual ha sido la evolución del daño moral en nuestra historia constitucional.

En la parte final de este trabajo se anotan las conclusiones que la realización de este trabajo nos merecen.

EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Previamente al estudio de los antecedentes históricos de la institución objeto de este trabajo, nos referiremos al concepto mismo de daño moral y a las distintas posiciones de los autores sobre este tema. Es de hacer presente que estas distintas concepciones importan también una distinta denominación de este perjuicio, así por ejemplo, se habla de "daño extrapatrimonial", "daños no pecuniarios", "perjuicio no económico", etc.

En cuanto al concepto mismo, las concepciones que analizaremos, y siguiendo el modelo propuesto por la profesora DOMÍNGUEZ, se separan entre aquellas que simplemente lo contraponen a una institución que suponen conocida sin definirlo (concepciones negativas), de las que pretenden darle un contenido concreto (concepciones

positivas). Es de hacer notar que las concepciones negativas han sido mayoritariamente abandonadas por los autores, quienes han dirigido su tarea a la elaboración de un concepto sustantivo del daño moral.

a) Concepciones Negativas:

a.1- Daño moral es todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial:

DE CUPIS afirma que *daño material* es el daño que tiene por objeto un interés patrimonial y *daño no patrimonial* es "todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial por tener por objeto un interés no patrimonial"¹

a.2- Daño moral es todo daño que no repercute en el patrimonio:

Para esta posición el criterio distintivo entre el perjuicio material y el daño moral es la repercusión que tienen en el patrimonio de la víctima o del acreedor. En este sentido se sostiene que por daño moral "se entiende aquel daño que no tiene ninguna repercusión en el patrimonio material"² o que "ni aun indirectamente se traduce en una disminución patrimonial"³

¹ DE CUPIS, citado por CARMEN DOMÍNGUEZ, "*El daño moral*", Editorial Jurídica. Santiago, 2000, página 52.

² TEUCRO BRASIELLO, Citado por FERNANDO FUEYO LANERI "*El daño extrapatrimonial y su indemnización; especialmente en materia contractual.*" Separata de la revista de Derecho Privado, Santiago de Chile, Enero-Marzo de 1966, página 4.

³ BONASI, citado por CARMEN DOMÍNGUEZ, "*El daño moral*", op. cit., página 54.

a.3- Daño moral es todo daño que carece de equivalencia pecuniaria.

Se ha sostenido que el criterio que separa las categorías de daño moral y daño material es la aptitud para reparar el perjuicio correspondiente mediante un restablecimiento monetario, así se ha sostenido que será daño moral aquel "cuya valoración en dinero no tiene base para la reparación".

Se critica a este concepto el confundir el tema del contenido del daño moral con el relativo a la aptitud de éste para recibir una indemnización pecuniaria, los cuales son temas independientes. Por otra parte esta definición omite señalar que la reparación del daño moral puede darse *in natura* y además, se ha criticado que existen daños materiales, como el lucro cesante, que presentan igualmente una dificultad para apreciarlos en dinero, lo que no los constituye por esta razón en daños morales.

Todas esta concepciones negativas han sido criticadas por el poco valor científico que significa intentar definir un concepto contraponiéndolo con otro que se considera conocido, como señala PIZARRO "el daño moral debe ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es",⁴ por otra parte, si este perjuicio tiene entidad suficiente como para ser resarcido, su definición debe ser posible de un modo directo y no en oposición al daño material.

b) Concepciones positivas

b.1- Daño moral como pretium doloris.

La reparación pecuniaria del daño moral a menudo se cita en latín con la locución *pecunia* o *pretium doloris*, dinero o precio del dolor, y en alemán con la palabra *Schmerzensgeld*, dinero del llanto, lo que quizás pueda explicar que para cierto sector de la doctrina el daño moral se identifique con el sufrimiento físico o psíquico que causa al perjudicado la lesión, de alguna manera esta idea está presente en RENÉ SAVATIER cuando señala que el daño moral es "*todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria*"⁵, en este mismo sentido, y de modo más notorio, SCOGNAMIGLIO identifica a este perjuicio con "*los dolores, las turbaciones psíquicas que derivan del quebranto parecido*".

Durante muchos años éste era el alcance que la jurisprudencia de nuestros tribunales daba al concepto de daño moral, en efecto, nuestros tribunales en distintas oportunidades han señalado que provoca daño moral toda acción u omisión que menoscaba, deteriora o perturba facultades espirituales, afectos o condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana. Además ha señalado que importa daño moral la aflicción, el dolor, el pesar que causa en los sentimientos, creencias, afectos o

⁴ RAMÓN DANIEL PIZARRO, "*Daño moral. Prevención, reparación, punición.*" Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996, página 37.

⁵ Citado por ENRIQUE BALTIERRA RETAMAL, "*Indemnización del daño moral en la legislación civil chilena*". Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1956, página 14.

sensibilidad el hecho ilícito, sea en la víctima o en sus parientes más cercanos.⁶

Esta posición ha sido criticada por cuanto limitar el concepto de daño moral a los sufrimientos físicos o psíquicos no permite fundamentar las indemnizaciones otorgadas, como sucede en la jurisprudencia comparada, cuando se lesionan bienes como el honor o la intimidad personal o familiar. Además, si aceptamos esta concepción, entes como las personas jurídicas, que "no aman no sufren", no podrían pedir una reparación por los atentados a esos mismos bienes.⁷

Por otra parte, también se argumenta en contra de esta tesis, la confusión que supone entre las consecuencias del daño (dolor o sufrimiento) y el daño en sí mismo. ZANNONI afirma que el derecho no resarce cualquier dolor o humillación, tiene que existir además la lesión de un bien jurídico en que el ofendido tenía un interés protegido por el derecho, y pone un ejemplo ilustrativo: Si se presencia como un conductor atropella violentamente a una persona, no podrá demandarse indemnización por el dolor que le produzca ese hecho, salvo en que se tenga un interés jurídico en la conservación de esa persona.⁸

⁶ En este sentido C. Suprema, 20 de junio de 1934. R., t. 31, sec. 1ª, p. 463; C. Suprema, 26 de agosto de 1941. R., t. 39, sec. 1ª, p. 203; C. Santiago, 25 de marzo de 1958. R., t. 56, sec. 4ª, p. 195; C. Santiago, 3 de junio de 1973. R., t. 70, sec 4ª, p. 65 y; C. Suprema, 23 de mayo de 1977. F. Del M. N° 222, sent. 4ª, p. 108 (C. 16, p. 114).

⁷ Recordemos que en nuestro país, en virtud del artículo 2331, una corporación sin fines de lucro y que, a pesar de ser denigrada, no haya experimentado ningún daño económico, no podrá solicitar una indemnización *pecuniaria*, pero nada le impide demandar otra clase de reparación como, por ejemplo, una retractación en los diarios.

⁸ Citado por CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit., página 59.

b.2- Daño moral como lesión a un derecho extrapatrimonial.

Esta posición, de gran predicamento en Francia, Italia y Argentina, señala que el daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial; en contraposición, el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes económicos. De esta manera el criterio para distinguir entre una y otra clase de perjuicio, es la naturaleza del bien lesionado.

LALOU⁹ ha definido al daño moral en este sentido como "el que atenta contra los derechos extrapatrimoniales"¹⁰, BREBBIA, también comparte este criterio cuando expresa que "Daño moral es el que se origina por la violación de derechos de la personalidad y de otros derechos de naturaleza extrapatrimonial".^{11 12}

Las críticas a esta posición están dirigidas a que no es exacto que la lesión a un derecho extrapatrimonial arroje necesariamente un daño de esa especie, por lo general, un menoscabo de aquella naturaleza, por ejemplo la lesión a la integridad psicofísica de la persona, puede generar, además del daño moral, un daño de naturaleza patrimonial (sí, por ejemplo, repercute en la capacidad productiva del dañado, produciendo una disminución en sus ingresos). Por su parte, es posible que la lesión a derechos patrimoniales sea

⁹ Citado por BALTIERRA, "*Indemnización del daño moral...*", op. cit., página 14.

¹⁰ luego este autor comprende entre esa clase de derechos a "los derechos políticos, los derechos inherentes a la personalidad, el derecho a la vida, a la libertad de conciencia o de palabra y los de familia resultantes de la calidad de esposo, de pariente, etc.

¹¹ ROBERTO H. BREBBIA, "*Hechos y actos jurídicos*". Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires. 1979, página 59.

¹² FUEYO LANERI también acepta esta definición agregando además en su definición que "debe repararse el daño mediante una cantidad de dinero que se fija discrecionalmente por el juez", lo cual es criticable por cuanto, además de ser un elemento referente a la reparación del daño, la indemnización también podría darse *in natura* y no necesariamente en dinero. "*El daño moral extrapatrimonial...*" op. cit., página 4

susceptible de causar, al mismo tiempo, un daño material y también uno moral, como el caso del incumplimiento de un contrato de transporte que frustra la asistencia al funeral de un pariente cercano del acreedor o la pérdida o destrucción de un objeto material de nuestra propiedad al que nos encontrábamos afectivamente adheridos (una obra de arte, por ejemplo).

PIZARRO, quién apoya estas críticas, sostiene además que algunos autores han esbozado "una artificiosa distinción entre *daño moral con repercusión sobre el patrimonio y daño moral puro*", según si la lesión al derecho extrapatrimonial haya generado o no consecuencias en el patrimonio del dañado, agregando que es una construcción inconveniente por cuanto "termina llamando daño moral con repercusión patrimonial a un menoscabo que es puramente patrimonial".¹³

b.3- Daño moral como menoscabo a derechos referidos a la personalidad.

Es una posición el daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los "derechos personalísimos" o de la "personalidad", que protegen como bien jurídico tutelado a los atributos de la personalidad, tales como la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad física, etc.

Esta doctrina, que ha recibido amplia adhesión en la civilística y tribunales españoles, constituye una síntesis de la anteriormente analizada por lo que es pasible de las mismas críticas, ya que sólo tiene en cuenta la índole del

derecho lesionado y no la repercusión que en sí misma produce la acción dañosa en el patrimonio de la persona o en su subjetividad. Además, la referencia a los derechos de la personalidad importa una visión limitada por cuanto omite la existencia, en el ámbito extrapatrimonial, de otros derechos, como los políticos, sociales o los que nacen de las relaciones de familia, cuya lesión también debería generar un daño moral.

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

Para otro sector de la doctrina, el daño moral consiste en la lesión a un interés de carácter extrapatrimonial, que es presupuesto de un derecho. Por el contrario, el daño material debe ser definido como la lesión a un interés de orden patrimonial. Como señala ZANNONI la distinción entre daño moral y patrimonial no radica "en el distinto carácter del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho".¹⁴

En este sentido BUERES señala que "daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extrapatrimonial".¹⁵

Esta posición ha sido criticada por cuanto confunde las expresiones "daño en sentido amplio" (lesión) y "daño resarcible", puesto que si bien el primero comprende toda

¹³ RAMÓN DANIEL PIZARRO, "*Daño moral, prevención...*", op. cit. página 39.

¹⁴ Citado por DANIEL PIZARRO, op. cit. , página 42.

¹⁵ Citado por CARMEN DOMÍNGUEZ, quién expresa que comparten este criterio Zannoni, y Larroumet entre otros, "*El daño moral*", op. cit., página 65.

lesión a un derecho o a un interés de orden patrimonial o extrapatrimonial, el segundo alcanza únicamente y exclusivamente a las consecuencias perjudiciales que se desprenden de tal lesión.

Frente a estas críticas la doctrina ha elaborado un nuevo criterio conceptual, el cual, a su vez, tampoco ha estado exento de fundadas críticas.

b.5- Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia que la acción dañosa provoca en la persona.

Para esta posición, que ha tenido su principal desarrollo en Argentina, si el daño patrimonial se determina por el menoscabo al patrimonio de una persona, sea en sus elementos actuales, posibilidades normales, futuras o previsibles, el daño moral también debe apreciarse por las consecuencias que produce.

De esta manera, MOSSET ITURRASPE define al daño moral como "toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra"¹⁶, por su parte PIZARRO, y con mayor detalle, expresa que el daño moral "importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial".¹⁷

¹⁶ JORGE MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad Civil", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, página 242.

¹⁷ RAMÓN DANIEL PIZARRO, "El daño moral", op. cit., página 47

Como podemos advertir, el daño moral se produce por el disvalor subjetivo producido, es decir, por la comparación existente de la situación en que se encontraba la víctima antes y después del evento dañoso.

Las críticas a esta corriente se enfocan principalmente en dos aspectos: En primer lugar si seguimos este concepto no se podría indemnizar el daño moral que experimenta una persona jurídica en su reputación, crédito o autoridad moral¹⁸, por cuanto este repara las consecuencias causadas en el "espíritu" o en la "subjetividad" de la persona, y; en segundo lugar, y como expresa la profesora DOMÍNGUEZ, "su adhesión implicar limitar esta indemnización a las personas que se encuentran en condiciones de `entender, querer o sentir´... el individuo que se encuentra en un estado de inconsciencia que por enajenación o insuficiente desarrollo mental, no es capaz de aprehender o comprender cuanto sucede a su alrededor, no podría ser sujeto de este tipo de perjuicios."¹⁹

¹⁸ Lo que en la doctrina comparada constituye un principio cada vez más aceptado.

¹⁹ CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit., página 70.

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DAÑO MORAL
EN EL DERECHO ROMANO.

En las primeras épocas de la historia jurídica de Roma, sólo eran considerados los intereses materiales, y en la medida que se fueron desarrollando distintas instituciones jurídicas, ya de carácter civil o penal, se fue ampliando la categoría de los intereses que debían ser protegidos, llegando por último a los bienes morales.

De esta evolución jurídica nacieron nuevas relaciones de derecho cuya tutela se hacía indispensable, y pasó del factor económico, estimado en un primer lugar, a considerar diversos aspectos como los intereses no materiales que atañen a la personalidad.

Así, se fue extendiendo la idea de preservar la personalidad de toda lesión injusta pues, la visión del "damnum" en Roma era esencialmente subjetiva, ellos veían en el "damnum" más que una lesión material de la cosa, una lesión a la persona a quien la cosa pertenecía. ULPIANO decía: "el daño no es la material disminución de la cosa y de su valor, sino las consecuencias sufridas por el hombre por tal disminución".²⁰

²⁰ OLGA GUÍÑEZ GÓMEZ, "El daño Moral", Memoria de Prueba, Santiago de Chile, 1936, página107.

Se permitía, al ofendido de un acto ilícito, que se pusiera en acción para infligir al que lo hubiera cometido, la sanción pertinente mediante represalias, de las que eran ejecutores los grupos familiares o gentilicios de los cuales el ofendido era integrante.

Más tarde, se regula ese poder sancionador mediante la ley del talión y se admite la composición privada mediante el pago de una cantidad de dinero que no tuvo en principio carácter compensatorio del daño, sino solamente penal y vindicativo.

La regulación decemviral y la aquiliana constituyeron verdaderos adelantos: la primera por su tipificación y tabulación, la segunda por la incorporación de la culpa como requisito mínimo de imputabilidad en materia de daños, a personas o a cosas.

Partiendo de la ley Aquilia (anterior al 242 a. C., pero de fecha incierta) los juristas clásicos comenzaron a desarrollar conceptos que desde entonces son fundamentales en materia de daño y culpa extracontractual.

Con esta ley aparece un nuevo requisito en la formación del daño, la iniuria (injuria). Se entendía por injuria "omne quod non jure fit" (todo lo que se hace contrario a derecho), es la contradicción a toda norma de derecho²¹.

En el Derecho Justiniano, el concepto de injuria se expandió de tal modo que comprendía "todo hecho mediante el

²¹ OLGA GUÍÑEZ GÓMEZ, "El daño Moral", misma obra, página 108.

cual manifestare de una manera contraria a derecho, un desprecio a la personalidad de otro".²²

Se obraba con injuria, toda vez que se le imputaba al actor dolo o culpa, la que podía consistir en una acción o una omisión, es decir podía tratarse de una culpa in faciendo o in omitendo.

Se requirió, entonces, que el daño fuera causado con culpa, que hubiera norma jurídica violada (iniuria) con una relación directa de causalidad (corpore corpori) con una conducta positiva y no simplemente omitida aunque por vía útil se terminaron castigando los daños indirectos y causados por omisión.

ULPIANO resaltaba el doble requisito de ilegalidad y culposidad que el daño debía tener por compañeros para hallarse comprendido en la Lex Aquilia, la que sobre el particular expresamente derogó la Ley de las XII Tablas; y cualquier otra que regulare la materia.

En la ley Aquilia hallamos los elementos necesarios del resarcimiento del daño, por una parte, la voluntad y la culpa, de las cuales surge el concepto de la imputabilidad y la responsabilidad.

La voluntad de realizar un acto en contra de la norma jurídica, o de no haber ejecutado el acto desobedeciendo la norma, lo que hacía aplicable la actio lege Aquilia; y la

²² Windscheid, Diritto delle Pandete, anotado por C. FRADDA Y P.BENDESA, T.II. n° 472. Citado por RAMÓN DANIEL PIZARRO, "Daño Moral, prevención...", op. cit. página 62.

lesión de la norma de derecho (injuria) operada con culpa que da lugar al *damnum*.

En la época clásica la acción de la ley Aquilia era una acción penal privada, que en la "*condemnatio*" obligaba al causante del daño a pagar una suma de dinero a título de pena, es decir, que de la comisión del daño surgía una obligación que relacionaba a las partes; el que dañaba se obligaba a pagar al dañado una suma de dinero a título de pena y éste podía exigir la pena a través de una *actio* del derecho civil: *actio ex lege aquiliae*.

La *actio legis aquilia* podía concurrir con las acciones penales, cuando un hecho perjudicial reunía las condiciones para caer bajo la aplicación de la ley penal. Pero insensiblemente se llegó a separar estas acciones de las *rei persecutorias*, dando a éstas por única función resarcir el daño patrimonial y las acciones penales se reservaron para la protección de los bienes jurídicos inmateriales. Con este fin los romanos concedían al ofendido a título de satisfacción una suma de dinero que servía para reparar los daños no patrimoniales; era una condena pecuniaria que debía pagar el ofendido a la víctima como castigo por la injuria cometida.

Se comenzó a distinguir entre el concepto de pena pública y privada; ésta era una condena a favor del ofendido como reparación del daño, pero más a título de satisfacción en aquellos casos en que no había desmedro patrimonial como en las ofensas a la personalidad física o moral. Tendían las

acciones penales a proteger la personalidad y sus intereses no económicos, alcanzando gran desarrollo. La principal era la actio injuriarum aestimatoria.

También en los contratos los romanos tomaban en cuenta el interés moral y en los contratos patrimoniales se admitían convenciones accesorias de carácter no pecuniario. Se cita "el incumplimiento de un contrato que no le causaba al acreedor sino un daño moral, daba lugar a la reparación".²³

Pero en este punto no queda claro si en el Derecho Romano se consideraba el daño moral en materia de contratos, pues por mucho tiempo la doctrina francesa estimaba simplemente inconcebible lo anterior, pero también existen quienes sostienen que los romanos no hacían distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Entre las acciones de protección a los bienes jurídicos inmateriales se destaca la actio injuriarum aestimatoria (acción de injurias) cuyo objeto era proteger la personalidad contra los ataques intencionales y antijurídicos, fueran físicos o morales y por vía de hecho, de palabra, o de cualquiera otra manera.

Si hoy, en todos los códigos modernos se parte del principio general de que toda persona que por su culpa ocasione un daño a otro debe repararlo (desconocido con esta amplitud en Roma) sin embargo, las raíces de este principio

²³ HENRY Y LEÓN MAZEAUD- ANDRÉ TUNC, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual",. EJE. Buenos Aires, 1961. página 429.

las encontramos en la ley Aquilia, de ahí su importancia en esta materia.

2- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DAÑO MORAL

EN EL DERECHO GERMÁNICO.

En antiguo Derecho alemán no existía distinción entre lo patrimonial y lo no patrimonial. El derecho que se le reconocía al ofendido y a su familia era la venganza. Más tarde, dicha forma de autocomposición se reemplazó por la composición o Busse.

La Busse, era una multa privada, la que en principio fue facultativa, transformándose luego en una multa obligatoria. Por medio de esta acción se protegía bienes como la vida, la libertad, la salud, etc.

En cuanto a su naturaleza, se le estimaba como una pena y una reparación a la vez, (ésta última entendida en el mismo sentido que le damos hoy a la palabra). Luego, las penas privadas pasaron a convertirse en penas públicas, pero la Busse (multa privada) se confunde con la acción civil, de modo que subsiste solamente con su carácter de reparación pecuniaria del daño.

En el siglo XV se produce la llegada del Derecho Romano al Derecho común alemán, extendiéndose con ello los principios relativos a los intereses no patrimoniales, principalmente, la actium injuriarum. Pero, poco a poco, se

restringiendo la noción romana de interés, considerándose únicamente los intereses de valor pecuniario. Por consiguiente; se le daba valor jurídico, solamente, a los daños patrimoniales.

Lo anterior, se aplicó en las obras de la jurisprudencia y de los Pandectistas. Dicha situación, de considerar solos los intereses patrimoniales fue considerado un error, pues IHERING, explica que aquella restricción del sentido de la palabra interés, se debió a una falsa interpretación de los textos del Derecho Romano.²⁴

Se produjo un vacío en la protección de los bienes inmateriales, de manera que en esta época surge una nueva institución conocida como "pecunia doloris" (precio de dolor) que en expresión alemana se denominó "Schmerzensgeld".

El origen del Schmerzensgeld fue una acción que tenía por finalidad la reparación de un daño no pecuniario: el dolor físico.

En cuanto a la naturaleza de esta institución, algunos señalaban que se trataba de una pena privada, en cambio otros aseguraban que era un resarcimiento, cuyo fundamento es que en él se mide el dolor del ofendido y no la culpa del ofensor.²⁵

²⁴ OLGA GUIÑEZ GÓMEZ, "El daño Moral", op. cit., página 112.

²⁵ OLGA GUIÑEZ GÓMEZ, misma obra, página 114.

A fines del siglo XIX, se revivió la institución de la Busse (multa privada), dejando de ser una pena privada, como lo era antaño, para tomar el lugar de reparación civil.

Se incorpora al Código Penal Alemán en el artículo 188 que dispone: "En los casos previstos en los artículos 186 y 187 (difamación y calumnia) si lo demanda el lesionado y cuando la injuria lleva consigo consecuencias que pueden perjudicar al patrimonio, al provecho o al porvenir de éste, se le puede conceder, independientemente, de la pena una Busse que no pase de seis marcos".

Además el artículo 231 del Código Penal alemán dispone, por su parte, que en todos los casos de atentados corporales al demandarlo el perjudicado, se le puede conceder, independientemente de la pena, una Busse que no pase de seis mil marcos.

En esta época la Busse va ha resarcir un daño y a la vez imponer un castigo, confundiendo ambas funciones de resarcimiento y de pena.

El Código Civil Alemán la ha dejado subsistir, paralelamente, con la acción del resarcimiento civil del derecho privado.

El Código Civil Alemán, en varios artículos contemplados en el Título denominado "Actos Ilícitos", como los arts. 823²⁶, 826 y 847²⁷, protege algunos derechos de la

²⁶ Esta disposición señala en su inc. 1º que "Quién dolosa o culpablemente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona, esta obligado para con ella a la indemnización causada por esto".

personalidad sancionando su vulneración con una acción de perjuicios por el acto ilícito. En estos artículos se protege bienes como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, las buenas costumbres, de tal manera, que el perjudicado pueda exigir una indemnización equitativa en dinero a causa del daño que no sea daño patrimonial.

En la Ley Fundamental de la República Federal, se evidencia la constante preocupación del Derecho Alemán en esta materia, pues dentro de sus normas se regula sobre la intangibilidad de la dignidad del hombre y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, y si a ello le sumamos la adecuada intervención del Tribunal Supremo Federal, es por eso que da reconocimiento a un Derecho General de la Personalidad, que algunos señalan como un "acto de manifiesta creación judicial del Derecho".²⁸

3- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO

ESPAÑOL.

1- El daño moral en el antiguo Derecho Español.

²⁷ En su primera parte dispone: "*En el caso de lesión en el cuerpo o en la salud, así como en el caso de privación de libertad, el perjudicado puede exigir una indemnización equitativa en dinero a causa del daño que no sea daño patrimonial*".

²⁸ FERNANDO FUEYO LANERI, "El daño extrapatrimonial y su indemnización; especialmente en materia contractual.". op. cit., página 9.

Se reconocen importantes antecedentes de la reparación del daño moral en el Código de las VII Partidas, pero no en un sentido general, sino casuístico. Como anota RAMÓN DANIEL PIZARRO, en la Ley I, Título XV, Partida VII, se consagra expresamente que el daño es *"el empeoramiento, o menoscabo, o destrucción, que el hombre recibe en sí mismo, o en sus cosas, por culpa de otro"*²⁹, y esto a propósito de los comentarios de GARCÍA LÓPEZ quién señala que el daño que se recibe en sí mismo, no puede ser otro que el que viene denominándose moral o no patrimonial.

Según BREBBIA, al igual de lo que ocurría en Roma, al ofendido por la deshonra se le reconocían dos acciones diferentes las cuales se excluían una a la otra;, una de ellas consistía en que el ofensor debía pagar una suma de dinero al ofendido, la cuál era apreciada, en principio, por éste, y fijada por el juez; la segunda tenía el carácter de una acusación, siendo el juez quién determinaba el monto de la pena; el monto de esta última ingresaba a fondos públicos.

2- Código Civil Español

El Código Civil Español, inspirado en el Código de Napoleón, comenzó a regir el 1º de mayo de 1889, con texto definitivo de 24 de julio del mismo año. Consta de un Título Preliminar, 4 Libros y 1976 artículos, más disposiciones transitorias y adicionales. Por Real Decreto de 31 de julio de 1889 se declaró su aplicación a Cuba,

²⁹ RAMÓN DANIEL PIZARRO, *"Daño Moral: Prevención..."* op. cit., página 62.

Puerto Rico y Filipinas, entrando a regir a los veinte días siguientes a su publicación en los periódicos de las Islas.³⁰

Este cuerpo legal no contiene en sus preceptos regulación respecto del daño moral, pues dicha institución resultaba desconocida a la época de dictación del Código, por lo que ha sido la doctrina y la jurisprudencia, a partir del artículo 1902, la que ha desarrollado con mayor precisión el alcance de la responsabilidad. Señala esta norma que *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esta obligado a reparar el daño causado"*.

En España la totalidad de la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial. En tal sentido, nos dice DE CASTRO ³¹"el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general"

Por su parte, HERNANDEZ GIL utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las

³⁰ LESLIE TOMASELLO HART, *"El daño moral en la responsabilidad contractual"*, Editorial Jurídica de Chile, página 443

³¹ DE CASTRO Y BRAVO, *"Temas de Derecho Civil"*, Madrid. 1972, pág. 9.

relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del Derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector de Derecho comparado que representa el Derecho anglosajón³².

4- SITUACIÓN DEL DAÑO MORAL EN

LOS PAISES DEL COMMON LAW

En los países del sistema del *common law* no se encuentra un concepto genérico del daño moral, sino más bien se tipifican ciertos daños como no pecuniarios o *non economic loss*, así en Estados Unidos se consideran de esta especie el "daño hedonístico" (*hedonic damages*) y en Inglaterra "loss of amenity", también existe el dolor o sufrimiento "*pain and suffering*", y el "*loss of consortstium*" por el que se repara las pérdidas de un cónyuge o un hijo, o de no contar con ellos para las atenciones físicas o morales o bien la pérdida de la vida común que se tenía.³³

En cuanto a la reparación de los daños morales (*non economic loss*), tratándose de actos ilícitos (*torts*) la doctrina del *Common Law* la admite ampliamente, en materia de contratos (*contrats*) la doctrina más común es que en esta materia no es posible obtener la reparación de esta especie

³² ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, "*Derecho de Obligaciones*". Ceura, Madrid 1983, pág. 115

de perjuicio; sin embargo, esta afirmación no es absoluta por cuanto, y como expresa la profesora DOMINGUEZ³⁴, si el contrato contiene expresa o implícitamente una obligación que, de ser incumplida causaría daños no económicos la víctima podría situar su acción en el ámbito contractual y no en la reparación por *tors*. En definitiva, es el contenido del contrato y la previsibilidad de esta especie de daño, los que determinan si es posible reparar el daño extrapatrimonial derivado de su incumplimiento, esto aparece de manifiesto en ciertas figuras contractuales, como en la relación médica o en el transporte de personas o en la promesa de matrimonio.

5- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DAÑO MORAL

EN EL DERECHO FRANCÉS

En el Derecho francés, la institución del daño moral encuentra su origen principalmente en la labor que ha desarrollado la jurisprudencia; ella ha sido la que desde temprano, ha reconocido la existencia de esta clase de perjuicio y ha admitido la procedencia de su reparación, no obstante que el *Code*³⁵ y otros cuerpos legales han omitido

³³ JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER, "*El daño extracontractual*", Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1997 página 115

³⁴ CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO, "*El daño moral*", op.cit. página 274

³⁵ El Código Civil francés fue discutido y aprobado desde marzo de 1803 a 1804 a través de treinta y seis distintas leyes, las que fueron reunidas en un solo cuerpo por Ley de 21 de marzo de 1804.

totalmente el tratamiento respecto de esta clase de perjuicio.

Desde comienzos del siglo XIX, y como señala la profesora DOMINGUEZ³⁶, motivada por razones de justicia, la jurisprudencia civil se mostrará proclive a la reparación de esta clase de perjuicios, cuando estos se producían como consecuencia de un hecho constitutivo de delito, compartiendo de esta manera el criterio de los tribunales penales los cuales ya habían reconocido la procedencia de la indemnización de los daños morales causados por un ilícito penal.

Luego, en una segunda etapa, la jurisprudencia civil admitió la procedencia de la reparación de este perjuicio cuando su origen estaba en la comisión de un ilícito civil, destacándose en este punto la sentencia del procurador general Dupin de 15 de junio de 1833 en que se acoge la demanda de reparación del daño moral³⁷ en favor de un grupo de farmacéuticos del Departamento de La Seine, que demandaban a personas que ejercían ilegalmente esta profesión. A partir de esta sentencia los tribunales experimentarán una rápida evolución respecto de la indemnización de los daños extrapatrimoniales, desechando los distintos argumentos de aquellos que se oponían a la reparación de esta clase de perjuicio.

Si bien el Code no contiene ninguna norma que se refiera al daño moral, la jurisprudencia se apoyaba, para indemnizar

³⁶ CARMEN DOMÍNGUEZ, *"El daño moral"*, op. cit., página 424.

³⁷ CARMEN DOMÍNGUEZ, *"El daño moral"*, op. cit., página 251.

este rubro y así elaborar toda una teoría del daño moral, en los términos amplios del artículo 1382, que se encuentra en el capítulo de los delitos y cuasidelitos, que señala: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer*" (Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo). Esta norma llegará a convertirse en un principio general de responsabilidad civil extracontractual de carácter muy general³⁸ y permitirá finalmente a la jurisprudencia aceptar decididamente, la reparación del daño extrapatrimonial causados tanto en sede extracontractual como contractual. Por otra parte la jurisprudencia había desechado los argumentos en contra de la reparación del daño moral, relativos a la dificultad para evaluarlos en dinero, considerando que la indemnización en este caso no cumple una función de compensación, sino de satisfacción.³⁹

Cabe precisar que, si bien la evolución del criterio de la jurisprudencia de indemnizar los daños morales se produjo tempranamente respecto de los derivados de la responsabilidad aquiliana, ya desde mediados del siglo XIX se aceptaba su reparación, la situación fue distinta tratándose de los daños morales que se producían como consecuencia de un incumplimiento contractual.

Uno de los principales obstáculos para aceptar esta reparación en éste ámbito de la responsabilidad, se

³⁸ En este sentido H. Y L. MAZEAUD Y TUNC señalan: "*El precepto está concebido en los términos más generales que cabe: 'un daño' que puede ser tanto un daño moral como un daño pecuniario*". Tratado Teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y ,contractual" op. cit, página 431.

encontraba en la interpretación que hicieron de los textos romanos⁴⁰ DOMAT y POTHIER, principales inspiradores del Código Civil francés, quienes rehusaban categóricamente la reparación del daño moral en materia contractual.^{41 42}

Del estudio de algunos textos del Derecho Romano, principalmente la Ley 33, ad. leg. Aquilia, DOMAT concluye que el Derecho Romano rechazaba el resarcimiento del daño moral, puesto que el único atentado que podía ser reparado, era el causado a bienes materiales: "*Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto. (Valuti si filium tuum naturles quis occiderit quem tu magno emptum velles), sed quanti omnibus valeret... itaque eum filium naturalem possidet, non eo locupletiozem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fait*" D.9 .2.33.⁴³ de esta manera, en la evaluación de la indemnización de perjuicios causado por un incumplimiento contractual debía considerarse únicamente el daño material causado y no las pérdidas remotas, dentro de las cuales incluía el daño moral⁴⁴, además, para este autor, si la indemnización consiste por esencia en una suma de dinero es indispensable que el daño que se pretende reparar tenga

³⁹ CARMEN DOMÍNGUEZ, "*El daño moral*", op. cit. página 426.

⁴⁰ El Derecho romano constituye influencia directa del Derecho francés en materia de responsabilidad.

⁴¹ En este sentido LESLIE TOMASELLO. "*El daño moral en la responsabilidad contractual*" op. cit., página 342 y RAMÓN DANIEL PIZARRO, "*El Daño Moral: prevención, reparación...*" op. cit., página 63.

⁴² Para la profesora DOMÍNGUEZ, y siguiendo la opinión de RANJARD, DOMAT era reticente a la reparación del daño moral tanto en sede contractual, como cuando los daños fueren ocasionados por la infracción del deber general de no hacer daño a los demás, y sólo por excepción los admitía, puesto que en ambos ámbitos de la responsabilidad, el autor impone la obligación de evaluar los daños de manera "*El Daño Moral*" op. cit. página 231.

⁴³ "Si matase a mi esclavo, opino que no ha de estimarse el valor de afección (como si alguien hubiese matado a tu hijo natural que tú querías comprar a gran precio), sino sólo por lo que valiese para todos. Dice también SEXTO PEDIO que los precios de las cosas son evaluados, no por la afección o la

equivalencia económica, lo que, según DOMAT, no es posible realizar respecto del daño moral.

Para la profesora DOMÍNGUEZ, esta interpretación del jurista francés, en el sentido de que en el Derecho Romano no se aceptaba la indemnización del daño moral, es errada puesto que DOMAT habría prescindido de otros textos romanos, principalmente los del bajo Imperio, que sí consideraban el valor de afección en la evaluación del daño causado por la contravención de contratos de buena fe.⁴⁵ En todo caso, la interpretación de DOMAT se va a transmitir a todo el Derecho antiguo, y adoptada por POTHIER, quién también exige un interés pecuniario como requisito para la indemnización de perjuicios.

Los redactores del Código Civil recogieron también ésta interpretación, de manera que la exclusión del daño moral en materia contractual va a ser difundida como una regla firmemente establecida.⁴⁶

Posteriormente encontramos un grupo de autores que niegan la indemnización del daño moral en materia contractual, pero la aceptan cuando él produzca consecuencias pecuniarias; el profesor Tomasello cita entre estos autores a HUC, LAURENT y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE.⁴⁷

utilidad de personas concretas, sino de un modo general" Citado por DOMÍNGUEZ "El daño moral" op. cit. página 232

⁴⁴ CARMEN DOMÍNGUEZ Hidalgo, misma obra, página 230

⁴⁵ CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", misma obra, página 232. La autora además cita un texto de PAPINIANO: "Placuit prudentibus affectus ratimen in bonae fidei judicus habendam" (Ley 54-17-1)

⁴⁶ CARMEN DOMÍNGUEZ, misma obra, página 232

⁴⁷ LESLIE TOMASELLO H. "El daño moral en la responsabilidad contractual", op. cit. página 348 a 350.

Así LAURENT señala que en materia de contratos, el daño moral no puede ser tomado en consideración, puesto que ellos tienen por objeto intereses pecuniarios. En este mismo sentido BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE expresan que para el legislador francés los contratos no pueden ser relativos más que a los intereses pecuniarios de las partes; de esta manera, cuando una de las partes no ejecuta su obligación, la reparación que es debida a la otra no puede tener por objeto sino indemnizar a esta última un perjuicio apreciable en dinero, salvo el caso que el perjuicio moral acarreará indirectamente un daño pecuniario, y ponen como ejemplo el caso del protesto de un banquero ocasionado al no pagar un efecto de comercio, teniendo provisiones para ello, ya que ello perjudicará el buen nombre, reputación, etc. de la persona que emite, lo que indudablemente le provocará perjuicios patrimoniales.

A fines del siglo XIX se iniciará un importante debate, a partir de la obra de CHAUSSE, respecto al verdadero alcance del artículo 1149, norma básica que delimita el contenido de la indemnización. Señala este precepto que "*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf exceptions et modifications ci-après*" (Los daños y perjuicios debidos al acreedor son , en general, la pérdida que ha sufrido y la ganancia de la cual ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones más adelante establecidas). Respecto de la expresión "*..en général..*", CHAUSSE sostuvo que ella constituía prueba de que el

legislador no ha excluido, dentro de la indemnización contractual, la reparación del daño moral; sin embargo sus opiniones fueron rápidamente contestadas, argumentándose, como lo hacía BAUDRY-LACANTINIERIE, que la expresión del legislador pretende establecer la regla general, ello justifica la frase final de la misma norma "...salvo las excepciones y modificaciones más adelante establecidas".

Es sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX en que el principio de la reparación de este tipo de perjuicio pasó a constituir una regla establecida en la doctrina y la jurisprudencia francesa, no obstante existir sentencias anteriores que aisladamente ya aceptaban la indemnización del daño moral pero sólo respecto de ciertos contratos, fundamentalmente, del contrato de transporte. En este sentido podemos citar como primeros precedentes la sentencia del 1 de julio de 1889 del Tribunal Comercial de Toulouse que ordenó indemnizar el daño moral causado a un viajero que, habiendo pagado su billete de tren en una clase confortable, terminó siendo transportado en un vagón de mercancías; también la decisión del 20 de febrero del Tribunal Comercial de Saint-Etienne, que concedió la indemnización del daño moral ocasionado a un pasajero por el retraso del tren en llegar a su destino, ocasionándole un aumento de cansancio.⁴⁸

Posteriormente la jurisprudencia fue extendiendo este criterio de reparación a otras figuras contractuales como la

⁴⁸ CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit., página 428.

compraventa y el contrato de trabajo (respecto del daño moral causado por un despido injustificado)

Finalmente, alrededor de los años cincuenta, los tribunales franceses admitirán la reparación del daño moral derivado de un incumplimiento contractual, como un principio de responsabilidad de carácter general.

Respecto a la doctrina, ésta experimentará una evolución semejante, ya que desde esa misma época los tratadistas civiles aludirán a la reparación del daño moral en materia contractual, dando por sentado que se trata de una regla que tiene plena acogida en los textos legales.

Fruto del gran desarrollo en la aceptación del resarcimiento del daño moral, se ha formulado un verdadero catálogo de clases y categorías de menoscabos indemnizables. Basándonos en la obra de la profesora CARMEN DOMÍNGUEZ, podemos destacar entre ellas:

1- La pérdida de agrado (*préjudice d'agrément*)

Se comprende la pérdida de goces de la vida o de sus satisfacciones que la persona podía tener o esperar normalmente, antes de la ocurrencia del accidente. La sentencia de 2 de diciembre de 1977 del Tribunal de París definió este tipo de lesión extrapatrimonial como "*la disminución de los placeres de la vida causada especialmente por la dificultad o imposibilidad de realizar ciertas actividades normales de agrado*".

2- Perjuicio estético (*préjudice esthétique*)

Constituido por las deformaciones dejadas por las lesiones físicas y que hacen sentir a la víctima que tiene un defecto notado por los demás, aunque éstas no sean objetivamente importantes.

3- *Pretium doloris*

En Francia esta categoría comprende los sufrimientos físicos experimentados por la víctima como consecuencia de su lesión. Esta categoría pretende reparar los perjuicios físicos pasados y futuros y no los menoscabos psíquicos, los cuales se incluyen o bien en la categoría de los *préjudice d'agrément* o en las indemnizaciones por incapacidad que persiguen compensar a la víctima por la pérdida de aptitud para la vida en sus consecuencias fisiológicas, funcionales y económicas.^{49 50}

4- Perjuicio de Afecto (*préjudice d'affection*)

Esta categoría comprende, por una parte, la aflicción que causan en ciertas personas las lesiones o muerte de la víctima, y por otra, al daño causado en la persona misma, por ejemplo, por la pérdida de una cosa a la que se encuentra estrechamente vinculada.⁵¹

⁴⁹ CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit. página 444.

⁵⁰ En este sentido el profesor ELORRIAGA señala "Con todo, en la práctica los tribunales franceses únicamente han reconocido la individualidad del daño corporal y su reparación cuando los perjuicios corpóreos que sufre el sujeto no tienen incidencia profesional o económica, pues sólo en estos casos las secuelas físicas, tales como mutilaciones, amputaciones o enfermedades justifican una indemnización. Se confunde así, cuando hay consecuencias patrimoniales, el perjuicio fisiológico con la incapacidad para generar ingresos, pues el índice que se utiliza para mensurar el monto de la indemnización es el grado de esta incapacidad". FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS. "Configuración, consecuencias y valorización de los daños corporales". Cuadernos Jurídicos. Nº 1. Universidad Adolfo Ibañez. 1995, página 7.

⁵¹ CARMEN DOMÍNGUEZ. "El daño moral", op. cit., página 444

Como sentencias que forman parte de este grupo indemnizatorio, encontramos las del Tribunal Civil de Lyon de 26 de Mayo de 1897, que obligó a pagar a la administración de un asilo de ancianos una indemnización en favor de los familiares de una interna muerta, debido al incontestable daño moral y los sufrimientos que ellos habían experimentado. Otro caso fue resuelto por el Tribunal Civil de Marsella, en sentencia del 10 de Enero de 1871, confirmada por la Corte de Aix con fecha 6 de Mayo de 1872, ordenando el pago de una indemnización a los familiares por la muerte del padre de familia, señalando que no sólo existe perjuicio material en la muerte de este padre de familia, sino también, el perjuicio moral que resulta de ella.

Respecto a la legitimación para intentar estas acciones de indemnización, la doctrina y la jurisprudencia han expresado criterios distintos. En efecto, la doctrina desde temprano se ha resistido a la idea de que por el fallecimiento de una persona, otras puedan obtener una suma de dinero por la aflicción que dicen experimentar con esa muerte.⁵² Por su parte, la jurisprudencia ha ido evolucionando hacia un criterio cada vez más liberal en esta materia. El 9 de febrero de 1931, por fallo de la Cámara de Requétes, se limitó la acción a los parientes consanguíneos y a los afines, y así, siguiendo este criterio, se concedió acción a los hermanos y hermanas (Tribunal de París, 10 de febrero de 1933) y a los abuelos naturales (Tribunal de Nimes, 3 de Abril de 1933). Sin embargo, y como apunta la

⁵² CARMEN DOMÍNGUEZ. *"El daño moral"*, op. cit. página 444.

profesora DOMINGUEZ HIDALGO, en la actualidad la lista de titulares es larga y no se limita sólo a los parientes más próximos, sino, prácticamente, a todo aquel que acude a los tribunales invocando un sufrimiento moral causado por la muerte de la víctima⁵³, incluso se le ha concedido a la concubina y al concubino (Corte de Casación, 27 de febrero de 1970).⁵⁴

5- Perjuicio sexual (*préjudice sexuel*)

Este tipo específico de daño moral estaría constituido por la imposibilidad de tener una vida sexual normal. Algunos fallos han reconocido este perjuicio como una categoría autónoma, sin embargo, la mayoría entiende que estos se incluiría dentro de la categoría de los perjuicios de agrado⁵⁵.

6- Perjuicio Juvenil (*préjudice juvenile*)

Corresponde al dolor particular que experimenta una persona joven al comprobar su propia desgracia y la tristeza que genera la pérdida tanto de toda esperanza de llevar una vida normal en el futuro como de las alegrías propias de toda existencia (Tribunal de París, 25 de enero de 1968).⁵⁶

⁵³ *Ibíd*em página 445.

⁵⁴ *Ibíd*em página 445.

⁵⁵ *Ibíd*em página 447.

⁵⁶ *Ibíd*em página 447.

**CAPITULO SEGUNDO: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN DEL DAÑO
MORAL EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS.**

1- ARGENTINA

El estudio de esta legislación reviste especial interés con relación al aspecto histórico y posterior evolución del daño moral, por cuanto, fue la primera de su tiempo que reguló en forma expresa la reparación de esta clase de perjuicio⁵⁷; en efecto, la obra del Dr. DALMACIO VELEZ SARFIELD, redactor del Código Civil Argentino, se adelantó a su tiempo superando a otras legislaciones de su época, que no contenían normas sobre esta materia.⁵⁸ Intentando esbozar una razón para ello, nos remitimos a las palabras del profesor MOISSET DE ESPANES quién señala que el Dr. VELEZ SARFIELD era un práctico del Derecho, no era un hombre de escuela rígida y sistemática, era un abogado que fundamentalmente ejercía su profesión en los tribunales, aplicando el derecho, de manera que en el proceso de elaboración de las normas buscó dar soluciones prácticas, y dentro de estas soluciones, creemos que se encontraba la indemnización de esta especie particular de daño, que no era patrimonial y que se refería a los sentimientos de afección

⁵⁷ RAMÓN DANIEL PIZARRO, "*Daño Moral: Prevención, reparación, punición*". op. cit., página 161.

⁵⁸ MOISSET DE ESPANES, "*La costumbre, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Velez Sarfield*". Ediciones de Revista Notarial, separata del N° 81, 1975, página 37.

de una persona que por entonces no tenía un mayor desarrollo.⁵⁹

a) Aspectos Generales sobre el Código Civil Argentino.

El Código Civil Argentino fue sancionado por el Congreso el 25 de septiembre de 1869 y comenzó a regir el 1° de enero de 1871. Sus fuentes principales fueron el proyecto brasileño del doctor Esboço de Freitas, el Proyecto español de 1851, el Código Francés y el Chileno, como también varias obras doctrinales, como las de ZACHARIAE y AUBRY y RAU.⁶⁰ Por cierto que también en este cuerpo legal están presentes las influencias del Derecho Romano, principalmente en lo que dice relación con las obligaciones, y de la legislación española. Así MOISSET DE ESPANES señala, respecto del Derecho Romano, que "largo sería detallar...la influencia de la tradición romana, pues casi no hay solución, en materia de obligaciones, que no encuentre allí sus antecedentes"⁶¹ y, respecto de la legislación española, apunta que el codificador argentino la tuvo muy en cuenta "Basta recorrer las notas del Código⁶² para corroborar este aserto; a cada paso se encuentra una mención a las Leyes de Partida, o a las reales Cédulas para América, o a las

⁵⁹ En este sentido MOISSET DE ESPANES señala "*...en momentos en que la sicología estaba en pañales, se anticipa, y aunque tampoco fue un sociólogo científico, fue en cambio un sociólogo práctico, porque comprendió en su cabal dimensión la importancia de tener en cuenta las necesidades sociales.*" *"La costumbre, la tradición..."* op. cit. página 12.

⁶⁰ LELIE TOMASELLO, *"El daño moral en la responsabilidad contractual"*, op. cit. página 386.

⁶¹ MOISSET DE ESPANES, *"La costumbre, la tradición..."*, op. cit., página 30.

⁶² Hay que recordar que casi todos los artículos de este Código llevan a sus pies notas explicativas, que fueron colocadas por VELEZ SARFIELD cumpliendo un encargo del ejecutivo, que se refieren a las fuentes doctrinales y legales, como también a opiniones sobre la materia, aunque no coincidan con la solución de la norma.

recopilaciones, ...sólo en el Libro IV hay más de 300 citas a las leyes españolas.”⁶³

b) El Daño Moral en el Código Civil argentino.

La evolución de ésta institución en el Código Civil argentino está marcada, por la importancia que tiene para su estudio, la reforma introducida por la Ley 17.711 de 1968, la cual viene a dar claridad sobre una serie de temas que mantenían divididos a los autores.

b.1) El viejo artículo 1078.

A diferencia de una de sus importantes fuentes inspiradoras como era el Código de Napoleón, el Código Civil argentino contenía una norma que hacía expresa referencia a la reparación del daño moral, en efecto, el artículo 1078 señalaba: *“Si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o hiriendo sus afecciones legítimas.”*

Esta norma se inspiraba en dos fuentes distintas, una consignada en su nota - Ley 8, título 15, part. 7° - y otra omitida en toda mención: la obra de AUBRY y RAU, en la que se expresa *“El daño comprende siempre la pérdida y la falta de ganancia que el delito ha ocasionado a una persona. Comprende, además, por lo menos cuando se trata de un delito*

⁶³ MOISSET DE ESPANES, *“La costumbre...”* op. cit., página 29.

*de derecho criminal, el agravio moral que el delito ha hecho experimentar a la persona lesionada, sea perturbándola en su seguridad personal, o en el goce de su patrimonio, sea hiriéndola en sus afecciones legítimas”.*⁶⁴

No obstante esta novedad legislativa, el verdadero alcance de ésta disposición no estaba precisado por cuanto la doctrina no fue pacífica en su interpretación, sobre todo en lo que se refiere a la extensión y fundamento de la reparación por daño moral, pues es con base en ellas que algunos autores van a denegar la procedencia de tal reparación en el ámbito contractual.⁶⁵

Respecto a la extensión de la reparación del agravio moral se distinguían, fundamentalmente, dos corrientes: una, que constituía la posición mayoritaria entre la doctrina y jurisprudencia anterior a la reforma de 1968, que admitía la posibilidad de reparación del agravio moral sólo en los casos de delitos; y otra que lo admitía en el régimen general de responsabilidad civil, tanto en la extracontractual como en la derivada del contrato.

Dentro de la primera postura, a su vez, se reconocen dos variantes: una que la acepta sólo cuando el daño moral sea consecuencia de actos ilícitos constitutivos de delitos penales, es decir, exigen la presencia de dolo en el dañador⁶⁶; y otra, un poco más amplia y mayoritaria dentro de esta interpretación, que autorizaba el resarcimiento para

⁶⁴ Citado por RAMÓN DANIEL PIZARRO, *“Daño moral: prevención, reparación...”*. op. cit. página 162.

⁶⁵ CARMEN DOMÍNGUEZ, *“El daño moral”* op. cit. página 457.

⁶⁶ RAMÓN DANIEL PIZARRO, *“Daño Moral. Prevención, reparación...”*. op. cit., página 164.

los daños morales provenientes de ilícitos penales, ya sea que fueren dolosos o culposos,⁶⁷ pues en ambos supuestos se trata de un delito reprimido por la ley penal.⁶⁸

La segunda corriente doctrinal, más flexible y minoritaria entre los autores y la jurisprudencia de ese momento, admitían también la reparación del daño moral en materia de incumplimiento contractual. Estos autores, entre ellos BREBBIA, LAFAILLE Y BUSSO, fundamentaban su tesis en el sentido amplio que tiene el concepto de daño del artículo 1068, comprensivo de perjuicios patrimoniales y morales, y de su relación armónica con los artículos 1067, 1075, 1108 del Código Civil. Señalaban, además, que dentro de un sistema de semejante amplitud habría sido menester una norma que expresamente rechazase el daño moral para negar su reparabilidad amplia⁶⁹. El Código Civil, en verdad, no contenía una disposición expresa en cuanto a la indemnización del daño moral derivada de un incumplimiento contractual, y este silencio del legislador era visto, por los partidarios de que sólo era indemnizable este perjuicio en sede extracontractual, como clara señal de que el legislador sólo había tutelado intereses patrimoniales en el ámbito contractual. Se refutaba este argumento señalándose que la circunstancia de que no se contemplara una expresa referencia a esta especie de daño en las normas contractuales, no era óbice para que pudiera encontrarse implícito en la amplitud y espíritu de las normas citadas;

⁶⁷ CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO, *"El daño Moral"*, op. cit. página 458.

⁶⁸ RAMÓN DANIEL PIZARRO, *"Daño Moral. Prevención, reparación..."*. op. cit., página 164

⁶⁹ RAMÓN DANIEL PIZARRO, misma obra, página 164.

además, tampoco existía en las disposiciones referidas a los contratos una que expresamente excluyera la reparación del daño patrimonial, con lo que era perfectamente posible que, por la vía interpretativa y en aras de una respuesta de justicia se pudiese repararlo de la manera más integralmente posible.⁷⁰

En lo que se refiere a la Jurisprudencia de esa época, ésta se pronunciaba mayoritariamente por la exclusión del daño moral en la responsabilidad contractual, fundándose en que el Código Civil siempre que trata de los daños y perjuicios, se refiere a los patrimoniales; para la procedencia de la indemnización de los daños morales en materia contractual, habría sido necesaria una disposición explícita, como existe en materia de responsabilidad extracontractual.⁷¹

b.2) El daño moral en los proyectos de reforma anteriores a la ley 17.711 y en el "III Congreso Nacional de Derecho Civil".

b.2.1- El anteproyecto de reformas al Código Civil de BIBILONI. Fue netamente reacio a la reparación del daño moral. BIBILONI sólo admitía, en principio, la reparación del daño patrimonial. El daño moral no era resarcible, como regla, salvo los casos en "que la ley lo disponga o cuando

⁷⁰ CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO, "El daño moral". op. cit. página 461

⁷¹ LESLIETOMASELLO HART, "El daño moral en la responsabilidad extracontractual", op. cit., página 404

la obligación no cumplida proviniese de actos a título oneroso." (artículo 1058)⁷²

b.2.2- El proyecto de reformas de 1936. Admitía la reparación amplia del daño moral, tanto en sede contractual como extracontractual.

En materia de contratos el artículo 596 señalaba: "Cuando la obligación no cumplida proviene de actos a título oneroso, y en todos los demás casos que la ley autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias".

Respecto de la responsabilidad aquiliana el artículo 866 determinaba: "Existirá daño, siempre que se causare a otro un perjuicio en su persona, en las cosas de su dominio o posesión, o en sus derechos o facultades. El deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito".

b.2.3- El anteproyecto de 1954. Consagró un sistema restrictivo en materia de indemnización del daño moral. Así, en materia de incumplimiento obligacional se seguía un criterio restrictivo similar al del código alemán⁷³. En efecto, el artículo 884 señalaba: "Cuando el perjuicio no sea de carácter patrimonial, sólo tendrá lugar a indemnizaciones en los casos en que la ley expresamente lo disponga".

⁷² BIBILONI, "Anteproyecto de reformas al Código Civil", citado por RAMÓN DANIEL PIZARRO, "Daño

Respecto de la responsabilidad por actos ilícitos, el artículo 1075 disponía: "El daño moral será indemnizado cuando el agente hubiera actuado con dolo".

b.2.4- El III Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961.

Este Congreso fue celebrado en la ciudad de Córdoba y la recomendación aprobada en materia de daño moral, constituye el antecedente más importante de la reforma que la Ley 17.711 introdujo en esta institución. La recomendación señalaba: "Que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, 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 las circunstancias del caso"⁷⁴.

b.3) El daño moral en la Ley 17.711 de 1968. ⁷⁵

Esta ley introdujo modificaciones de enorme importancia en materia de reparación del daño moral, admitiéndola con total amplitud, tanto en sede contractual como extracontractual.

Tratándose de la responsabilidad aquiliana se reformó el artículo 1078, su texto actual señala: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la

Moral: prevención, reparación..., op. cit., página 165

⁷³ RAMÓN DANIEL PIZARRO, misma obra, página 166

⁷⁴ Como señala PIZARRO, "la redacción del art. 522 del Código Civil (ley 17.711) sigue en forma prácticamente literal al texto de la recomendación aprobada", misma obra, página 167.

⁷⁵ Esta reforma está caracterizada por la idea de concederles mayores facultades a los jueces, en especial sus facultades de apreciación, como señala BORDA, "el juez pasa de ser la boca que repite

reparación del agravio moral ocasionado a la víctima." Como destaca la profesora CARMEN DOMÍNGUEZ se han suprimido las expresiones *"si el hecho fuese un delito de derecho criminal"*, de esta manera, ya no cabe duda de que el daño moral proveniente de actos ilícitos debe ser reparado, sin atender a su carácter civil o penal.⁷⁶

Respecto de la posibilidad de indemnizar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual, esta ley introdujo el artículo 522, precepto que fue redactado por los juristas GUILLERMO BORDA y ABEL FLEITAS, y que señala: *"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"*.

Con estas reformas, la legislación argentina se integra al reducido grupo de países que admiten expresamente la reparación del daño moral cualquiera sea su fuente (contractual o extracontractual) o el factor de atribución aplicable (subjetivo u objetivo); sin embargo, se ha iniciado un debate tendiente a precisar cual es el verdadero estatuto del daño moral, ello motivado, principalmente, por las críticas formuladas a la redacción y ubicación del artículo 522. En efecto, se dice que esta norma debió haberse establecido para el incumplimiento de las obligaciones en general y no sólo para las contractuales,

las palabras de la ley –en expresión de Montesquie-, a ocupar el centro del escenario jurídico". "La reforma de 1968 al Código Civil", Buenos Aires, 1971, página 200.

como aparece de su ubicación, ya que se estarían excluyendo de la reparación del daño moral, otras obligaciones nacidas de fuentes distintas de los actos ilícitos y el contrato. Por otra parte, esta norma se encuentra en el Título III, referido a los daños e intereses que no tienen por objeto sumas de dinero. Se ha señalado que esto conduce erradamente a creer que la reparación del daño moral es incompatible con las obligaciones dinerarias, cuando ella es igualmente procedente⁷⁷.

Sin embargo, la mayor discusión se ha provocado con respecto a la utilización de la expresión "el juez podrá condenar al responsable".

Los autores se han dividido, fundamentalmente, en dos posturas: una considera que la reparación del daño moral producido por un incumplimiento contractual es una facultad que el juez ejerce a su libre apreciación, y otra que asimila los regímenes de reparación del daño moral en materia contractual como extracontractual.

La primera posición reconoce, a su vez, dos variantes: para un sector minoritario es esta una facultad que el juez ejerce sin que se encuentre sujeto a límite alguno⁷⁸, ya que tal expresión significa la atribución concedida al juez por el ordenamiento jurídico para disponer la reparación moral, reconociéndole un papel protagónico a partir de un precepto

⁷⁶ CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit. página 463.

⁷⁷ JORGE MOSSET ITURRASPE. "Responsabilidad por daños", t, IV, páginas 150 y 15. Buenos Aires. 1986

⁷⁸ JORGE BUSTAMANTE ALSINA. "Teoría General de la responsabilidad civil". Abeledo-Perot. Buenos Aires, 1989.

amplio y abierto⁷⁹; para otros, y siendo esta la posición mayoritaria de la doctrina⁸⁰ y de la jurisprudencia, esta facultad es esencialmente discrecional del juez, pero esta sujeto siempre al límite de la equidad.

En efecto se señala que, el otorgar una facultad sin límites, crea siempre el riesgo de la arbitrariedad. Se dice por MOSSET ITURRASPE⁸¹, que "La frase contenida en el artículo 522 se limita a resaltar el rol de la equidad, unida a la justicia, en la decisión del caso; en particular en la apreciación del agravio moral de la víctima y del victimario." Por otra parte, apoyan a esta posición, la redacción del artículo, al emplear la expresión "podrá", también la circunstancia de que en este mismo sentido se pronuncia uno de los redactores de la norma, don ABEL BORDA⁸², y, además, los artículos 47 y 49 del Código Federal Suizo de las Obligaciones, en los cuales se inspiró la reforma, presentan soluciones similares, así, el artículo 47 confiere al juez la facultad de "*considerando las circunstancias particulares, acordar a la víctima... una indemnización equitativa a título de reparación moral*". Por su parte el artículo 49 agrega que "*el juez puede añadir a la indemnización acordada otro modo de reparación*".⁸³

Esta posición, respecto a que la indemnización del daño moral en materia contractual es una facultad discrecional

⁷⁹ JORGE MOSSET ITURRASPE. "*Responsabilidad Civil*". op. cit., página 247.

⁸⁰ Entre otros, ha sido adoptada por CICHERO, MOSSET ITURRASPE, BUSTAMANTE ALSINA, LLAMBIAS GONZÁLEZ. Citados por DOMÍNGUEZ HIDALGO, "*El daño moral*", op. cit. página 469

⁸¹ "*Responsabilidad por daños*," t. IV, página 160

⁸² ABEL BORDA, "*La reforma de 1968 al Código Civil*", Buenos Aires, 1971, página 200

⁸³ Citado por DOMÍNGUEZ HIDALGO, "*El daño moral*", op. cit. página 469

del juez, si bien es mayoritaria, también ha sido objeto de críticas, fundamentalmente, por cuanto aceptarla, se señala, implica reconocer en el Código Civil Argentino la existencia de dos regímenes de reparación del daño moral, uno para el que se produce como consecuencia de un acto ilícito, y otro para el derivado de un incumplimiento contractual. Los autores que plantean esta crítica⁸⁴ señalan que, tratándose de actos ilícitos, el juez tendría el *deber* de resarcir el daño moral, sin embargo, en sede contractual, el juez tendría la *facultad* de desestimar una indemnización, por un daño moral debidamente acreditado, si así lo estima de derecho. Consecuencia de esto, es que se señale, que la reparación por daño moral en sede contractual nacería de la sentencia, que sería constitutiva de ese derecho y no meramente declarativa, es decir, antes de la sentencia, no existiría el derecho a la reparación del daño moral, lo que no sucede en sede extracontractual, donde la sentencia se limita a declarar este derecho de la víctima. Es esta una diferencia que para los críticos de la norma carece de fundamento jurídico alguno.

Los autores reconocen que el empleo de la expresión "podrá", contiene la idea de que la reparación del daño moral es facultativa del juez; sin embargo, esto debe ser tomado, únicamente, como una imperfección de la norma, la cual debe ser rectificadas. Así en el Despacho final de las II Jornadas de San Juan de Derecho Civil se señala⁸⁵: "El

⁸⁴ Entre ellos, PIZARRO, SANDOVAL, LUQUE Y ZAVALA. Citados por DOMÍNGUEZ HIDALGO, "El daño moral" op. cit. página 471

⁸⁵ Citado por C. DOMÍNGUEZ, misma obra, página 471

carácter del perjuicio es el mismo, tanto si proviene de un acto ilícito como del incumplimiento de una obligación. Por ello propiciamos que, atento el concepto unitario del daño moral y a efectos de una mayor claridad, se reforme el artículo 522, remplazando el "podrá" por "deberá". Mientras esta rectificación no sea realizada, la expresión referida debe ser obviada, pues ésa es la única forma de favorecer la verdadera inteligencia del precepto."

Como se aprecia, la reforma de la Ley 17.711, si bien tiene el mérito de ser pionera respecto a la procedencia de la indemnización del daño moral derivado de un incumplimiento contractual, no permite, debido a las dudas que nacen a propósito de su redacción, determinar cuál es el exacto régimen jurídico de este perjuicio en el Derecho argentino.

Con el propósito de unificar el régimen de responsabilidad civil, el 15 de junio de 1987 fue sancionado por la Cámara de Diputados el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, el cuál fue vetado en su integridad por el Presidente MENEN; en el se sustituía el artículo 522 por uno cuyo texto señalaba que la "indemnización de perjuicios comprende el daño moral" estableciendo una misma regulación tanto para la responsabilidad contractual y extracontractual, por lo tanto, el resarcimiento del daño moral estaría sujeto a normas comunes, eliminándose las actuales controversias. En este mismo sentido se pronuncian el Proyecto de

Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993 sancionado por la Cámara de Diputados Argentina y el Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada en 1992 por el Poder Ejecutivo Nacional.⁸⁶

2- MÉXICO

a) Antecedentes históricos del Código Civil.

Fue promulgado el 30 de agosto de 1928, entrando en vigencia el 1° de octubre de 1932, por decreto de 29 de agosto del mismo año, dictado en virtud del artículo 1 transitorio del Código, el cual estableció que entraría en vigor en la fecha que fijara el ejecutivo.

Sustituyó al Código de 1884, el que a su vez vino a reemplazar al primer Código Civil Mexicano, que substituyó a la antigua legislación española y que fue sancionado para el Distrito Federal y el territorio de la Baja California el 13 de diciembre de 1870, entrando en vigor el 1 de marzo de 1871.⁸⁷

b) Visión general del daño moral en México.

El ordenamiento jurídico mexicano corresponde a aquellos que han consagrado la institución del daño moral.

⁸⁶ RAMÓN DANIEL PIZARRO, "*Daño Moral: Prevención, reparación...*" op. cit., página 169.

⁸⁷ LESLIE TOMASELLO H. "El daño moral en la responsabilidad contractual", op. cit., Pág.423 y 424.

En dicho cuerpo legislativo es posible hallar un alcance preciso en su definición, se indica cuales serían los rubros indemnizables, ya sea cuando el daño provenga de la comisión de un hecho ilícito, como cuando éste deriva de un incumplimiento contractual.

Dentro del derecho positivo mexicano es posible encontrar los fundamentos para desarrollar el necesario y complejo conjunto de instituciones que protegen los derechos que la doctrina ha denominado derechos de la personalidad.

Ello debido a la ratificación que ha hecho México de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José Costa Rica. ⁸⁸

c) Primeros antecedentes presentes en la legislación mexicana.

El ordenamiento jurídico mexicano ya contemplaba la institución del daño moral, aún antes de las reformas del año 1982, en sus artículos 143, 1916 y 2116 del Código Civil.

Así, el artículo 143 señala:

"El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del patrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente”.

El numeral 1916 antes de la reforma establecía: “Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará al (sic) responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil”.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928.

Por su parte el 2116 señala: “Al fijar el valor y el deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa.

⁸⁸ DAVID CIENFUEGOS SALGADO. “*Responsabilidad Civil por daño moral*”, dirección electrónica www.unam.mx.

En diciembre de 1982 se reformaron los artículos 1916, 1916 bis y 2116.

Posteriormente, en febrero de 1994, se volvió a modificar el artículo el artículo 1916.

d) Legislación Actual.

Actualmente, la institución del daño moral se encuentra plasmada particularmente en dos preceptos del Código Civil: los artículos 1916 y 1916-Bis.

El artículo 1916 del Código Civil señala:

"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

El artículo 1916-Bis del mismo ordenamiento establece: No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información en los términos y con las limitaciones de los artículos 6° y 7° de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

De la lectura de los preceptos anteriores podemos distinguir que el daño moral es la afectación de los

derechos de la personalidad, y así lo interpretó la Tercera Sala de la Suprema Corte en abril de 1987; los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del derecho civil, se tradujo en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación (Exposición de motivos de la reforma legislativa);.

e) Derechos de la personalidad

Así, los derechos de la personalidad, considerando los señalados en el Código Civil, encuentran protección jurídica en la figura del daño moral. El tema de los derechos de la personalidad o patrimonio moral de la persona

ha ocupado un lugar central en el debate correspondiente a la teoría del patrimonio. Y consideramos que no es éste el lugar adecuado para abundar sobre los mismos, por lo cual nos concretaremos a señalar que GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ los define como los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico mexicano;.

El mencionado autor comprende a los derechos de la personalidad en tres amplios campos: a) parte social pública; b) parte afectiva, y c) parte físico somática.

En la parte social pública ubica los derechos al honor o reputación, al título profesional, al secreto o a la reserva, al nombre, a la presencia estética y de convivencia.

La parte afectiva se ocupa de los derechos de afección en sus dos vertientes: familiares y de amistad.

La parte físico-somática se refiere a los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad física, ecológicos, relacionados con el cuerpo humano y sobre el cadáver.

Aunada a esta clasificación, encontramos la postura que sostiene la existencia de un único y genérico derecho de la personalidad, representando una tutela integral de la persona. Esta posición contempla una constante adecuación de las garantías legales frente a las exigencias de la tutela de la persona.

Ambas posiciones superan con creces los derechos de la personalidad considerados en la legislación civil mexicana, misma que no explícita que debe entenderse por cada uno de ellos, dejando campo libre a los tribunales para su interpretación.

Con relación a los bienes que la legislación acepta expresamente proteger, en el artículo 1916 del Código Civil, es de mencionar las anotaciones que OCHOA OLVERA ⁸⁹hace sobre afección, creencia, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos.

El afecto es la inclinación a alguna persona o cosa, es una pasión de ánimo, la protección jurídica recae en la conducta ilícita que tiene como fin dañar ese ánimo particular sobre determinada persona o cosa, y que al verse lesionado tal bien sufrirá una afectación de naturaleza moral (extrapatrimonial).

La creencia consiste en el firme sentimiento y conformidad con una cosa. Este bien comprende la naturaleza más subjetiva de la persona; le da completo crédito a algo, una idea, un pensamiento, que incluso servirá como guía en la vida diaria, al tenerse la certeza de que es válido, verdadero. En este caso, el agravio se presenta cuando la agresión recae sobre tales conceptos.

EL sentimiento es entendido como un estado de ánimo, es el hecho de experimentar sensaciones producidas por causas internas o externas. Los sentimientos pueden ser de dolor o

⁸⁹ Citado por José Luis Hernández Ramírez "Análisis sobre la responsabilidad civil, el daño moral y el daño a la persona en el derecho mexicano", Revista electrónica de derecho mexicano, N° 3 octubre y noviembre de 1999, disponible en www.vlex.com.mx

de placer, y el daño moral más bien se refiere a los sentimientos que causan un dolor moral.

El autor en cita considera que la conducta ilícita que priva de sentimientos de placer puede constituir un agravio moral, ya que lo mismo se puede afectar a una persona causándole un dolor de manera directa, como indirectamente al privarlo de los sentimientos que le causan placer.

La vida privada es considerada como todos y cada uno de los actos particulares y personales del sujeto; aquí el adjetivo privado recalca el hecho de que se trata de actos relacionados con la familia, a la vista de pocos.

La configuración y aspecto físico están relacionados con la apariencia, con la forma de presentarse a la vista de las personas, como es la figura de un sujeto, así como su integridad personal. En este caso el daño moral se configura cuando una persona causa una lesión en el cuerpo de otra, que deje una cicatriz permanente causando un dolor moral, llamado por algunos autores daño estético.

El decoro esta integrado por otros elementos: honor, respeto, circunspección, pureza, honestidad, recato, honra, estimación. Esta figura se basa en el principio de que a toda persona se le debe considerar como honorable, merecedora de respeto.

El **honor** es considerado como la cualidad moral que lleva a la persona a cumplir con un deber, haciendo que ésta sea merecedora de admiración y confianza en las relaciones sociales.

La **reputación** es la fama y crédito de que goza una persona.

El autor en comento la aprecia en dos aspectos: el primero consiste en la opinión generalizada que de una persona se tiene en el medio social donde se desenvuelve, y la segunda consiste en lo sobresaliente o exitosa que es dicha persona en sus actividades.

El **agravio** se configura cuando existe una conducta que tiene por fin lograr el descrédito o menosprecio de la persona.

En la tesis jurisprudencial citada líneas atrás, se habla de los derechos de la personalidad, concepto al que no alude la legislación civil, sin abundar en su configuración doctrinal o legislativa, entendiéndose que reserva para cada caso la interpretación respectiva. En tal sentido podemos entender cuando señala que se causa un daño moral cuando se distorsiona la versión que una persona autoriza, para publicarla con respecto a su vida, al atribuirle actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores de la sociedad; causándole un dolor cierto y actual a consecuencia del desprestigio y al quedar expuesta a las críticas de la sociedad.

f) Interpretación Judicial

La jurisprudencia relativa a la reparación del daño moral no ha sido escasa. Sin embargo, la mayoría se dio en ausencia de normas legales referentes al tema, por lo que la

interpretación judicial posterior a la reforma de 1982 es limitada en cantidad.

Respecto de los requisitos necesarios para que proceda la reparación del daño moral se habla de dos elementos: el primero, consistente en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito.⁹⁰

La ausencia de cualquiera de ellos impide que se genere la obligación, pues ambos son indispensables para ello.

Respecto del elemento de prueba, para la demostración de que se ocasionó un daño, la Corte se ha pronunciado en el sentido de considerar al daño moral como algo subjetivo, por lo cual no puede probarse en forma objetiva, pues existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a las afectaciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

El ataque se actualiza al ocasionar el menoscabo de los sentimientos o desprestigio ante los demás, y en tal sentido se ha considerado que para el efecto de determinar si se causa daño moral a una persona al distorsionar su vida en una película, no puede admitirse que carezca de buena reputación en consideración de que había sido sometida a enjuiciamiento penal y resultado con la sentencia condenatoria que había causado estado toda vez que es indudable que en nuestro sistema jurídico la persona que compurga una pena no puede seguir a través del tiempo

cargando con resabios de esa pena, porque se estaría contrariando el artículo 22 constitucional, en la parte relativa a la prohibición de penas trascendentales y sería tanto como aseverar que alguien que recibió una sentencia, continuara compurgándola, quedando estigmatizada por el resto de su vida y perdiendo todos sus derechos.

Asimismo, como se señaló anteriormente, causa daño moral la distorsión de una versión autorizada por una persona para su publicación. Consistente tal distorsión en atribuir actos, conductas o preferencias consideradas como ilegales o violatorias de los valores de una sociedad, con lo cual se causa un dolor cierto y actual a consecuencia del desprestigio y al quedar expuesto el individuo a las críticas de la sociedad.⁹¹

Por cuanto hace a la ejecución del acto que causa el daño moral, la interpretación se ha dado en el sentido de considerar como falso que para que a un sujeto pueda imputársele la causa de un daño moral, resulte necesario que sea consciente de la ejecución del acto y las consecuencias del mismo, puesto que la legislación civil en ningún momento exigen como requisito de la acción la imputabilidad, sino que únicamente prevén la causa de un daño, que éste sea consecuencia de un hecho u omisión ilícitos, y que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

En cuanto al monto en dinero en que se hará consistir la reparación del daño moral, la interpretación judicial se

⁹⁰ Fallo de 18 de febrero de 1988. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, parte 85, enero de 1995, página 65

⁹¹ Fallo de 06 de abril de 1987. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, parte 217-228 Cuarta parte, página 97.

da en el sentido de que aquél deberá ser fijado por el juzgador de instancia de manera **potestativa**, y atenderá a los derechos lesionados, al grado de la responsabilidad, a la situación económica del responsable y de la víctima, así como de las demás circunstancias del caso.⁹²

En igual dirección se suscribe la tesis de que aunque en la sentencia de primer grado no se haya precisado que se trataba de un daño moral por la naturaleza de los delitos cometidos, y la circunstancia de que para la cuantificación del monto del daño causado se remite a la legislación laboral, ello no implica que deba desatenderse a la capacidad económica del sentenciado, pues si esta no queda acreditada, la condena al pago del daño moral es ilegal.⁹³

La autoridad jurisdiccional ha reiterado el contenido del numeral 1916 bis del Código Civil al señalar que no se está obligado a la reparación del daño moral cuando se ejercen los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas, en los términos del artículo sexto constitucional.

Finalmente habremos de referirnos a otro aspecto de la reparación del daño moral, el consistente en la publicación de la sentencia que condena al resarcimiento. La interpretación judicial se orienta a considerar que esta procede en aquellos casos en que el daño moral afecta a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, toda vez que es en esa circunstancia en que el espíritu del legislador, quiso que a través de los medios de información,

⁹² Fallo de 28 de noviembre de 1989. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, parte XIV-julio, pág.527

⁹³ Fallo 28 de febrero de 1995. Gaceta del Semanario Judicial De la Federación, parte II, julio de 1995, tesis, II.2o. P.A.1P, pág.269

se diera una reparación natural, por ejemplo, de un honor menoscabado, como lo es una difamación, pretendiendo con ello compensar de alguna manera el mal causado, con el ánimo de que por medio de una divulgación, se anule alguna noticia propalada o no; pero no así cuando el detrimento se ocasiona en el aspecto físico, a más de otros males inmateriales de difícil evaluación.

3- URUGUAY

El derecho uruguayo se incorpora al grupo de aquellos ordenamientos jurídicos cuya legislación no contiene un pronunciamiento respecto de la existencia de esta clase de perjuicio y, como consecuencia necesaria, tampoco especifica un régimen regulatorio de su indemnización. En efecto, siguiendo el modelo del Código Civil francés, fuente de inspiración más importante de este cuerpo legal, el Código Civil uruguayo según las modificaciones y texto aprobado por la Ley 16.603 del 21 de noviembre de 1994, no da soluciones expresas sobre esta materia, ni en lo contractual ni en lo extracontractual. En efecto, el inciso primero del artículo 1319, ubicado en la Sección II ("De los delitos y cuasidelitos) del Capítulo II ("De los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos") del Libro IV ("De las Obligaciones") señala: *"Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o*

negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo". El artículo 1323 agrega que *"El daño comprende no sólo el mal directamente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia inmediata del hecho"*. En materia de obligaciones contractuales la norma base en esta materia es el artículo 1345 que preceptúa: *"Los daños y perjuicios debidos al acreedor, a no ser de los fijados por ley o convenidos por los contratantes, son en general, de la pérdida que ha sufrido y del lucro que se ha privado..."*.

Enfrentados a este silencio, la doctrina y la jurisprudencia no tardaron en iniciar el debate respecto a la existencia y reparación de esta clase de daño. En 1914 AMÉZAGA⁹⁴ plantea el problema en forma orgánica: existen perjuicios que no tiene repercusión patrimonial y que también deben ser reparados. Este autor admite que la tarea de encontrar una reparación precisa y justa de estos daños puede significar una gran dificultad, sin embargo, agrega que de la circunstancia de que no pueda darse una reparación perfecta no puede deducirse que no deba darse ninguna, además la imposibilidad de medir exactamente el perjuicio causado, también se da en casos de daño material, por ejemplo: las obras de arte o la obligación de hacer contraída por un artista.

PEIRANO en 1952⁹⁵ se pronuncia también por la reparación de estos daños, se apoya en la norma del artículo

⁹⁴ JUAN JOSÉ AMÉZAGA, *"Culpa Aquiliana"*, Montevideo 1914, página 305.

⁹⁵ PEIRANO FACIO *"Responsabilidad Extracontractual"*, citado por BEATRIZ VENTURINI, *"El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado."* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992. página 66.

1878 inciso 2 del Código Civil uruguayo (no se entiende por beneficio el puramente moral no apreciable en dinero) diciendo que sería un texto expreso para consagrar la solución contraria a la regla de principio (argumento a *contrario sensu*), anota también que cuando el legislador quiso privar de toda protección al interés moral lo dijo expresamente como en el artículo 81 que establece que la promesa de matrimonio no produce obligación alguna, no se puede alegar para demandar indemnización ni perjuicios.

En la actualidad la doctrina mayoritaria se pronuncia por la admisibilidad de la reparación del daño moral⁹⁶, incluso en sede contractual, en este sentido, la profesora VENTURINI señala que en materia contractual es plenamente aplicable el principio de la reparación integral del daño, pues la normativa, en especial los artículos 1345 y 1346 inciso segundo⁹⁷, no distingue.

Respecto a la jurisprudencia, esta también ha ido evolucionando desde posiciones que no admitían la reparación de este perjuicio, hasta otras que la aceptan incluso cuando el daño moral no produce consecuencias patrimoniales. En el primer extremo podemos citar una sentencia de 1911 del Juzgado de Letras de Salto de Fernando y Olaondo que señalaba "*las lesiones al honor no se tapan con pesos*", y

⁹⁶ BEATRIZ VENTURINI, misma obra, página 63.

⁹⁷ La norma dice: "*El deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación.*

Aun en el caso de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no están fijados por la ley o convenidos por los contratantes, no deben comprender, respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro de que se le ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.

otra de 1929 de JARDI ABELLA que expresa "el daño a que se refiere el artículo 1319 es un daño causado en el patrimonio, puesto que el Código Civil no es un código de la moral ni de los afectos". Estos criterios van siendo superados y como expresa la profesora VENTURINI la posición mayoritaria de la jurisprudencia admite la reparabilidad del daño moral puro, independizándolo de la violación de derechos de contenido patrimonial.⁹⁸ A modo de ejemplo citaremos el caso de un constructor quién demanda a los propietarios del inmueble donde se debía construir un edificio a consecuencia de haber asumido el primero deudas a nombre propio frente a un Banco por lo que se le ocasionó, al no ser canceladas las mismas por quién debió hacerlo, "el consiguiente desprestigio personal y cierre de la línea de crédito y detrimento de su salud física por la lesión sufrida". En primera instancia se denegó la indemnización del daño moral, sostuvo el tribunal a quo "a modo de ver del sentenciante no parece reconfortante un certificado médico y tres declaraciones testimoniales como para pretender acreditar el desprestigio personal y el detrimento de salud y con ello entender verificada la prueba de los elementos estructurales de la responsabilidad civil...Si el desprestigio personal o comercial del actor y su detrimento de salud se insertan en el conocido daño moral y se admite la reparabilidad del mismo...no parece, en razón de la naturaleza del hecho y de lo que indican las reglas de la experiencia, que ello sea de acogimiento en la sublite." La

⁹⁸ BEATRIZ VENTURINI, "El daño moral..." op. cit., página 68.

decisión del tribunal inferior no fue compartida en la segunda instancia y expresó : *"La sala ha aceptado anteriormente la reparación del daño moral, incluso en materia contractual y entiende que las circunstancias del caso justifican suficientemente en el plano de la experiencia la alegada existencia de una perturbación síquica causada por la injusta situación de desprestigio a que se vio sometido un comerciante embargado por una deuda que no era suya u que había sido contraída a su nombre precisamente en mérito al crédito comercial de que gozaba".*⁹⁹

4- PERÚ

El Código Civil de 1936, que reemplazó al anterior del año 1852, da un tratamiento expreso en lo que se refiere al resarcimiento del daño moral en materia contractual y omite pronunciamiento respecto al incumplimiento imputable contractual.

La norma fundamental en materia extracontractual era el artículo 1148, ubicado en el Título IX (De los actos ilícitos), el que permitía incorporar a la indemnización que fijaba el juez en caso de un hecho ilícito *"..el daño moral irrogado a la víctima."*

⁹⁹ L.J.U., XCIV, Caso 10.700. Primera instancia Civil 4º, Piatniza; Segunda Instancia Tribunal de 4º turno, ALONSO DE MARCO (redactor), Citados por BEATRIZ VENTURINI, *"El daño moral..."* op. cit. página 131

En lo que se refiere a los rubros indemnizables por incumplimiento contractual, el artículo 1323 señalaba que "Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato."

Lo anterior llevó a los autores a decir que esta legislación aceptaba la indemnización del daño moral en lo contractual, pero no así en lo contractual¹⁰⁰. No obstante lo anterior, existían

en este cuerpo legal, distintas normas que hacen expresa mención de la reparación del daño moral en caso de divorcio¹⁰¹, incumplimiento de la promesa de matrimonio¹⁰², infundada oposición al matrimonio¹⁰³ y nulidad de matrimonio.¹⁰⁴

Esta situación experimenta un cambio importante a partir del 25 de julio de 1984, fecha en la cual comienza a regir el nuevo Código Civil de ese país, puesto que este cuerpo legal consagra en términos directos la indemnización del

¹⁰⁰ TOMASELLO, op. cit, página 465

¹⁰¹ Artículo 264: "Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal del cónyuge inocente, el juez puede concederle una suma de dinero a título de reparación de daño moral."

¹⁰² El artículo 79 señala que en el caso de ruptura de esponsales por culpa exclusiva de uno de los desposados, y siempre que la no celebración del matrimonio dañe gravemente los derechos inherentes del otro, el juez dar lugar a la indemnización del daño moral provocado.

¹⁰³ Se permite al juez fijar una indemnización por los daños, "...teniendo en cuenta el daño moral."

¹⁰⁴ TOMASELLO, op. cit. pág. 466

perjuicio no patrimonial tanto en materia contractual como extracontractual.

En efecto, referido al ámbito de los actos ilícitos, el artículo 1984 señala que "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia". Por su parte el artículo 1985 detalla los rubros que se deben indemnizar, dentro de los cuales se comprende "...el daño moral."

En lo que se refiere al incumplimiento contractual, este nuevo Código contiene una disposición de carácter general, y no referida a ciertas figuras como sucedía con el Código de 1936, esta norma es la del artículo 1322 que señala que "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de restablecimiento."

5- VENEZUELA

a) La legislación Venezolana. Código Civil.

El primer Código Civil fue promulgado en Venezuela en 1862, inspirado principalmente en el Código Civil chileno. En 1867 fue reemplazado por un nuevo Código Civil que sufrió la influencia del derecho francés y del proyecto español de GARCÍA GOYENA. En 1873 se revisó el Código de 1867, bajo la inspiración parcial del Código Italiano de 1865. También se realizaron nuevas revisiones en 1880, 1896, 1904, 1916 hasta

llegar al Código Civil de 1922 que fue reemplazado, a su vez, por el Código Civil de 1942. Como anota el profesor TOMASELLO, la legislación Civil de Venezuela no constituye una obra original, y sus disposiciones están tomadas mayoritariamente del Código Napoleón y del Código Italiano de 1865.¹⁰⁵

El Código Civil venezolano de 1922 y los anteriores no contenían un pronunciamiento sobre el daño moral, esta expresión fue utilizada por primera vez en el Código Civil de 1942 en efecto, el artículo 1196 de dicho cuerpo legal señala que:

"La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines o cónyuge, como reparación del dolor sufrido, en caso de muerte de la víctima."

Si bien el Código Civil no ha definido lo que se entiende por daño moral, la jurisprudencia ha asumido en este sentido una fundamental tarea, en lo que se refiere a este tema,

¹⁰⁵ TOMASELLO, op. cit, pág. 454

podemos encontrar una sentencia del Juzgado Primero de Primera instancia Civil de la primera circunscripción jurisprudencial del 13 de enero de 1954, que precisa los bienes protegidos por esta disposición, en efecto, señala la sentencia que: "Aunque el Código no define de modo concreto el daño moral, de la enunciación de ellos que hace en el segundo y tercer apartes del art. 1196, se puede inferir que entiende por tal el menoscabo que las personas pueden sufrir en sus bienes inmateriales; o sea, en sus afecciones, sentimientos, relaciones de familia y, en general, en todos aquellos que constituyen sus bienes no patrimoniales."

Como anota el profesor FUEYO LANERI la norma citada se encuentra ubicada en el título referido a los hechos ilícitos, de manera que no existe duda, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, de que la comisión de un hecho ilícito es capaz de generar un deterioro de los bienes extrapatrimoniales de una persona el cual debe ser reparado, sin embargo, en lo que se refiere al otro gran campo de la responsabilidad, esto es, aquella que deriva de un incumplimiento contractual, el Código Civil venezolano ha omitido un pronunciamiento.¹⁰⁶ En relación con esta última, sólo se limita a expresar que "las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de contravención." (artículo 1264). Luego señala que "Los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado..."

¹⁰⁶ FUEYO LANERI, "El daño moral..." op. cit., página 8.

(artículo 1273), es decir, se refiere al tradicional binomio de Lucro Cesante y Daño Emergente, estableciendo que ambos son indemnizables.

b) La labor Jurisprudencial.

b.1 En cuanto al concepto y contenido del daño moral:

Como una primera tarea, y como ya anotamos, la jurisprudencia se ha encargado de precisar el concepto de daño moral, además de precisar que lo protegido es el "patrimonio moral" del cual persona alguna carece, por humilde y pobre que sea. El profesor FUEYO¹⁰⁷ cita una sentencia de la Corte Suprema de Miranda, de 20 de marzo de 1952 que ha este respecto señala que "En cuanto al alegato, reiteradamente hecho por el demandado, de que la demandante es analfabeta y pobre, al extremo de haber solicitado el beneficio que la ley acuerda a tales personas, que ha pasado su vida en el campo, con pocas o escasas relaciones, no sirve, en concepto del juzgador, para desconocer el daño moral causado, ya que por humilde o pobre que sea una persona tiene un patrimonio moral que defender".

b.2 En lo que se refiere a las características de la indemnización del daño extrapatrimonial en la responsabilidad extracontractual:

A este respecto podemos encontrar jurisprudencia venezolana reciente referida a los siguientes puntos:

¹⁰⁷ FUEYO LANERI, "El daño extrapatrimonial..." op. cit. pág 12

1- Que es potestad del juez sentenciador fijar el monto de la indemnización por daño moral, incluso por encima de lo exigido por el actor en su libelo. En sentencia del 7 de Julio de 1993 recaída en expediente rol 92-611, caratulado "Jorge Daniel Arenas contra Bananera Venezolana". La Corte expresó que "para la fijación del daño moral el sentenciador debe sujetarse...analizando la importancia del daño, al grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima, la llamada escala de sufrimientos morales, para llegar a una indemnización razonable equitativa, humanamente aceptable...". En esta virtud el juez, una vez comprobado el hecho, puede proceder a fijar discrecionalmente el monto del daño moral a ser indemnizado, en base a su criterio subjetivo.¹⁰⁸ ¹⁰⁹ Por esta razón la sala de Casación civil también ha declarado que no se incurre en el vicio de ultrapetita, al fijar el tribunal una indemnización que exceda al limite impuesto por el actor en su libelo.¹¹⁰

2- Relacionado con el punto anterior se ha señalado que no es necesario probar el daño moral pero si el hecho ilícito que lo origina. Han declarado los tribunales que lo que debe acreditarse en una reclamación por daño moral, es el llamado hecho generador del daño moral, una vez probada dicha

¹⁰⁸ Sentencia de la sala de Casación Civil, ponencia del Magistrado Dr. Carlos Trejo Padilla, del 12 de diciembre de 1995, expediente N° 95-281, juicio caratulado "Carmelo Antonio Benavidez contra Transporte Delbuc.

¹⁰⁹ En el mismo sentido se pronuncia sentencia de la Sala de Casación civil del 25 de Junio de 1997, en juicio de Juan José Márquez y otra contra Gilberto de Jesús Roa Vivas y otra, rol N° 93-176, sentencia N° 160.

circunstancia, lo que procede es una estimación, lo cual se hace al prudente arbitrio del juez..."ningún auxiliar o medio probatorio puede determinar cuanto sufrimiento, cuánto dolor, cuánta molestia, cuánto se mermó un prestigio o el honor de alguien..."¹¹¹.

Sin embargo, este punto no ha sido siempre pacífico, en efecto, el profesor FUEYO¹¹², anota una antigua sentencia que sostiene que el daño moral debe ser probado, así se expresa que tanto el daño material como el moral deben repararse cuando se hayan causado, y que "no se vislumbra que legislador presuma que en todo caso deben indemnizarse uno y otro daño porque siempre se causen con el hecho ilícito", de manera que ambos rubros se regirían por la regla de la prueba infaltable a que están sometidos los daños patrimoniales.

Actualmente la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de que el daño moral no requiere de prueba, si el hecho generador que lo produce.

3- También la Corte Suprema de Justicia ha negado la experticia complementaria del fallo en materia de daños morales, atendido a que el pretium doloris no es periciable. No hay parámetros o directrices técnicas para

¹¹⁰ Sentencia de Casación civil del 10 de Junio de 1998, con ponencia del magistrado Aníbal Rueda, en el juicio de Víctor José Colina Arenas contra Raúl Salas Rodríguez en el expediente N° 97 498, sentencia N° 453.

¹¹¹ Sentencia de la sala de Casación Civil, del 27 de Mayo de 1998, con ponencia del magistrado conjuer Andrés Octavio Méndez Carvallo, en juicio de Carmen Josefina Paredes de Fernández contra Iván Rafael Belisario Nuñez, en expediente rol N° 95-083, sentencia N° 431

¹¹² FUEYO LANERI "*El daño extrapatrimonial.....*" op. cit. página 16.

determinar cual es el monto de la obligación indemnizatoria en tales casos.¹¹³

6- LA SITUACIÓN DE PARAGUAY,

ECUADOR Y COLOMBIA.

En **PARAGUAY** rige en virtud de la Ley de 27 de julio de 1880 el Código Civil argentino, por tanto, nos remitimos a lo ya expresado en el número I de este capítulo.

Por otra parte, el Código Civil de **ECUADOR** de 1861, adoptó íntegramente el texto del Código Civil chileno, de manera que contiene idénticas normas referentes a los daños que la obra de BELLO, y ello tanto en materia contractual¹¹⁴ como extracontractual¹¹⁵, de manera que los análisis y comentarios que se harán respecto de nuestro país tiene plena validez para comprender la institución del daño moral en esta legislación. Situación semejante se produce en **COLOMBIA** donde el texto del artículo 1613 es idéntico a nuestro artículo 1556 y el artículo 2341 presenta un texto similar a nuestro 2314, señalando que "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

¹¹³ Sentencia de la Sala de Casación Civil de 24 de Abril de 1998, en juicio de Eufrosnia Ramona González viuda de Carett y otros contra Inés Rafael Rodríguez y otros, en el expediente N° 95-960, sentencia N° 395.

¹¹⁴ El artículo 1546 del C° Civil ecuatoriano es idéntico a nuestro artículo 1556.

¹¹⁵ También el artículo 2296 corresponde exactamente a nuestro artículo 2314.

**CAPITULO TERCERO: LA EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN DEL
DAÑO MORAL EN CHILE.**

**A) ASPECTOS GENERALES SOBRE
EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.**

Nuestro Código Civil fue promulgado el 14 de diciembre de 1855 y entró en vigencia el 1 de enero de 1857, consta de un mensaje, un título preliminar, cuatro libros y un título final. Sus fuentes principales son la legislación española, en particular el Código de las Siete Partidas del Rey ALFONSO EL SABIO, la Novísima Recopilación, el Fuero Real y el Fuero Juzgo, también presenta influencias del Derecho Romano principalmente con las glosas de GREGORIO LÓPEZ, del Derecho Alemán en lo que se refiere a la propiedad raíz, y de la obra de autores como POTHIER, DEMOLOMBE, DURANTON, SAVIGNY, GARCÍA GOYENA.

Sin embargo, la obra de ANDRÉS BELLO reconoce en el *code* su principal fuente de inspiración, lo cual podemos advertir con especial importancia en el Libro IV referente al derecho de obligaciones, y como los otros códigos de su tiempo que siguieron en esta materia al código napoleónico, nuestro código civil no contiene una referencia expresa al concepto del daño moral y menos, por cierto, al tema de la indemnización del mismo.

La figura del daño moral ha sido entonces obra de la labor desarrollada por la jurisprudencia¹¹⁶, de manera muy excepcional ha sido el legislador quién ha consagrado la existencia y reparación de esta clase perjuicio, por su parte la preocupación de la doctrina ha sido escasa, salvo excepciones como las ya citadas obras de TOMASELLO, FUEYO LANERI, DOMÍNGUEZ AGUÍLA, DOMÍNGUEZ HIDALGO Y DIEZ SCHWERTER.

**B) EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD DERIVADA
DE LOS HECHOS ILÍCITOS.**

En materia de responsabilidad aquiliana la reparación del daño moral es una institución de creación netamente jurisprudencial, y que en la actualidad es considerada como doctrina indiscutible¹¹⁷, ello fundado principalmente en los términos amplios de las normas que regulan la materia. Sin embargo esta posición en un comienzo no fue pacífica y, siguiendo el modelo propuesto por DIEZ SCHWERTER, la jurisprudencia nacional ha transitado por dos etapas.

b.1) *Primera etapa: La negación de la reparación del daño moral extracontractual.*

¹¹⁶ Como veremos más adelante, la jurisprudencia ha desarrollado esta institución principalmente en sus fallos relativos a indemnizaciones que se derivan de la responsabilidad por hechos ilícitos, tratándose de la responsabilidad contractual la jurisprudencia no tiene un criterio unánime y más bien niega la reparación de este perjuicio en este ámbito de la responsabilidad.

En un comienzo el criterio de los tribunales fue abiertamente contrario a la reparación de esta especie de perjuicio, en efecto, desde la dictación del Código Civil hasta comienzos del siglo XX, la jurisprudencia nacional rechazó sistemáticamente las solicitudes que se le presentaban a objeto de obtener la reparación de los daños morales y si bien los primeros antecedentes en contrario aparecen en 1907¹¹⁸, se pueden encontrar fallos denegatorios incluso hasta mediados del siglo pasado.

Los razonamientos para fundar esta negativa se pueden resumir en los siguientes:

- 1- Del examen de las disposiciones contenidas en los Libros II a IV inclusive, se puede advertir el propósito invariable del legislador de referirse a derechos y obligaciones con contenido económico, por lo que el artículo 2314 no puede tener aplicación o surtir efecto alguno sobre cosas o bienes de un orden puramente moral o espiritual.
- 2- Imposibilidad o dificultad para determinar el monto de la reparación. En este sentido se señaló que sería un absurdo aceptar la reparación del daño moral, consistente en un simple fenómeno mental o psíquico, por cuanto no es "una cosa susceptible de ser valorada o medida materialmente, conforme a las reglas físicas o meramente económicas."

¹¹⁷ JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER, *"El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina."* Editorial Jurídica de Chile. 1997, página 90.

¹¹⁸ C.S., 27 de julio de 1907. Rev., t. 4º, sec. 2ª, pág. 139

- 3- El artículo 2331 sería una norma confirmatoria de la regla general.
- 4- Respecto de la expresión "todo daño" empleada en el artículo 2329, se señala que ella aparece "de un modo puramente accidental... tal vez por una conveniencia de estilo".¹¹⁹

b.2- Segunda etapa: Admisión de la resarcibilidad del daño moral extracontractual.

Como primer antecedente jurisprudencial que indemniza una categoría de daño moral (aunque esta sentencia en verdad no utilice esta nomenclatura) lo encontramos en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de septiembre de 1902, el cuál ordenó indemnizar en diez mil pesos la deformidad causada a una menor producto de un accidente ferroviario, en este sentido la Corte señaló que en la obligación de la Empresa de Ferrocarriles del Estado de pagar daños y perjuicios "deben estimarse como tales no sólo las expensas que hizo el demandante para el pago de honorario y otros gastos, sino también el valor de sus equipajes y alhajas, y especialmente la indemnización debida por la deformidad indeleble que la catástrofe dejó en el rostro de la menor... deformidad que tratándose de una niña es más grave que el perdimiento de un miembro pues la coloca en *situación de no poder aspirar sin temores y zozobras á un brillante*

¹¹⁹ Estos argumentos aparecen resumidos en el voto de minoría de don LUIS AGÜERO P., en fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de enero de 1947. Rev., t. 44, sec. 2ª, página 4.

porvenir...".¹²⁰ En otras palabras el fallo ya estaba indemnizando lo que en la jurisprudencia francesa se habría de catalogar como *préjudice esthétique* (perjuicio estético).

Precisando mayormente la institución en estudio, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo del 27 de julio de 1907¹²¹ accedió a reparar un perjuicio extrapatrimonial producido a un padre por la muerte de su hijo de dos años a consecuencia de un cuasidelito. Revocando el fallo de primera instancia que no daba lugar a la demanda ("*no se ha acreditado que el demandante haya sufrido un daño estimable en dinero por la muerte de su hijo...*") la Corte señaló que "*no se divisa, por qué deban eliminarse en absoluto*" el "*sentimiento y el valor de afección... la muerte de toda persona importa de por sí un perjuicio real y positivo, ya que, por lo general, tanto en las naciones como en las familias, la vida humana es un elemento de verdadera riqueza; y, bajo este aspecto, susceptible de una apreciación material o en dinero*".

Los principales argumentos de la jurisprudencia para acceder a la reparación del daño moral extracontractual son:

- a) El artículo 2329 del Código Civil. Es el argumento esencial fundado, especialmente, en la amplitud de su redacción al disponer, en lo pertinente, que: "Por regla general *todo* daño que pueda imputarse a malicia o

¹²⁰ Fallo citado por HERIBERTO FIGUEROA en "*Indemnización del daño moral*". memoria de prueba, Santiago, 1911, página 33.

¹²¹ C. de Santiago, 27 de julio de 1907. Rev., t. 4, sec.2ª, página 139.

negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta." Al no distinguir la norma, obliga a la reparación de todo daño, cualquiera que sea su especie. El vocablo "todo", de acuerdo con el léxico, significa lo que se toma o comprende entero y cabalmente, según sus partes, en la cantidad o en el número.¹²²

- b) Artículo 2314 del Código Civil. Señala este precepto: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido *daño* a otro, es obligado a la reparación...". Al hablar esta norma genéricamente de daño no estaría restringiendo su aplicación al meramente material. Por otra parte si se recurre al antecedente de esta norma, ley 6ª, título V, Partida 12, se ve que esta disposición tampoco preceptúa que sólo es indemnizable el daño patrimonial. Las leyes de Partidas, en forma amplia, conceptuaban el daño como "empeoramiento o menoscabo que *home* recibe en *si mesmo* o en sus cosas por culpa de otro".
- c) La excepción a la indemnización del daño moral contenida en el artículo 2331 encuentra su justificación por cuanto la regla general es la aceptación de la resarcibilidad de este perjuicio.¹²³

124

¹²² En este sentido C. de Santiago, 8 de junio de 1943. Rev., t. 40, sec. 2ª, pág. 50; C.S., 11 de noviembre de 1947. Rev., t. 45, sec. 1ª, pág. 291, y C. de Santiago, 3 de junio de 1973. Rev., t 70, sec. 4ª, pág. 65.

¹²³ C. Suprema, 16 de diciembre 1922. R., t. 21, sec. 1ª, pág. 1055; C. Santiago, 1946. R. t. 44, sec. 2ª, pág. 4)

¹²⁴ La norma señala que las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, salvo el caso en que se pruebe daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero. Lo anterior nos hace compartir la opinión

- d) También se argumenta la existencia de normas legales contenidas en textos positivos distintos al Código Civil que reconocen, expresa o tácitamente, la reparación del daño moral, lo cual permite entender que la reparación de este perjuicio es un principio informante en nuestro derecho.¹²⁵ Se citan entre otros el artículo 24 del Código Penal, que señala: "toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, *daños y perjuicios* por parte de los autores..."; el artículo 69 de la Ley 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales¹²⁶; y el artículo 40 de la reciente Ley 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que dispone que la comisión de los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de cualquier medio de comunicación social "dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y *el daño moral*."¹²⁷
- e) Por último, también es frecuente que las sentencias se refieran a la complementariedad de las disposiciones civiles y penales en materia de responsabilidad por hechos ilícitos. En este sentido se argumenta que la responsabilidad civil se impone sin perjuicio de la

de VODANOVIC (*Derecho de Obligaciones*, t. II) en el sentido que la norma no niega la reparación del daño moral, sólo no faculta para demandar una indemnización pecuniaria, pero nada obsta a que pueda solicitarse otra clase de reparación, como, a través de medios de difusión adecuados, una retractación de las falsas imputaciones contra el honor o el crédito de la víctima.

¹²⁵ JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER, "*El daño extracontractual*..", op. cit., página 97

¹²⁶ Esta norma dice que cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnización a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.

pena que corresponda al criminal, y la responsabilidad penal trae consigo la acción para obtener la reparación o indemnización de la víctima (Código Civil, art. 2314; Código Penal, arts. 24 y 48; Código de Procedimiento Penal, arts. 19 y 427). Todavía más, el Derecho Penal señala responsabilidades por hechos ilícitos generadores de daños puramente morales o de carácter inmaterial y los sanciona con las penas ordinarias cuando las medidas de orden moral se han estimado inaplicables o no suficientes.¹²⁸

C) EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

c.1- Antecedentes de las normas fundamentales que rigen la materia.

Las normas básicas que regulan la indemnización derivada de un incumplimiento contractual se encuentran en los artículos 1555 a 1559, ambos inclusive, ubicados en título XII ("Del efecto de las obligaciones"), del Libro IV del Código Civil. Dentro de estas normas merece principal atención el artículo 1556 que determina el contenido de la obligación indemnizatoria, la que en su inciso primero expresa: "*La indemnización de perjuicios comprende el daño*

¹²⁷ Esta norma encuentra sus antecedentes en el artículo 34 de la derogada Ley 16.643 sobre abusos de publicidad.

¹²⁸ Entre las sanciones morales que el Código Penal contiene están la privación de honores, la incapacidad para recibirlos y la publicación de la sentencia que condena al calumniante.

emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

Este precepto, como la mayor parte de las normas contenidas en materia de obligaciones, recepciona fielmente las ideas de POTHIER y las del Código Civil Francés. En efecto, en su obra POTHIER sostenía que “cuando se dice que el deudor es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento de una obligación, eso quiere decir que debe indemnizarle de la *pérdida que la hecho sentir, y de las ganancias que le ha impedido hacer con su falta de exactitud*”.¹²⁹ Por su parte, recordemos que el *code* en su artículo 1149 expresa que: “Los daños y perjuicios debidos al acreedor son, en general, la *pérdida que ha sufrido y la ganancia de la cual ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones más adelante establecidas*”, como destaca la profesora DOMÍNGUEZ HIDALGO la norma del Código Civil chileno es una versión más elaborada que la del *code*, ya que en vez de emplear términos amplios utilizados en el texto citado, ocupa directamente las expresiones “lucro cesante” y “daño emergente”¹³⁰, las que se constituirán en el principal obstáculo de la jurisprudencia y de la doctrina para aceptar la resarcibilidad de este perjuicio.

¹²⁹ POTHIER, “*Traité des obligations*”, Paris 1861, Citado por CARMEN DOMÍNGUEZ, “*El daño moral*”, op. cit., página 239.

¹³⁰ CARMEN DOMÍNGUEZ, “*El daño moral*”, op. cit., página 239.

c.2- Tesis mayoritaria: La no reparación de este perjuicio.

Argumentos.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria se han pronunciado por negar la resarcibilidad del daño moral contractual, fundándose principalmente en dos argumentos:

- a) *El tenor literal de las normas.* Como anotábamos arriba, las normas que regulan los efectos de las obligaciones, en especial la norma del artículo 1556, emplean expresiones que han tenido en el Derecho Civil un contenido estrictamente patrimonial, así esta norma habla de "daño emergente" y de "lucro cesante". En este sentido, GATICA afirma que "los términos del artículo citado (1556), como quiera que aluden a conceptos patrimoniales, nos permiten afirmar que nuestro Derecho positivo no contempla, en materia contractual, la indemnización judicial del daño moral, de manera que el juez no está autorizado para considerar en su sentencia este tipo de perjuicio".¹³¹ Por su parte ALESSANDRI expresa que la reparación de perjuicios "debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, esto es, la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio y lo que dejó de ganar o percibir a consecuencia del delito o cuasidelito". La jurisprudencia también se ha apoyado en esta idea

señalando que "la indemnización del daño moral fundada en el incumplimiento contractual no ha tenido acogida en la jurisprudencia nacional fundada en que de acuerdo al texto del artículo 1556 del Código Civil, relacionado con la materia, la indemnización de perjuicios proveniente de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento sólo comprende el daño emergente y el lucro cesante...".¹³²

- b) *Interpretación extensiva de los preceptos de la responsabilidad extracontractual a la contractual.* Se ha sostenido que los artículos 2314 y siguientes, relativos a la responsabilidad aquiliana, comprendían originariamente la idea de daño moral, por cuanto estas normas emplean términos amplios ("daño" o "todo daño"); a diferencia de lo que ocurre con las expresiones restrictivas utilizadas en materia contractual ("daño emergente" y "lucro cesante"). En este sentido la jurisprudencia ha señalado que materia contractual la indemnización del daño moral no procede por cuanto el artículo 1556 la limita al daño emergente y al lucro cesante y que "otro es el criterio tratándose de indemnización del daño moral causado por un delito o cuasidelito, y esto dado lo prevenido en el artículo 2329 del Código Civil, que concede indemnización por

¹³¹ GATICA, "Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato", Santiago de Chile, 1959, Citado por CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit., página 240

¹³² C. de Apelaciones de Concepción, 19 de enero de 1990, Gaceta Jurídica. Nº 122, página 31.

todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona".¹³³

c.3- La aceptación del daño moral en ciertas figuras contractuales.

Excepcionalmente la jurisprudencia ha aceptado la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento de ciertos contratos, principalmente el contrato de transporte y el contrato de trabajo.¹³⁴

c.3.1- El contrato de transporte.

El rechazo de los tribunales de indemnizar el daño moral contractual encuentra su primera excepción en 1951 en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que establece doctrina en lo que se refiere a responsabilidad contractual que nace para la empresa porteadora al no conducirse con la debida seguridad a un pasajero y sufrir este un accidente. Esta obligación nace del contrato de transporte celebrado entre las partes y el porteador responde de acuerdo con el artículo 207 del Código de Comercio, aplicable al caso según lo que dispone el artículo 171 del mismo cuerpo legal, hasta la culpa leve. En lo que se refiere al daño moral la sentencia señala: "En consecuencia, es inconcuso que siendo indemnizable el daño material ocasionado por el accidente en cuestión, también lo es el moral, dentro, naturalmente, del

¹³³ C.Suprema, 27 de agosto de 1990, Gaceta Jurídica N° 122, pág. 31.

¹³⁴ Como destaca la profesora DOMÍNGUEZ HIDALGO, respecto de estos contratos el reconocimiento del daño moral ha sido posible por la existencia de normas que o bien permiten esa reparación, o bien la ordenan expresamente.

incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, cuando se produce por culpa del deudor. Pues la ley positiva no hace sobre el particular ninguna distinción, tanto más cuanto que ambos daños tienen una misma causa, aunque efectos diferentes. El uno, el material, es la pérdida en la especie, de la integridad corporal de un individuo, que se traduce en la disminución de su capacidad de trabajo. Y el otro, el moral, afecta a su psiquis, que se exterioriza en una depresión, un complejo, en una angustia constante y permanente que, como aquél, repercute en su actividad de trabajo y, por ende, en sus facultades económicas".^{135 136}

En 1954 la Corte Suprema, en un recurso de casación en el fondo, tuvo la oportunidad de pronunciarse nuevamente en esta materia. En este caso se trató del accidente de la hija del demandante, el que se produjo en un tranvía de la Compañía de Electricidad Limitada. El fallo fundamenta que "es de toda evidencia que en la celebración de un contrato de transporte de personas las partes contratantes han previsto, o por lo menos pudieron preveer, tanto los perjuicios materiales como los morales que se originen como consecuencia de un accidente, ya que es lógico suponer que en estos casos la víctima experimente ambos daños y en especial el moral, si se considera que toda lesión que reciba trae como consecuencia un sufrimiento espiritual" y que "si se admite, como ocurre en la especie, que el daño moral es indemnizable cuando proviene de un cuasidelito, es

¹³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio de 1951, Rev. de Der. y Juris, t. 48, sec. 1ª, página 252.

ilógico rechazarlo si se le funda en el contrato; si el hecho es uno, llámese él cuasidelito o infracción contractual; si la consecuencia es la misma: dolor, sufrimiento, desesperación a veces ante una vida tronchada, no es dable negarle su eficacia a la ley a pretexto de no haberse previsto un acto de ordinaria ocurrencia como es el accidente y sus consecuencias. Podrá, acaso, no haber a veces proporción entre la inmensidad del daño y una indemnización pecuniaria, pero como se ha dicho alguna vez, el que una cosa no pueda hacerse mejor, no es motivo para no hacerla".¹³⁷

Para fundar esta aceptación la jurisprudencia se ha apoyado en la idea de que el contrato de transporte no sólo obliga al traslado del pasajero, sino que lleva envuelta también una obligación de seguridad para el porteador¹³⁸, en virtud de la cual está obligado a conducirlo con la debida diligencia y cuidado hasta su lugar de destino, debiendo responder de los daños causados al viajero, incluso los puramente morales, por cuanto ellos son previsibles al momento de la celebración del contrato. Pero también razones de justicia han hecho a los tribunales aceptar la reparación de estos perjuicios, como destaca la profesora DOMÍNGUEZ, los jueces "han comprendido el absurdo que supone el otorgamiento de una indemnización por daño moral en caso de

¹³⁶ Esta última frase hizo a FUEYO destacar que más que reconocer el daño extrapatrimonial puro, lo que esta decisión parecía admitir era el daño moral que directa o indirectamente, al menos, genera de consecuencias de orden patrimonial. "*Derecho Civil*", t. V, Santiago de Chile, 1958, página 257.

¹³⁷ Corte Suprema, 14 de abril de 1954, Rev. de Der. y Juris., t. 51, sec. 1ª, página 74.

¹³⁸ Obligación desprendida del artículo 2014 del Código Civil, que hace responsable al empresario de transportes por la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea, y del artículo 2015 del mismo cuerpo legal, que responsabiliza al transportista por el daño o perjuicio que sobrevenga a la persona por la mala calidad del carruaje en que se verifica el transporte.

accidente de tránsito de un peatón o de un pasajero de un vehículo que no había suscrito ningún tipo de contrato y su negación cuando ese mismo daño es infligido a quién ha pagado un pasaje..."¹³⁹

c.3.2- *El contrato de trabajo.*

En el plano histórico de la evolución del daño moral en la legislación chilena el texto del artículo 69¹⁴⁰ de la Ley 16.744, publicada en el Diario Oficial de 1 de febrero de 1968, relativa al Seguro Social Obligatorio contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, se destaca, como indica la profesora DOMÍNGUEZ¹⁴¹, por su valor doblemente excepcional, ya que, por una parte, constituye uno de los escasos textos jurídicos nacionales que contienen un reconocimiento del daño moral en materia contractual y, además, porque el reconocimiento del daño moral proviene de una decisión legislativa y no jurisprudencial, esto último no obsta a la especial importancia que ha tenido la jurisprudencia laboral en temas como el concepto del daño moral, su prueba y la fijación del monto de la reparación por este perjuicio.

c.3.3- *El contrato de cuenta corriente.*

De manera excepcional, y no constituyendo el criterio generalmente aceptado, nuestra jurisprudencia también ha

¹³⁹ CARMEN DOMÍNGUEZ, "*El daño moral*", op. cit., página 338

¹⁴⁰ Esta norma dice que cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso *el daño moral*.

aceptado la reparación del daño moral tratándose del contrato de cuenta corriente, la Corte Suprema estimó que es procedente la indemnización por daño moral derivado de incumplimiento contractual¹⁴², en el caso de autos, el Banco (demandado) entregó a un tercero diversos talonarios de cheques de la cuenta corriente de la demandante, sin que dicho tercero estuviera autorizado por ésta. Se acreditó en la causa la notoria disconformidad entre la firma de la titular de la cuenta corriente y las firmas estampadas en los formularios falsos destinados a retirar talonarios de cheques, e igual disimilitud existió con respecto a las firmas registradas en ordenes de no pago de cheques falsificados que no provenían de la titular. Gran cantidad de esos cheques fueron protestados y como consecuencia a ello la demandante sufrió un daño moral que lesiona su crédito, honor, prestigio y buen nombre. La corte estimó que la falta de diligencia a que estaba obligado el Banco (incumplimiento contractual) fue la causa directa del daño moral sufrido por la cuenta correntista, en el considerando 15 se señala "Las causas que motivan un daño pueden ser varias y a veces sucesivas pero lo que importa es que todas ellas hayan contribuido en forma directa y necesaria a generarlo, de modo que si alguna hubiera fallado, con certeza, no se habría producido el daño. En tal situación, el que incurrió en hecho ilícito o en el *incumplimiento contractual que generó directa y necesariamente el daño, es obligado a repararlo* y no puede excusarse por el hecho de

¹⁴¹ CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit., página 342

que otra causa, además de su conducta culpable, haya contribuido a producirlo..."¹⁴³

También la Corte argumentó que al decir el artículo 1556 que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral, como quiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros.

c.4- Propuestas doctrinales para aceptar la reparación del daño moral derivado de un incumplimiento contractual.

Un sector importante de la doctrina se ha encargado de encontrar soluciones que franqueen los obstáculos legales que no permiten, en la actualidad, que la reparación del daño moral contractual sea considerado como un principio de aplicación general en este ámbito de la responsabilidad. Sin embargo, las propuestas que se han formulado en este sentido no han sido acogidas de un modo conteste por la jurisprudencia.

¹⁴² Fallos del mes, Nº 431, página 657, sec. Civil, sentencia 1 de octubre de 1994.

¹⁴³ Esta última referencia es a propósito de la defensa del Banco que respecto de la causa del daño argumentaba que los perjuicios sufridos por el demandante, no provenían del incumplimiento de las obligaciones del demandado, sino de hechos posteriores en que habría incurrido un tercero.

c.4.1- Interpretación amplia de los preceptos referidos a la reparación de los perjuicios contractuales.

Como hemos señalado anteriormente, en nuestro país el principal obstáculo que ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para dar lugar a la reparación del daño moral contractual, es el tenor de estas reglas reparatorias, en especial, el artículo 1556 que utiliza las expresiones *daño emergente* y *lucro cesante*, las cuales han sido limitadas al ámbito patrimonial, ello por el argumento histórico, ya que esta norma encuentra su principal inspiración en las ideas de POTHIER y el artículo 1149 del *code*.

Se ha sostenido que abandonando la anterior interpretación de esas normas y privilegiándose su significado natural, resultaría inconcuso que la pérdida puede referirse tanto a una de carácter económico cuanto a una de orden moral, y lo mismo una ganancia.

En efecto, si se toma el significado que la Real Academia da a la palabra *daño*, según la cual es todo "*mal, perjuicio, aflicción, privación de bien*", podemos concluir que ésta tiene un significado amplio, y esta interpretación, conforme lo ordenado por el artículo 20 del Código Civil, debe primar sobre cualquier otra que sea legal. Por su parte, según el mismo diccionario, se dice que algo es *emergente* cuando "*nace de otra cosa*", de manera que cuando el legislador empleó el adjetivo *emergente* para referirse al *daño*, quiso expresar que se refería al daño que provenía "de no haberse

cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento".¹⁴⁴

Se agrega que también debería darse hacerse una interpretación amplia de otros preceptos, como ocurre con el artículo 1558, que al regular la previsibilidad del daño reparable en caso de culpa, ordena la indemnización de *todos* los perjuicios que sean una consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación. Al no distinguir y emplear genéricamente la expresión *perjuicios*, debe entenderse como comprensiva tanto de los daños materiales como morales.

c.4.2- Aplicación de las reglas de integración.

Es la propuesta efectuada por el profesor TOMASELLO¹⁴⁵, quién sostiene que la anterior opinión se opone a los antecedentes doctrinales y legislativos en que se fundaron las reglas indemnizatorias contenidas en el Código, puesto que ellos demuestran que la reparación contractual se limitaba a los perjuicios de contenido económico, y buscar en dichas normas algún principio de reconocimiento de daño moral, equivaldría a forzar el texto de unas disposiciones que fueron dictadas con espíritu abiertamente opuesto.

TOMASELLO sostiene que la única afirmación correcta que puede hacerse de las normas reparatorias contractuales es que en ellas no se contiene regulación alguna del daño

¹⁴⁴ CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit., página 346

¹⁴⁵ TOMASELLO, "El daño...", op. cit., página 162 a 167

moral. Sin embargo, el silencio del legislador no impide su admisibilidad por otras vías.

Ante la ausencia de normas que regulen la materia, y en virtud del principio de inexcusabilidad, corresponde a los tribunales la resolución de los conflictos a que de lugar la reparación del daño moral contractual, debiendo aplicar las normas de integración admitidas en la legislación.

En esta virtud, pueden recurrir a la analogía, aplicando las normas que autorizan la reparación del daño moral en el ámbito extracontractual, por cuanto los delitos, cuasidelitos y los incumplimientos contractuales corresponden a la categoría de actos ilícitos civiles.

También podrían aplicar como principios de integración los principios generales del Derecho o la equidad, ya que la reparación de daños causados a otro, es un principio inconcuso de nuestro ordenamiento jurídico, que se corresponde con el más elemental sentido de justicia.

c.4.3- Reforma del Código Civil.

GATICA¹⁴⁶ sostiene que la anterior tesis tampoco es aplicable por cuanto las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual se sustentan en criterios diferentes, por tanto es improcedente hacer una aplicación analógica.

Para este autor, la única vía de superación del problema con plenitud y permanencia en el tiempo, sería la reforma

¹⁴⁶ GATICA, Citado por CARMEN DOMÍNGUEZ, "El daño moral", op. cit., página 350

del Código a fin de dar cabida en él a la reparación del daño moral extracontractual.

D) EL DAÑO MORAL EN LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA

d.1) Constitución Política de 1925

Esta carta tiene el mérito de ser la primera que reconoce la existencia del daño moral y reparación. Al efecto, en su artículo 20 disponía: "Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, con los perjuicios efectivos o *meramente morales* que hubiere sufrido injustamente".

Esta norma cayó en desuso por cuanto la ley encargada de regular su aplicación nunca dictó, sin embargo, la norma sirvió de argumento para que los jueces fundaran la reparación de los perjuicio extrapatrimoniales, ya que si esa posibilidad la reconocía la propia Constitución, no podía desconocerse por normas de categoría inferior.^{147 148}

d.2) Constitución Política de 1980

Nuestra actual carta fundamental se refiere al daño moral en dos oportunidades:

¹⁴⁷ JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER, "El daño extracontractual...", op. cit., página 102.

a).- Artículo 19 N°17 letra i): Esta disposición, aceptando su indemnización, señala: "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 hacer indemnizado por el Estado de los perjuicio patrimoniales y *morales* que haya sufrido", agregando que esa indemnización "será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia".¹⁴⁹

b).- Artículo 19 N° 24 inciso 3°; esta norma señala que el expropiado "tendrá siempre derecho a indemnización por el daño *patrimonial efectivamente causado*".

Así, el constituyente quiso proteger los intereses económicos del Estado, que podían verse afectado al tener que indemnizar los daños morales que puede ocasionar una expropiación.¹⁵⁰

c).- Artículo 19 N°1 y N°4: estas normas consagran, entre las garantías constitucionales, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; y el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia. La vulneración de estas garantías originan ciertas especies de daño moral que no pueden quedar sin reparación, así, los atentados de las garantías contenida en el N°1 del artículo 19 de nuestra carta

¹⁴⁸ En este sentido, C. de Apelación Valparaíso, 02 de marzo de 1939. Gaceta de los Tribunales, 1940, Tomo I, página 271, cons. 8° a 11° y C.S. , 24 de septiembre de 1943. Rev., tomo 41, sec.I, página 228.

¹⁴⁹ Por auto acordado de 11 de agosto de 1983, se reglamentó este procedimiento.

¹⁵⁰ JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER, "El daño *extracontractual*...", op. cit., página 103.

fundamental, constituyen para la jurisprudencia un *pretium doloris* al que se a reparado, ya provenga de la muerte de una persona o de un hecho externo que afecte la integridad física y oral del individuo. ¹⁵¹

¹⁵¹ Corte de Santiago 11 de octubre de 1984. Rev., t. 81, sec II, páina 121 .

CONCLUSIONES

La elaboración del presente trabajo nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

- 1- No obstante las distintas denominaciones, los autores están contestes en que el daño moral tiene un contenido concreto, susceptible de una definición positiva
- 2- Respecto a su indemnización, en la actualidad podemos advertir la tendencia de muchos países, principalmente latinoamericanos, a consagrar el principio de una reparación *integral* de los daños derivados de un hecho ilícito, tanto cuando este genere una responsabilidad contractual, como cuando genere una en sede extracontractual.

En cuanto a los antecedentes históricos podemos destacar:

- 3- En el Derecho Romano un hito importante en esta materia lo fue la Lex Aquilia, pues a partir de ella los juristas clásicos desarrollaron conceptos básicos relacionados con el daño y la culpa extracontractual, fijándose los requisitos esenciales de imputabilidad y de responsabilidad.

- 4- En materia contractual el Derecho Romano tomaba en cuenta el interés moral permitiendo incluir en los contratos cláusulas no pecuniarias. Pero si tuviéramos que afirmar si en el Derecho Romano se admitía el daño moral en materia contractual, sin duda, no podríamos dar una respuesta categórica, simplemente porque este punto ha sido bastante discutido por la doctrina en la que se pueden encontrar argumentos lógicos e históricos en uno y otro sentido.
- 5- Para el Derecho Germánico dos instituciones son los antecedentes primordiales en materia de daño moral, en un principio fue una acción privada que protegía bienes inmateriales conocida como la *Busse*; y con posterioridad a la llegada del Derecho Romano a los países germánicos surge la *pecunia doloris* que en expresión alemán se denominó *Schmerzensgeld*.
- 6- Las anteriores instituciones sirvieron para que la actual ley fundamental alemana reconozca como principio fundamental la intangibilidad de la dignidad humana y para que tanto la doctrina como la jurisprudencia tengan un criterio amplio para la procedencia de la indemnización por daño moral.
- 7- La legislación española no contiene expresa norma sobre el daño moral, lo que nos parece lógico si recordamos que una de sus fuentes principales fue el Código Civil Napoleónico. Sin embargo, España no se ha quedado en lo puramente legal sino que un rol importante lo tiene la

doctrina civilista moderna y la jurisprudencia de los tribunales supremos, pues son ellos quienes al admitir la indemnización del daño moral han sido los creadores y continuadores de la institución que nos ocupa.

8- El estudio de la evolución del daño moral en Francia nos permite apreciar en toda su magnitud la importancia de la labor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho cuando la legislación positiva no presenta soluciones específicas para un caso concreto, en virtud de esta tarea los tribunales franceses no sólo han reconocido y aceptado la reparación de esta clase de perjuicio en los dos clásicos ámbitos de la responsabilidad, sino que han elaborado toda una teoría relativa al concepto y categorías de daño moral.

9- No obstante lo anterior, en los países en que la influencia del *code* es preponderante, como Chile, y por extensión Ecuador y Colombia, o Uruguay esta labor no ha tenido el peso y relevancia que en Francia, por el contrario, los tribunales han preferido mantenerse en una interpretación restrictiva de los textos legales.

10-En el desarrollo de este trabajo también hemos podido advertir que otra forma de consagrar esta institución es por la decisión del propio legislador, como sucede en los casos de México y Argentina en que en virtud de las reformas introducidas a las normas sobre reparación de los perjuicios se ha aceptado su indemnización e incluso,

como en el caso mexicano, se le ha definido dándole un contenido preciso.

11-Respecto del estudio que efectuamos de nuestro país podemos anotar las siguientes conclusiones:

- a) El daño moral y su reparación, aceptada sin discusión en materia extracontractual, son instituciones de creación de la jurisprudencia, quién se apoyó en los términos amplios empleados en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil.
- b) A propósito de la responsabilidad contractual prácticamente ha sido nulo el desarrollo de un principio de reparación íntegra de los daños derivados de su incumplimiento, ello debido a la interpretación restrictiva de las normas reparatorias que ha hecho tanto la doctrina y la jurisprudencia nacional. Únicamente, y sólo a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se han concedido indemnizaciones por daño moral contractual pero limitado a ciertos contratos.
- c) Las últimas constituciones han reconocido expresamente la existencia de perjuicios morales e incluso la Constitución de 1980 elevó a rango constitucional la reparación de ciertas especies de daño moral, como son los atentados contra la vida e integridad física y psíquica de la persona y el derecho al honor.
- d) Atendido el estado de desarrollo que han experimentado ciencias como la psiquiatría y psicología, aparece como

inconcuso la existencia de daños que no tienen una significación inmediata en el patrimonio de una persona, los cuales pueden derivar tanto de la comisión de un hecho ilícito cuanto del incumplimiento de un contrato celebrado entre el ofensor (contratante diligente) y víctima (contratante negligente).

- e) Por lo anterior, y enfatizando que el daño moral es uno solo, resulta paradójico que en nuestro país este perjuicio reciba un tratamiento tan diverso cuando él es generado como consecuencia de un hecho ilícito y otro cuando es producto de un incumplimiento contractual.
- f) En mérito de lo expuesto, creemos que la reparación de los daños morales debiera ser un principio de carácter general en el derecho de obligaciones, recibiendo consagración en virtud de la modificación de las normas relativas a los rubros indemnizables en caso de incumplimiento, en particular el artículo 1556, ello atendido a la actitud reacia de nuestros tribunales para dar lugar a la reparación de estos perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- ABEL BORDA. "La reforma de 1968 al Código Civil". Buenos Aires. 1971
- 2- ANTONIO HERNÁNDEZ GIL. "Derecho de Obligaciones". Ceura. Madrid. 1983
- 3- ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. "De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno." Imprenta Universitaria. Santiago de Chile. 1943
- 4- BEATRIZ VENTURINI. "El Daño Moral: en nuestra jurisprudencia y en el Derecho Comparado." Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1992
- 5- CARMEN DOMINGUEZ HIDALGO. "El Daño Moral." Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000
- 6- CARMEN DOMINGUEZ HIDALGO. "La indemnización por Daño Moral: Modernas tendencias en el Derecho Civil Chileno y comparado." Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 25, N° 1 (Enero /Febrero 1998), páginas 27 a 55.
- 7- DE CASTRO y BRAVO. "Temas de Derecho Civil". Madrid. 1972
- 8- ENRIQUE BALTIERRA RETAMAL. "La indemnización del daño moral en la legislación civil chilena". Editorial Universitaria, Santiago de Chile. 1956.
- 9- FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS. "Configuración, consecuencias y valorarización de los daños corporales". Cuadernos Jurídicos. N° 1, Universidad Adolfo Ibáñez. 1995
- 10- FERNANDO FUEYO LANERI. "Derecho Civil". Tomo IV, Santiago de Chile. 1958
- 11- FERNANDO FUEYO LANERI. "El daño moral y su indemnización; especialmente en materia contractual". Separata de la revista de Derecho Privado, Santiago de Chile, Enero-Marzo de 1966.
- 12- ISIDORO H. GOLDENBERG. "Indemnización por Daños y Perjuicios." Editorial Hammurabi. Buenos Aires Argentina. 1993

- 13- HENRI y LEÓN MAZEAUD - ANDRÉ TUNC. "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y contractual". EJEJA, Buenos Aires. 1961
- 14- HERIBERTO FIGUEROA M. "Indeminización del daño moral". Memoria de prueba. Santiago de Chile. 1911
- 15- JORGE BUSTAMANTE ALSINA. "Teoría general de la responsabilidad civil". Abeledo-Perot. Buenos Aires. 1989
- 16- JORGE MOSSET ITURRASPE. "Responsabilidad civil". Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1997
- 17- JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER. "El daño extracontractual". Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 1997
- 18- JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ RAMÍREZ. "Análisis sobre la responsabilidad civil, el daño moral y el daño a la persona en el Derecho Mexicano." Revista Electrónica de Derecho Mexicano, N° 3, octubre y noviembre de 1999. www.vlex.com
- 19- JOSÉ PABLO VERGARA. "La mercantilización del daño moral". Revista "Actualidad Jurídica". Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile. Año I, n° 2, (jul. 2000).
- 20- JUAN JOSÉ AMÉZAGA. "Culpa Aquiliana". Montevideo. 1914
- 21- LESLIE TOMASELLO HART. "El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual." Editorial Jurídica de Chile. 1969
- 22- MOISET DE ESPANES. "La costumbre, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sarfield". Ediciones de Revista Notarial, Separata del N° 81, 1975.
- 23- OLGA GUIÑEZ GÓMEZ. "El Daño Moral." Dirección General de Prisiones. Santiago, Chile. 1929
- 24- RAMÓN DANIEL PIZARRO. "Daño Moral: prevención, reparación, punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho." Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 1998
- 25- ROBERTO H. BREBBIA. "Hechos y actos jurídicos". Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma. Buenos Aires 1979.
- 26- WALTER MARTÍN AÑEZ REA. "Indemnización del Daño Moral por despido Abusivo en el Derecho Comparado." Editorial Universitaria, Universidad Autónoma "Gabriel René Moreno". Santa Cruz, Bolivia. 1998

27- REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENA. Código Civil y leyes complementarias. Tomo X. Editorial Jurídica de Chile. 1998

FUENTES LEGALES NACIONALES

Código Civil de la República de Chile.

Código de Comercio

Código Penal

Ley 16.744 relativa al Seguro Social Obligatorio contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.

Ley 19.733 que establece normas relativas a la libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo.

ÍNDICE DE MATERIAS

INTRODUCCIÓN.....	2
EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL.....	5
a) Concepciones negativas.....	6
a.1- Daño moral es todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial.....	6
a.2- Daño moral es todo daño que no repercute en el patrimonio.....	6
a.3- Daño moral es todo daño que carece de equivalencia pecuniaria.....	7
b) Concepciones positivas.....	7
b.1- Daño moral como <i>pretium doloris</i>	7
b.2- Daño moral como lesión a un derecho extrapatrimonial.....	10
b.3- Daño moral como menoscabo a derechos referidos a la personalidad.....	11
b.4- Doctrina que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado.....	12
b.5- Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia que la acción dañosa provoca en la persona.....	13
CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	15
1- Antecedentes históricos del daño moral en el Derecho Romano.....	16

2- Antecedentes históricos del daño moral en el	
Derecho Germánico.....	21
3- Antecedentes históricos del daño moral en el Derecho	
Español.....	24
1. El daño moral en el antiguo Derecho Español.....	24
2. Código Civil Español.....	25
4- Situación del daño moral en los países del Common Law.....	27
5- Antecedentes históricos del daño moral en el Derecho	
Francés.....	28

CAPITULO II: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS.....39

1- Argentina.....	40
a) Aspectos generales sobre el Código Civil Argentino.....	41
b) El daño moral en el Código Civil Argentino.....	42
b.1- El viejo artículo 1078.....	42
b.2- El daño moral en los proyectos de reforma anteriores a la ley 17.711 y en el III Congreso Nacional de Derecho Civil.....	45
b.2.1- El anteproyecto de reformas al Código Civil de Babiloni.....	45
b.2.2- El proyecto de reformas de 1936.....	46
b.2.3- El anteproyecto de 1954.....	46

b.2.4- El III Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961.....	47
b.3- El daño moral en la Ley 17.711 de 1968.	47
2- México.....	53
a) Antecedentes históricos del Código Civil.....	53
b) Visión general del daño moral en México.....	53
c) Primeros antecedentes presentes en la legislación mexicana.....	54
d) Legislación Actual.....	56
e) Derechos de la personalidad.....	58
f) Interpretación Judicial.....	62
3- Uruguay.....	66
4- Perú.....	70
5- Venezuela.....	72
a) La legislación venezolana. Código Civil.....	72
b) La labor jurisprudencial.....	75
b.1- En cuanto al concepto y contenido del daño moral....	75
b.2- En lo que se refiere a las características de la indemnización del daño extrapatrimonial en la responsabilidad extracontractual.....	75
6- La situación del daño moral en Paraguay, Ecuador y Colombia.....	78
CAPITULO TERCERO: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CHILE.....	79

a) Aspectos Generales sobre el Código Civil chileno.....	80
b) El daño moral en la responsabilidad derivada de los hechos ilícitos.....	81
b.1- Primera Etapa: La negación de la reparación del daño moral extracontractual.	81
b.2- Segunda Etapa: Admisión de la resarcibilidad del daño moral extracontractual.....	83
c) El daño moral en la responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual.....	87
c.1- Antecedentes de las normas fundamentales que rigen la materia.....	87
c.2- Tesis mayoritaria: La no reparación de este perjuicio. Argumentos.....	89
c.3- La aceptación del daño moral en ciertas figuras contractuales.....	91
c.3.1- El contrato de transporte.....	91
c.3.2- El Contrato de trabajo.....	94
c.3.3- El contrato de cuenta corriente.....	94
c.4- Propuestas doctrinales para aceptar la reparación del daño moral derivado de un incumplimiento contractual.....	96
c.4.1- Interpretación amplia de los preceptos referidos a la reparación de los perjuicios contractuales.....	97
c.4.2- Aplicación de las reglas de integración.....	98
c.4.3- Reforma del Código Civil.....	99
d) El daño moral en la Evolución Constitucional chilena.....	100
d.1- La Constitución Política de 1925.....	100

d.2- La Constitución Política de 1980.....	100
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	108