



MARCELO MONTERO I.

*Profesor de Derecho Civil,
Profesor de Derecho y Moral y
Profesor de Emprendimiento en
la Escuela de Derecho de la
Universidad Diego Portales.*

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO MORAL

En el presente texto y sujeto a las restricciones de espacio impuestas, esbozo parte de un trabajo mayor en el que planteo que la noción tradicional de daño moral no resulta técnicamente adecuada para compensar a la víctima de una conducta dañosa. Por lo mismo, propongo que la noción tradicional de daño moral debe reemplazarse por otra que se adecue mejor a los estándares éticos sugeridos por la ética liberal. No me es posible justificar aquí todas las afirmaciones que hago, por lo que solicito al lector leer estas líneas con la actitud reflexiva de quien hace una pregunta, en contraposición a la actitud crítica de quien evalúa una respuesta. Mi intención acá es modesta: motivar la revisión de un tema que cada día se vuelve más urgente.

Los Estatutos de Responsabilidad Civil en el Código Civil

La responsabilidad civil consiste en la obligación de indemnizar los perjuicios que una persona le ha causado a otra. Esos perjuicios pueden haberse causado porque se ha incumplido una obligación emanada de un contrato, o bien, porque se ha infringido el deber general de no dañar a otro establecido en la ley. Esta definición, generalmente aceptada, permite a la dogmática civil distinguir dos estatutos de responsabilidad diferentes. Por una parte, el estatuto de responsabilidad civil contractual y, por la otra, el estatuto de responsabilidad civil extracontractual. El primer estatuto regula la obligación de indemnizar los daños causados al acreedor por el incumplimiento del deudor de un deber contractual. El segundo estatuto, en cambio, regula la manera en que debe repararse cualquier otro daño que se cause a una persona, normalmente aquellos que provienen de la comisión de un delito civil o de un cuasidelito civil. Es por eso que resulta más adecuado, en mi opinión, referirse a este último estatuto como "estatuto de responsabilidad delictual o cuasidelictual". Llamarlo estatuto de responsabilidad extracontractual supone, veladamente, tomar partido por ade-

lantado en la tradicional disputa acerca de cuál es el estatuto general de responsabilidad en nuestro Código Civil. En otras palabras, la nomenclatura supone una toma de posición respecto del estatuto, aplicable al incumplimiento de las obligaciones cuasicontractuales o legales. En efecto, llamar a un estatuto "extracontractual", implica considerarlo el estatuto general, puesto que todo caso que no sea susceptible de encajar en el estatuto contractual de responsabilidad, deberá cubrirse por el extracontractual. Esta tesis es, como es sabido, muy discutible.

Dicho lo anterior, en lo que sigue distinguiré el estatuto de responsabilidad contractual por contraposición al estatuto de responsabilidad delictual o cuasidelictual, sin tomar posición acerca de cuál de ellos es el estatuto general de responsabilidad en el Código Civil.

Ahora bien, los requisitos para que se configure la responsabilidad contractual son diversos a los requisitos que deben concurrir para que se configure una hipótesis de responsabilidad delictual o cuasidelictual. En el primer caso, o sea, con base en el estatuto de responsabilidad contractual, la ley exige que exista un contrato, que alguna de las partes haya incumplido una obligación emanada de ese contrato, que ese incumplimiento sea culpable o doloso, que el acreedor haya experimentado un

daño a resultas del incumplimiento y que el deudor esté formalmente en mora. En el segundo caso, en cambio, esto es, con base en el estatuto de responsabilidad civil delictual o cuasidelictual, se exige que se haya causado un daño como consecuencia de una conducta -activa u omisiva- de una persona considerada legalmente capaz para tales efectos y que la conducta sea dolosa o negligente. Ambos estatutos fundamentan la responsabilidad civil en un elemento técnico de carácter subjetivo, a saber, la actuación del agente que causa el daño debe ser culposa o dolosa. Existen, sin embargo, algunas diferencias en el tratamiento de esta subjetividad. En el ámbito contractual la culpa o negligencia admite gradaciones (culpa grave, culpa leve y culpa levísima) y se presume legalmente, además, que el incumplimiento ha sido con culpa, desde que la diligencia o cuidado debe probarlo el que ha debido emplearlo. En el ámbito delictual o cuasidelictual, en cambio, la culpa es siempre culpa leve y debe acreditarse por quien la invoca.

Pero las diferencias entre ambos estatutos de responsabilidad se acentúan, de acuerdo a la interpretación tradicional, cuando se analiza la extensión del daño que debe ser reparado en uno y otro caso. En efecto, hasta ahora -pese a algunas sentencias innovadoras- sigue siendo mayoritaria la tesis que

sostiene que en la esfera contractual sólo es indemnizable el daño patrimonial efectivamente causado (que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante). La misma tesis sostiene que en el ámbito delictual o cuasidelictual todo daño debe ser reparado, esto es, tanto el daño patrimonial como el daño moral. Dicho de otra forma, la tesis tradicional excluye el daño moral de los ítems que una indemnización por incumplimiento de una obligación contractual debe considerar.

Hacia un nuevo concepto de daño moral

La noción de "daño moral" no está definida en la ley. Por lo tanto, el significado de esta expresión ha sido establecido de forma vinculante por los tribunales. La tesis tradicional suele definir el daño moral como el sufrimiento, dolor, pena o alteración en la integridad síquica que experimenta una persona producto de la conducta negligente o dolosa de otra. Este concepto, meramente estipulativo, tiene una justificación histórica que, aunque importante, es contingente. No me detendré acá a analizar la historia del concepto. Con todo, me interesa apuntar que el concepto en cuestión puede -sin transgredir dogmas- evolucionar.

Como la intensidad del sufrimiento de un ser humano es algo difícil de medir, ya que varía de persona a persona, resulta inadecuado y difícil intentar apreciarlo en concreto. Por lo mismo, no parece, en principio, razonable, hacer depender el monto de una indemnización por daño moral de una mayor o menor fragilidad psicológica ni tampoco de la cantidad de condicionamientos mentales de la víctima. Desde que los hechos son neutros, es decir, desde que los hechos son sencillamente hechos y desde que la reacción ante las cosas que nos pasan está condicionada por nuestra concepción de la vida y nuestro conjunto de prejuicios, parece claro que introducir un estándar de valoración del daño moral que atienda a estas cuestiones resulta inconveniente e injusto. Inconveniente, por cuanto la subjetividad de las personas, en este caso, las víctimas de un daño, es algo que simplemente escapa a la exploración que es dable exigir de un juez, cuyas creencias, actitudes y condicionamientos estarán también presentes en tal investigación. E injusto, por cuanto una persona con más tolerancia al dolor, debería recibir, en teoría, una indemnización menor que aquella que tiene una mayor predisposición a dramatizar su sufrimiento. En suma, como alguien dijera alguna vez, "no existen situaciones desesperadas, sino que personas desesperadas". Luego, el nivel de desesperación de las personas no puede ser un criterio que justifique una indemnización, ya que es altamente aleatorio y variable.

Nuestros tribunales y la dogmática jurídica predominante, han establecido la regla según la cual el daño moral no debe probarse. Esto es lógico si se considera lo dicho precedentemente, o sea, la imposibilidad de medir con claridad la intensidad del sufrimiento humano. Por consiguiente, la tasación del daño moral por los jueces suele hacerse en abstracto, pensando en cuán razonable sería sufrir ante una situación dada. Sin embargo, este criterio resulta también inadecuado. Si los hechos, como he dicho, son neutros, no es posible fijar satisfactoriamente un estándar acerca de la "racionalidad del sufrimiento" (que

por definición no es racional). Por lo mismo, apreciar el daño moral en abstracto, no es otra cosa que introducir la subjetividad del juez en esa evaluación. Es el juez el que estimará el "sufrimiento razonable" y lo hará de conformidad a sus propias ideas y prejuicios respecto del dolor. Este criterio no admite, pues, la crítica pública y racional de la decisión judicial que establece la indemnización y, por ende, debe rechazarse.

La noción tradicional de daño moral enfrenta, en consecuencia, un severo problema de acreditación y de justificación de los montos fijados. Adicionalmente, hay casos, bastante conocidos, en que si se aplica la noción tradicional de daño moral, habría que concluir, contra el sentido común, que la indemnización no es procedente. Citaré aquí sólo un ejemplo de los varios que es posible pensar. Imagine que una persona es atropellada en la calle y queda instantáneamente en estado vegetal indefinido. ¿Podemos sin vacilar decir que esa persona está experimentando un sufrimiento? Es claro que no sufre dolor alguno, pues carece de la conciencia necesaria para racionalizar su pena. ¿Concluiremos, entonces, que esa persona no tiene derecho a ser indemnizada por daño moral? Nuestras intuiciones y el sentido común nos indican que no indemnizar esta situación sería brutalmente injusto. Pero al mismo tiempo, si queremos ser consistentes con la noción tradicional de daño moral, no tenemos fundamento para justificar la indemnización. Si no hay dolor, nada hay que indemnizar. Hay aquí, como se ve, un problema de justicia evidente y que muestra la insuficiencia del concepto de daño moral habitualmente utilizado en nuestros tribunales.

Establecida la inconveniencia de evaluar el daño moral, tanto en concreto como en abstracto, y establecido que es posible imaginar casos en que el concepto tradicional de daño moral nos lleva a conclusiones que contradicen nuestras más elementales intuiciones de justicia, parece razonable, entonces, buscar un mejor concepto de daño moral que impida estos reparos teóricos y prácticos.

El daño moral y los derechos de la personalidad

Desde el punto de vista del derecho civil, las personas-naturales y jurídicas tienen asignadas por ley ciertas características denominadas "atributos de la personalidad". Estos atributos comprenden cuestiones tales como el nombre, la nacionalidad, el estado civil, la capacidad de goce, el domicilio y el patrimonio.¹ Pero junto a estos atributos, las personas tienen lo que se ha dado en llamar "derechos de la personalidad". Tales derechos, envueltos en una absurda polémica esencialista,² son principalmente los siguientes: el derecho a la vida, la libertad y seguridad individual, la libertad de expresión, el derecho a la salud, el derecho al honor, el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de las creaciones intelectuales. Todos estos derechos pueden fundamentarse en la idea liberal de la autonomía de los seres humanos.³ La noción de autonomía institucionalizada implica que el sistema legal reconoce a todos los individuos la libertad de diseñar su propio proyecto de vida así como escoger sus propios ideales de excelencia. Extrapolada esta idea a las personas jurídicas, en ella importa la libertad de estas entidades o asociaciones para trazar su propio plan de desarrollo institucional, sin intervención estatal. La intervención estatal sólo aparece justificada cuando ella es necesaria para hacer compatibles diversos planes de vida o proyectos institucionales que, en principio, colisionan entre sí.

Pues bien, desde este punto de vista, es decir, desde el punto de vista de la autonomía y de los derechos de la personalidad, es posible estipular y justificar un concepto de daño moral que no presente los inconvenientes más arriba mencionados. En efecto, desde que la autonomía supone proyectos de vida o proyectos institucionales basados en las decisiones de los propios individuos o de los órganos representativos de las personas jurídicas, respectivamente, cualquier fractura, alteración o privación de esos proyectos debe ser indem-

nizada. Y lo indemnizado es, precisamente, el daño moral. Postulo, en consecuencia, que podemos entender por daño moral cualquier interferencia no consentida, ilegal o arbitraria, en el plan de vida de una persona o en el desarrollo institucional de una persona jurídica.

Con este concepto de daño moral, buena parte de la actual jurisprudencia debería modificarse. Así, (a) ante un incumplimiento de una obligación contractual deberían indemnizarse, no sólo el daño emergente y el lucro cesante, sino que también el daño moral; (b) en nuestro ejemplo de la víctima en estado vegetal, su plan de vida ha quedado completamente truncado y, por ende, tiene derecho a ser compensada por daño moral, aunque no experimente sufrimiento alguno; (c) el daño moral puede apreciarse objetivamente en todos los casos, desde que la víctima deberá probar que aspectos de su proyecto de vida han sido alterados; (d) el daño moral puede y debe probarse; y (e) las personas jurídicas tendrían también derecho a indemnización por daño moral cuando su plan institucional es afectado en las condiciones antes indicadas.

Por último, me queda mencionar que el concepto propuesto no excluye la indemnización del dolor, cuando efectivamente lo hay, ya que el sufrimiento producido a resultas de un acto u omisión dañosa, es un atentado al plan de vida de una persona.

Repensar la noción de daño moral es una tarea que estimo urgente e importante. La noción tradicional definitivamente es sólo una puerta a la arbitrariedad, pues no permite ponderar los criterios judiciales que determinan el monto de una indemnización.

¹ Evidentemente, no todos estos atributos se aplican a las personas jurídicas. Por lo pronto, el estado civil es únicamente un atributo jurídico de las personas naturales y la capacidad de goce se diluye en la noción de "personalidad jurídica" asignada por el sistema legal a las personas jurídicas.

² Véase sobre el particular el libro de Alberto Lyon Puelma, *Teoría de la Personalidad*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993, Capítulo III.

³ Véase Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos*, segunda edición ampliada y revisada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, Capítulo V.