REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 198
AÑO LXIII
JULIO - DICIEMBRE 1995
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 4. Daño moral. Menores incapacitados para comprender el alcance del daño. Carácter objetivo del daño moral
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Recordaremos además que la facultad dada al juez para suspender, después de citada la sentencia, un lanzamiento, fue incorporada a nuestra legislación por la ley 17.410 y que luego el art. 21 inc. 3° del D.L. 964 contempló el mismo texto que el actual art. 13 de la ley 181.101. Esas reglas han sido criticadas y en especial por su inconstitucionalidad. En efecto, ella implica pasar por sobre lo resuelto por el juez en sentencia dotada ya de fuerza de cosa juzgada y, por ende, contrariar este efecto que tiene rango constitucional, atendido lo prevenido en el art. 73 de la Constitución. Las reglas que le precedieron fueron también discutidas en su constitucionalidad y por la misma razón: se pretende revivir procesos fenecidos (Sobre esa cuestión en la ley 17.640, G. Piedrabuena R. *Nueva Ley de Arrendamientos*, n. 33, Santiago, 1972 y sobre el art. 21 inc. 3° del D.L. 964, mismo autor, *Legislación y Jurisprudencia sobre Arrendamientos Urbanos*, n. 49.19, págs. 164 y sgts., Santiago, 1976). En realidad, esa facultad no tiene además justificación alguna, ni en los juicios de arrendamiento, ni en los de comodato precario, ni en los de precario. En aquéllos, porque existiendo un contrato que regula los derechos de las partes y a los que éstas asienten al contratar, ellas saben con anticipación lo que ocurre al terminar el contrato. En los de comodato precario, porque por algo el comodatario asintió en que le prestaron una cosa con cargo a devolverla cuando se la pidan y en los de precario, porque ni siquiera un título justifica la mantención en la cosa del precarista frente a su dueño. No se trata sino de restos de la antigua pretensión de hacer del contrato de arrendamiento, en especial el de inmuebles, uno reglado, con intervención estatal que sólo produjo trastornos y multiplicidad de juicios, sin ningún aliciente para la construcción de viviendas, único modo de dar efectiva solución a los problemas habitacionales.

4. DAÑO MORAL. MENORES INCAPACITADOS PARA COMPRENDER EL ALCANCE DEL DAÑO. CARACTER OBJETIVO DEL DAÑO MORAL

DOCTRINA

La capacidad de unos menores, para comprender la magnitud de la tragedia que implica para ellos la muerte de su progenitor, no determina el derecho que tienen para obtener una reparación por el daño moral. Si bien por su escasa edad –tres y seis meses– no se encontraban en condiciones de aquilatar esa pérdida, ella provoca consecuencias irreparables y un menoscabo moral que debe ser indemnizado.

Corte Suprema, 11 de abril de 1955, recurso de queja rol 5.249.

COMENTARIO

Aunque seguramente sin proponérselo expresamente, la sentencia en estudio trata de una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como la jurisprudencia comparadas y sobre la cual nuestros tribunales no se habían pronunciado con anterioridad: la naturaleza objetiva o subjetiva que importa el daño moral o, más generalmente, los perjuicios extrapatrimoniales.

¿El que pretende reparación del daño moral, ha de tener conciencia del sufrimiento o de las limitaciones que para él implica el hecho dañoso, o basta con que objetivamente, con el criterio del hombre común, se constate que, en tales circunstancias, existe privación de facultades u otro atentado a la persona? La exigencia de conciencia en el perjudicado para tener acceso a una reparación por daño moral ha generado así un debate importante en aquellos países donde esta clase de indemnización –cualquiera sea la fuente– recibe una constante acogida.

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 4. Daño moral. Menores incapacitados para comprender el alcance del daño. Carácter objetivo del daño moral
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Así, en Francia la cuestión se ha planteado en particular respecto de la reparación de todos los perjuicios provenientes del estado vegetativo en que ha quedado la víctima a resultas del hecho ilícito, frecuentemente constituido por accidentes del tránsito. Allí, las opiniones relativas al tema se encuentran claramente divididas en varias corrientes. Una es subjetiva y para ella la conciencia de la víctima en cuanto al daño que sufre es una condición indispensable para la reparación. Defendida principalmente por R. Barrot (*Le dommage corporel et sa compensation*, París 1988), ha sido admitida por la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, en una comentada sentencia de 6 de julio de 1983 (Gaz. Pal. 1983, II, 693; D. 1984, 10, nota Chartier) redactada por el citado juez y doctrinador, en los siguientes términos: "La situación particular de una persona gravemente incapacitada, cuya lesión puede definirse en el plano mental por una cuasi inconsciencia, exige una indemnización específica por el período posterior a la sentencia...; pero debe tenerse en cuenta que si, para un lesionado que ha conservado su autonomía, la atribución de una suma de dinero le abre múltiples posibilidades de compensación, para un incapacitado yacente e inconsciente, esta misma atribución, no le aportaría ni consuelo, ni sosiego".

Otra tesis objetiva sostiene que el principio de reparación integral no puede recibir excepción por el motivo que la víctima no tenga conciencia de la pérdida que sufre. Como lo ha precisado la Cámara Criminal de la Corte de Casación francesa, resolviendo sobre la acción civil intentada a nombre de la víctima, "la indemnización de un daño no depende de la representación que de él se hace la víctima, sino de la demanda sometida al conocimiento de los tribunales" (sentencias de 13 de abril 1978, D. 1979, I.R., 64, obs. Larroumet; J.C.P. 1979, II, 19168, nota Brousseau). En el mismo sentido, una sentencia más reciente de la Corte de Burdeos ha resuelto que "la evaluación del daño, fundada tradicionalmente sobre consideraciones ya objetivas, ya subjetivas, determina que, cuando la víctima está aparentemente privada de conciencia y, en todo caso, no pueda expresarla, no puede llevar a la conclusión que no resiente los atentados subjetivos y la protección de sus derechos exige que éstos sean apreciados no por los sentimientos que se supone que tiene, sino en base a los sentimientos comúnmente resentidos por un atentado similar por las personas capacitadas para expresar su voluntad" (Bordeaux, 18 abril 1991, D. 1992, J. nota Gromb; Gaz. Pal. 1993, 1, nota Piédelièvre).

A estas dos tesis se añade una intermedia, sustentada principalmente por Patrice Jourdain (*Les principes de la responsabilité civile*, París 1992, pág. 122) y C. Larroumet (nota a Cass. Crim. 13 de abril 1978, D. 1979, I.R. 64, citada), para la cual la conciencia no es necesaria ni para la indemnización de los perjuicios patrimoniales, atendida su objetividad, ni para el *pretium doloris*, puesto que la víctima que carece de conciencia puede sufrir corporalmente. De aquí entonces, cuando haya de reparárseles el daño no patrimonial, deberá distinguirse entre los posibles daños a considerar, sin que, por ejemplo, pueda tenerse en cuenta el daño estético, el perjucio de pérdida de agrado de la vida o los daños fisiológicos, para los cuales deberá existir mayores reservas.

La cuestión no está cerrada en Francia y los debates en torno a ella continúan (Sobre ello, entre otros, Yvonne Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel*, Systèmes d'indemnisation, ns. 140 y sgts. págs. 132 y sgts., 2a. edic., París 1993; S. Gromb, "De la concience dans les états végétatifs et de l'indemnisation", *Gaz. Pal.* 3 julio 1991, págs. 7 y sgts.; C. Chambonnaud, "L'indemnisation des victimes inconscientes", misma revista, pág. 13 y J.L. Evadé, "La Réparation du préjudice résultant de l'état végétatif du blésse", misma revista, pág. 19; G. Viney, *La Responsabilité: effets*, ns. 146 y sgts., págs. 200 y sgts., París 1988, etc.).

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 4. Daño moral. Menores incapacitados para comprender el alcance del daño. Carácter objetivo del daño moral
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Es verdad que la situación de los lesionados en estado vegetativo presenta particularidades que justifican el amplio debate doctrinario y que, por lo mismo, no se trata de idéntica situación a la resuelta en la sentencia que se comenta. Pero, lo que nos lleva a aludir a aquella controversia tratándose de la sentencia de la Corte Suprema, es que, dejando de lado aquellas particularidades fundadas en la gravedad de la situación de la víctima, en ambas está planteada la noción misma de daño moral o no patrimonial. El problema esencial consiste en determinar si para ellos ha de aplicarse una notion *in concreto*, tomándose en cuenta entonces la situación personal de la víctima, los sufrimientos o limitaciones que ha experimentado y ajustar, por lo mismo, la determinación de la reparación a la prueba de la existencia de tales sufrimientos y daños tal cual los ha soportado la víctima o si, por el contrario, el daño moral ha de fijarse de acuerdo a una apreciación *in abstracto*, fundada en la manifestación externa de las limitaciones experimentadas por la víctima y conforme a la experiencia del hombre común.

La decisión es compleja y tanto que, se ha llegado a decir por algunos autores (S. Gromb, nota citada, pág. 16) que ella supone optar entre una filosofía utilitarista que antepone las consideraciones económicas, aún en ámbitos considerados tradicionalmente como propios de la ética y la ambición de proteger, cualquiera sea el precio, los derechos del hombre y más particularmente la dignidad humana, corroída en situaciones extremas, en que la persona, privada de la facultad de pensar o de comunicarse, se diferencia poco del animal o de una cosa.

En efecto, la noción subjetivista o *in concreto*, parte de la base que la indemnización económica tiene por objeto restituir en alguna medida una facultad o derecho perdidos y, por lo mismo, exige que la víctima tenga plena conciencia de las limitaciones que experimenta. Sólo entonces habría daño efectivo que pueda ser reparado. El dolor, para ser tal, ha de sentirse, así como las pérdidas del agrado de la vida han de ser experimentadas por la comparación sensible que la víctima puede hacer entre lo que ella fue antes del hecho dañoso y su situación posterior. Es ello lo que hace necesario la reparación mediante el dinero, porque así se le entrega un valor económico que le permite, si bien no recuperar la situación previa, poder darse otros agrados que compensen lo perdido.

Pero esa noción parece difícil de aceptar, tanto por razones éticas, como lógicas. En efecto, resultaría que mientras más daño se infrinja a la víctima, mejor es la situación para el hechor, porque en la medida en que ésta queda privada de sensación del daño, no tiene daño reparable. Además, desvalora la protección de la persona, porque la idea de reparación no sólo tiene un fundamento económico de restitución, sino también una significación que trasciende porque incide en la valoración que el derecho debe dar al hombre en todas sus dimensiones. Por algo, entre nosotros, el art. 19 n. 1 de la Constitución coloca como primera garantía constitucional, la integridad física y psíquica de la persona. Así entonces, el propósito de la indemnización en casos de daños a la persona es, como se ha dicho por autorizadas opiniones, buscar una relativa igualdad entre las personas, proporcionando sumas tanto más elevadas, cuanto más graves aparecen los atentados que la víctima ha debido soportar (G. Viney, op. cit. n. 146, pág. 202).

En el caso resuelto por la sentencia comentada, la Corte Suprema, seguramente sin pensar en la profundidad del problema que debía resolver, aplicó lo que le pareció un criterio justo y lógico: no porque las víctimas, en el caso recién nacidas, no podían tener conciencia de la pérdida que significaba la muerte de su padre, podía impedirse que recibieran compensación por el *pretium doloris*. Se trata de una pérdida que, cualquiera sea la edad o la conciencia que de ella se tenga al tiempo de producirse, afecta necesariamente a una persona, de acuerdo a la experiencia del hombre común. No se

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 4. Daño moral. Menores incapacitados para comprender el alcance del daño. Carácter objetivo del daño moral
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

repara pues por el solo sufrimiento producido en el momento de la desaparición de los padres. Con los años, las limitaciones que esa pérdida significará para el desarrollo de la afectividad y la vida de esos menores, se irán sintiendo y manifestando. No era pues lógico adoptar un criterio subjetivo o *in concreto*. En situaciones idénticas, la jurisprudencia comparada lo ha resuelto del mismo modo: no porque al momento del fallecimiento de sus padres el menor sea invulnerable al sufrimiento, el *pretium doloris* no deba ser reparado (En igual al sentido, G. Viney, op. y loc. cit., quien cita los informes y conclusiones del Décimo Primer Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado celebrado en Caracas en 1982, sobre la reparación del *pretium doloris*; y Harvey Mc Gregor, Personal Injury and Death", n. 160 en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, cap. 9; R. Daniel Pizarro, *Daño Moral*, pág. 271, Buenos Aires 1996; E. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, n. 123, págs. 445 y sgt. 2a. edic., Buenos Aires 1987; M. Zavala de González, "Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral", en *J.A.*, Buenos Aires 1985, I. 794; M. Mosset Iturraspe, "Daño moral causado a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos", en *J.A.*, Buenos Aires 1992, IV. 559). Lo mismo puede decirse de personas privadas de razón por enfermedad mental.

La sentencia de la Corte Suprema, tal vez sin proponérselo, como sucede tantas veces en nuestra práctica jurisprudencial, ha abordado entonces una cuestión de suyo compleja y la ha resuelto en el sentido más favorable a los derechos de la persona y a su recta consideración, en tanto principal objeto de interés para el derecho, de acuerdo a los principios admitidos en derecho comparado. No puede sino elogiarse la decisión.