



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
SEMINARIO DE LICENCIATURA



TESINA DE DERECHO

EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

¿Debe ser siempre objeto de prueba?

Autor: Eduardo Acuña Saavedra.

Profesora Guía: Susana Bontá Medina.

Valparaíso, Diciembre de 2012

INDICE

RESUMEN & ABSTRACT	02
INTRODUCCIÓN	03
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	04
CAPÍTULO I: EL DAÑO MORAL	05
Aspectos Generales.....	05
Concepto de Daño Moral.....	05
Distinción a propósito de una sentencia.....	07
Resarcibilidad del Daño Moral.....	09
Naturaleza del daño moral en nuestro país.....	11
CAPÍTULO II: LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL	14
Aspectos previos.....	14
¿Es necesario probar siempre la existencia y reparación del daño moral?.....	15
Perspectiva de la Jurisprudencia.....	16
Perspectiva de la doctrina en esta materia.....	25
Cuando demanda una víctima directa o inmediata.....	25

Cuando acciona una víctima por repercusión o por rebote.....	26
Apreciaciones sobre la necesidad de probar el daño moral.....	28
CAPÍTULO III: CUESTIONES PROCESALES DE LA PRUEBA.....	31
Aspectos Generales.....	31
Principios sobre la prueba del daño moral.....	31
Principio del debido proceso.....	31
Presupuestos de la prueba del daño extrapatrimonial.....	33
¿Qué debe probarse cuándo se alega daño moral?.....	33
¿Cómo han de probarse los daños morales?.....	35
La determinación del quantum resarcitorio.....	39
Criterios jurisprudenciales.....	40
Razones que explican los problemas del quantum indemnizatorio.....	41
CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	45

Tabla de Abreviaturas:

Artículo/s:	Art./Arts.
Código Civil:	C.C.
Código de Procedimiento Civil:	C.P.C.
Corte Suprema:	C.S.
Decreto Ley:	D.L.
Demás autores:	et. al.
Gaceta Jurídica:	GJ.
Idéntico:	Idem.
Número:	Nº
Obra citada:	ob. cit.
Página/s:	p./pp.
Revista de Derecho y Jurisprudencia:	RDJ.
Sección:	sec.
Tomo:	t.

RESUMEN

Esta tesina tiene por objetivo responder a la interrogante referente a, si el daño moral en la responsabilidad civil es siempre objeto de prueba o no, esto en razón de la divergencia que sobre esta materia existe entre la jurisprudencia y la doctrina.

Analizadas ambas en este trabajo, di cuenta del raciocinio que tienen para justificar la postura de cada una. En este sentido, si bien teóricamente aparece más ajustada a derecho la propuesta dogmática, la de nuestros tribunales superiores de justicia también presentan argumentos relevantes, como la complejidad que significa probar el daño moral.

Palabras claves: responsabilidad civil, daño moral, prueba, jurisprudencia, doctrina.

ABSTRACT

This thesis aims to answer the question as to whether the moral of liability damage is always subject to proof or not, this because of the divergence on this matter between jurisprudence and doctrine.

In this paper, I draw up upon the reasoning they have to justify each position. In this sense, although in theory it appears more adapted to law the dogmatic proposal, our superior courts of justice also have relevant arguments, as is the complexity that is involved in proving moral damage.

Keywords: civil responsibility, moral damages, evidence, jurisprudence, doctrine.

INTRODUCCIÓN

El daño moral, es un tema complejo en todos sus aspectos, por cuanto ya su reconocimiento dentro de nuestro ordenamiento jurídico fue objeto –en su momento- de diversas teorías, como asimismo lo ha sido su denominación, concepto y su existencia en relación a la responsabilidad contractual.

En este sentido, me he planteado el desafío de investigar un tema del que podría pensarse hay mucha literatura, debido a que se refiere a un aspecto de un rubro de la responsabilidad civil que actualmente está en constante solicitud por parte de las personas que, cada vez más, sufren algún perjuicio y, que en consecuencia está en mayor conocimiento por parte de los tribunales. Sin embargo al revisar los primeros textos y documentos a los que tuve acceso, pude percatarme que si bien el daño moral ha tenido una preocupación ascendente por la doctrina, lo relativo a su prueba es todavía algo poco desarrollado por los autores. No obstante esto, dichos autores tienen una opinión muy clara y por lo mismo critican fuertemente el tratamiento y aplicación que hacen nuestros jueces de la prueba del daño moral.

Encontrándome con tal escenario, me embarqué en esta causa de ir reuniendo y armando un esquema con el cual lograr darle alguna sistematización y ordenamiento, algunos artículos más recientes me dieron ciertas pautas, y en este orden de cosas abordaré aspectos generales del daño moral como su denominación y sus diversos conceptos, luego de ello revisaré cuestiones como la resarcibilidad del mismo, su naturaleza, una clasificación doctrinaria, pero vista desde la perspectiva jurisprudencial y la aplicación de la misma atendido el tipo de víctima –directa o por repercusión- que puede sufrir daño extrapatrimonial; para en la parte final dejar los aspectos menos desarrollados y más relevantes para este trabajo, la prueba del daño moral, mirado desde los medios de prueba y el quantum resarcitorio, con toda la dificultad que implica probar una cuestión subjetiva.

De su importancia, pertinencia y utilidad saltan a la vista, ya que las solicitudes por daño moral van en aumento, y sin que haya una elaboración jurisprudencial más armónica, lo que sumado a las peticiones cada vez más onerosas por los demandantes, harán que se pierda el norte en la búsqueda de una reparación justa para todos los afectados por algún

daño moral. Espero que este trabajo ofrezca, a lo menos, una orientación y que las conclusiones que se esbozarán, cumplan con la pertinencia que se requiere para que sea una herramienta útil.

Planteamiento del problema

Ya se ha dicho lo complejo que es el estudio del daño moral y sus diversos aspectos, sin embargo, en la actualidad hay cuestiones que están resueltas, casi sin discusión, y es por eso que se hace innecesario discurrir sobre ellas. Lamentablemente esto no ocurre en todos los ámbitos del daño moral, puesto que hay una materia que carece aún de un tratamiento dogmático completo que sumado a la aplicación jurisprudencial que se hace del mismo, hacen que continúe siendo un asunto conflictivo que, para gran parte de los autores, incluso significa una infracción explícita a ciertas garantías fundamentales y en consecuencia una especie de talón de Aquiles –uno de tantos por lo demás- de nuestro Estado de Derecho.

Dicho lo anterior, la interrogante sobre la que desarrollaré este trabajo se reduce a la siguiente: ¿es necesario probar siempre la existencia del daño moral en la responsabilidad civil?, es decir, se debe cumplir con aquella etapa procesal en que las partes rinden prueba – unos para acreditar y los otros para desvirtuar la existencia del daño moral y sus perniciosas consecuencias-, el tribunal las valora y luego en función de esa valoración resuelve con plena convicción que hubo daño extrapatrimonial y que por tanto debe ser reparado por quien causó tal perjuicio. De ser afirmativa la respuesta, ¿cómo y qué se prueba?, y de ser negativa, ¿cómo el juez puede estimar la cuantía de el daño producido?, ¿o bastará con que el juez mediante un medio indirecto de prueba –la presunción- logre dar por acreditado el daño y resolver fundado solamente en dicha presunción?

No está demás decir las implicancias que tiene señalar una u otra respuesta, ya que entran en juego cuestiones incluso de carácter constitucional y es por ello que se hace necesario conocer cómo operan nuestros jueces cuando se ven enfrentados a este tipo de casos.

CAPÍTULO I: EL DAÑO MORAL

1. Aspectos Generales

Para comenzar el tratamiento de este trabajo, partiré por referirme al punto más básico del tema a desarrollar, esto es, dar algunos conceptos de daño moral con las diversas concepciones que ha adoptado cada autor, al cual otros por su parte, se adhieren estimando que ese resulta ser el más idóneo.

Dentro de este acápite, mencionaremos las diferentes denominaciones que se le ha dado al daño moral, así como otros asuntos de carácter general que sirven para situarse dentro de la materia en estudio.

2. Concepto de Daño Moral

En referencia a una cuestión meramente terminológica, y conforme a lo que plantea el profesor Fueyo, para él la terminología más apropiada a la estructura del daño específico de que se trata es la de daño extrapatrimonial, al menos desde el punto de vista de la tesis que sostiene, cual es que, el bien jurídico protegido está constituido por bienes extrapatrimoniales, integrados por derechos de la personalidad y por derechos de familia propiamente tales. (1966: p. 3). Sin perjuicio de esto, y considerando que esta denominación o la clásica, daño moral –unidas a otras existentes- no producen mayor alteración al planteamiento del presente trabajo, es que se utilizarán ambas para el desarrollo del mismo. Aprovecho desde ya la ocasión, para manifestar mi inclinación por el término daño extrapatrimonial, por cuanto coincido con Fueyo en sus argumentos, amén de extraerle la palabra moral que tantos malos entendidos y/o confusiones ha provocado en el ámbito jurídico.

A propósito de lo mismo, Barros plantea que el término daño moral tiende a oscurecer la pregunta por el tipo de daño a que se hace referencia, ya que si bien, daño moral alude correctamente a la lesión de bienes como el honor y la privacidad, pero solo

imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida (2006: p. 231).

Ahora bien, entrando más en materia se podrá apreciar los distintos conceptos existentes de daño moral, con variados criterios según señala Carmen Domínguez, distinguiendo las concepciones negativas de las positivas; las que niegan la autonomía del daño moral respecto del daño patrimonial o las que distinguen al daño moral como un perjuicio autónomo. Es decir, no es un tema pacífico lo que genera que muchas de las materias y sus consecuencias tampoco lo sean, teniendo como soluciones según lo que se considere más cercano al pensamiento de cada autor.

Dicho esto, señalaré algunos conceptos, que a mi juicio resultan ser más omnicomprendidos, además de ser más útiles al tema a desarrollar. Podemos entender por daño moral o daño extrapatrimonial – que son las dos nomenclaturas más utilizadas en nuestro país para referirse a este perjuicio- según algunos autores y jurisprudencia como:

- a) “Daño extrapatrimonial es aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito o el incumplimiento de un contrato, siempre que se afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona, en cuyo caso debe repararse el daño mediante una cantidad de dinero que se fija discrecionalmente por el juez” (Fueyo, 1966: p. 4).
- b) “Daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo”, agregando que “será calificado como derivado de contrato cuando sea una consecuencia del incumplimiento de un contrato por aquel que estaba obligado a cumplirlo” (Domínguez, 2000: p. 84)¹.

¹ Además, hace el alcance de que el empleo de los adjetivos “extracontractual” y “contractual” sólo sirve para aumentar las confusiones, ya que en su opinión la naturaleza del daño moral es única y por ello el concepto ha de ser el mismo para toda la responsabilidad.

- c) “El daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, perjuicio o aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales; un dolor o aflicción a sus sentimientos”.²
- d) “El daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente a un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra, detrimento que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba o determinación directa, sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva”.³

El hecho de haber tantos conceptos da cuenta de lo dificultoso que resulta ser el tema del daño moral, ya que cada concepto deriva en una consecuencia distinta de lo que se estima por este perjuicio, tal cual se señaló anteriormente. De todas formas, y a riesgo de ser redundante, quiero establecer la idea de que no es indiferente cual concepto adoptar, aunque desde ya queda en evidencia la diversidad de ideas presentes en este concepto.

Para precisar el hecho de porqué hay dos conceptos de la jurisprudencia, es con la finalidad de que a pesar de la diferencia de años entre una y otra sentencia, el fondo de dichos conceptos apuntan a los mismo, lo cual se refleja en la perspectiva que han tenido nuestros tribunales, aunque –como daremos cuenta- esta situación comienza a variar.

3. Distinción a propósito de una sentencia

Aunque algunos autores ven en esta distinción una clasificación dogmática del daño moral, he querido exponerla como una desarrollada por nuestros tribunales superiores para, de alguna forma, hacer notar labor de carácter pedagógico que se plasman en algunas sentencias, basadas en los planteamientos doctrinarios que realizan los autores aportando a este tema, que en lo referido al aspecto probatorio, aún se encuentra al debe.

² Corte Suprema, 10 de agosto de 1971, RDJ., t. 68, sec. 4ª, p. 168. Este es el clásico concepto denominado “pretium doloris”.

³ CS., agosto de 2007. También se entiende daño moral como “pretium doloris”

Esta distinción lo que hace es separar el evento dañoso de sus consecuencias. El primero es la lesión del interés protegido, en sí mismo considerado, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Sus consecuencias son aquellos perjuicios posteriores, de orden económico o moral, que derivan de la lesión al interés. (Hunter, 2005: p. 8)

La Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo de fecha 09 de diciembre de 2003, es decir, una sentencia no muy pretérita realiza un ejercicio de hacer una distinción basada en la doctrina, lo cual destaca la importancia que va adquiriendo ésta en cuanto a ser un pilar relevante en los fundamentos de las sentencias. Así, esta jurisprudencia manifiesta:

En la actualidad, la dogmática jurídica reconoce lo que se denomina el daño moral puro y el daño moral con consecuencias patrimoniales, los cuales deben ser indemnizados en la medida que se encuentran acreditados. Tratándose de entes despersonalizados incapaces de experimentar dolor, sufrimiento o padecimiento debemos descartar de plano el daño moral puro y centramos en el daño moral con consecuencia patrimoniales de estas personas al verse afectado su honor, el prestigio o la confianza comercial de que gozaban dentro del ámbito de sus actividades. Todo daño moral puro o con consecuencias patrimoniales para ser indemnizable requiere que tenga carácter de certidumbre y realidad, por lo que aquellos que obedecen a meras conjeturas o a una posibilidad no lo son, pues constituyen específicamente daños patrimoniales indirectos.

Si bien el fallo alude a esta distinción en que la víctima en este caso es una persona natural –daño moral puro- y en el otro caso es de personas jurídicas –daño moral con consecuencia patrimoniales- no deja de tener importancia para el presente trabajo, toda vez que éstas deben probar el perjuicio que alegan haber sufrido, cuestión que en mi opinión es más fácil de hacer, ya que objetivamente es más evidente por todos⁴, sea que se trate de una persona jurídica con o sin fines de lucro, y sin perjuicio de lo cual deberá realizar todo lo que esté de su parte en acreditar primero la existencia del daño moral y luego que ese le ha causado un perjuicio resarcible.

⁴ Piénsese en una conocida marca extranjera o en un negocio de un barrio determinado, en ambos casos el ataque a su prestigio (daño extrapatrimonial) además de ser conocido por los habituales consumidores de los mismos, generará –probablemente- perjuicios por el daño causado, por ejemplo: una disminución de clientes. Si no tiene fines de lucro, su credibilidad pudiese ser afectada, por ejemplo con una baja de ingresos por los aportes de los contribuyentes.

Sin embargo, un fallo más reciente extiende esta distinción en su forma de daño moral con consecuencias patrimoniales no sólo a las personas jurídicas, al manifestar que “el daño moral es definido como el sufrimiento, trastorno psicológico, afección espiritual o lesión de un interés personalísimo, causado a la espiritualidad de la víctima como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o de la infracción a un derecho subjetivo, no definible por parámetros objetivos, que puede afectar a la víctima o a un tercero, pudiendo consistir en un daño moral puro *o bien de índole pecuniario cuando indirectamente afecta la capacidad productiva del perjudicado*”.⁵ Lo que nos dice esta sentencia, es que dicha distinción es posible de ser aplicada en personas naturales, en donde ya no basta con que el daño pudiese ser el tradicional concepto de *pretium doloris* o precio del dolor, sino que también abarca a aquel que produce consecuencias perniciosas en el ámbito patrimonial.

Esto nos viene a revelar una evolución de los magistrados, en orden a conceptualizar el daño moral en términos más amplios, con los efectos aparejados que ello trae.

4. Resarcibilidad del daño moral

A pesar de que en algún periodo de nuestra historia jurídica –desde la dictación del Código Civil hasta inicios del siglo XX- la jurisprudencia rechazaba de manera sistemática las solicitudes que se le presentaban pidiendo que se ordenara la reparación de los daños extrapatrimoniales, ello fue variando con el paso de los años, no sin encontrar cierta resistencia por algunos jueces que estimaban que no procedía indemnizar por dicho perjuicio moral.⁶

En la actualidad no hay discusión sobre la resarcibilidad del daño moral, y en esa misma línea, Corral nos indica que la ley admite la indemnización del daño moral aún cuando el Código Civil no lo señala expresamente, al señalar que hoy es una tesis

⁵ Corte Suprema, sala primera, 11 de abril de 2011, Considerando Decimosexto. La cursiva es nuestra.

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de septiembre de 1940, RDJ, t. 39, sec. 1ª, p. 214.

unánimemente compartida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Para él respaldan esta opinión varios preceptos del Código Civil, a saber:

- a) Los artículos 2314 y 2329 expresan que debe repararse *todo daño*, sin hacer distinciones en cuanto a su naturaleza patrimonial o moral.

Por otro lado, ya lo decía Fernando Fueyo, cuando expresaba que la jurisprudencia chilena ha tenido oportunidad de recalcar que la palabra *daño* comprende según el diccionario de la Lengua, el perjuicio, dolor o molestia que se causa, por lo cual interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que comprende, a más del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial, que se ocasiona por un acto ajeno. (1966: p. 5). Es más, él mismo deja en claro a la época de la redacción de su trabajo, que el daño moral es indemnizable en los dos ámbitos de la responsabilidad que nos rige, esto es, la extracontractual y la contractual, siendo ésta última discutible – aunque cada vez menos- todavía para algunos jueces y autores.

- b) El artículo 2317 se refiere del mismo modo a *todo perjuicio*. Se entiende, entonces, que es resarcible tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial, ya que opera un argumento clásico, cual es que, donde no distingue el legislador, no corresponde hacerlo al juez encargado de interpretar y aplicar las normas, en razón de la función jurisdiccional que le corresponde al conocer de un caso concreto.
- c) El artículo 2331, al regular el caso especial de las imputaciones injuriosas, limita expresamente la reparación al daño patrimonial, de lo cual se deduce que la regla general es que la indemnización no sólo incluye el daño avaluable en dinero, sino también el llamado daño moral (2008: p. 150). Es decir, cuando el legislador ha querido negar la reparación –como en este caso- ha debido dictar una regla especial al respecto.

Diez por su parte agrega dos argumentos más, de lo que él estima creación de nuestros jueces, en cuanto al resarcimiento del daño no patrimonial:

- a) En diversos textos positivos –distintos al Código Civil- se ha reconocido expresa o tácitamente, la resarcibilidad del daño moral, lo cual permite entender que la

reparación de este perjuicio es un principio informante de toda nuestra legislación. En tal sentido trae a colación el artículo 24 del Código Penal, disposición que señala que “toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores...”, y que al no distinguir la naturaleza de los daños y perjuicios comprendería tanto los de índole material como los morales. Además con este objetivo nuestros jueces citan los artículos 215 y 370 del mismo cuerpo legal y el artículo 34 de la Ley 16.643 sobre Abusos de Publicidad.

- b) En lo concerniente a la responsabilidad –genéricamente entendida- se ha dicho que el Derecho Civil y el Derecho Penal se encuentran muy relacionados; así muchos ilícitos civiles lo son a la vez penal, habiéndose establecido delitos penales por actos que solo producen daños meramente morales o de orden inmaterial, por ejemplo arts. 391 N° 1, 206 y 207, todos del Código Penal. Ello viene a corroborar el propósito de la de la legislación en general, de sancionar actos ilícitos aun los que solo producen daño moral. (1997: p. 97)

5. Naturaleza del daño moral en nuestro país

Algunas de las funciones que puede presentar la reparación del daño moral son de: restitución, compensación y pena civil.

Sobre la reparación, dice Barros que el dinero puede contribuir a reparar en naturaleza, al menos en parte, algunos daños morales. Así una víctima de un shock nervioso puede recurrir a un tratamiento psiquiátrico. En este caso –y otros similares- la indemnización cubre propiamente perjuicios patrimoniales, consistentes en los gastos necesarios para que la víctima sea llevada a la condición anterior a la dañosa actual. (2006: p. 301).

En otros casos, la restitución en naturaleza se puede lograr por medios más directos, que no se traducen en una indemnización propiamente, por ejemplo el caso de una difamación en que se pretenda una retractación pública, la publicación de la sentencia

condenatoria del difamador o, incluso el reconocimiento de una indemnización simbólica. Esta condenación a una pequeña cantidad de dinero de valor simbólico es lo que en el sistema anglosajón se conoce como *nominal damages*. (Tomasello, 1969. p. 44)⁷

Los daños morales no pueden ser objeto de reparación, a diferencia de los que ocurre con los daños patrimoniales, ya que el dolor físico, la pérdida de autoestima por la desfiguración del rostro u otros daños de la misma índole, no son propiamente reparables, puesto que la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior a la que causa el daño. Este tipo de consideraciones llevaron a rechazar la responsabilidad civil durante mucho tiempo, argumentándose cuestiones de carácter valórico, como estimarse perverso dar un valor monetario a bienes intangibles.

Actualmente la idea de que todo daño deber ser reparado está arraigada, por lo que una de las funciones de este instituto de la responsabilidad civil es restituir el orden alterado por el hecho negligente del demandado. (Barros, 2006: pp. 301 y 302).

Con todo, la reparación de los daños extrapatrimoniales no puede tener un carácter reparatorio, sino que más bien es compensatorio, siendo su función permitirle ciertas ventajas, que satisfagan su pretensión legítima de justicia y la compensen por el mal recibido.⁸ La indemnización del daño moral persigue hacer de nuevo la vida más liviana a quien ha soportado una carga física o espiritual atribuible al hecho culpable de un tercero.⁹

La responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causando, aunque sabemos que en nuestro país no se le asigna tal carácter, tal como se pronunció en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, al señalar que “la indemnización de perjuicios tiene una finalidad reparatoria por perjuicios efectivamente causados, y no punitivos por conductas reprochables”¹⁰, por lo que se puede ver que la jurisprudencia niega la existencia del denominado daño punitivo coincidiendo con lo que dice la doctrina. No obstante, Barros dice que la indemnización punitiva participa de la sanción penal, en la medida que su propósito sancionador y

⁷ Cita 127 de la obra.

⁸ Barros siguiendo a Karl Larenz.

⁹ Barros siguiendo a Hein Kötz.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de marzo de 2007, Rol 785-2003.

disuasivo se logra mediante una pena que no atiende al daño efectivamente sufrido por el demandante. (2006: p.304). Agrega que nuestra jurisprudencia ha reiterado con frecuencia la naturaleza compensatoria de la indemnización, lo cual se muestra en la referencia que fallos nacionales hacen a las facultades económicas del ofensor, con la consideración explícita o implícita de que los ingresos limitados del responsable harían ilusoria una indemnización cuantiosa y también en la estimación de la posición de la víctima.

CAPÍTULO II: LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

1. Aspectos previos

La prueba en nuestro país, comienza de la regulación que de la misma se hace en el Código Civil, en su artículo 1698 –a propósito de las obligaciones, pero aplicables a todo el ordenamiento- prescribe que: “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta.*” estableciendo con antelación quien tiene la carga probatoria. Siendo así, no debiese ser extraño que tras un rápido ejercicio, quien alegue haber sufrido un daño extrapatrimonial, debe probar éste utilizando los medios que para ello franquea la ley, teniendo la contraparte que desvirtuar lo alegado a través de los mismos medios probatorios; todo ello en una suerte de aplicación mecánica de las normas. Sin embargo, esta sencillez en el ámbito en comento, no siempre ocurre, lo que se agudiza cuando son los mismos tribunales los que invierten el peso de la prueba dando por establecido un hecho quedando la parte contraria, demandado en la generalidad de los casos, obligada a demostrar la inexistencia del daño moral que aqueja a otro.

En este contexto, la prueba del daño moral no es un asunto pacífico –así como ocurre con otros institutos que forman parte de la responsabilidad civil- ya que no existe una única opinión que resuelva el tema, empero hay una especial particularidad aquí, dado que es posible apreciar las posturas contradictorias de la jurisprudencia y de la doctrina.

En efecto, es posible percibir que la doctrina en general se encuentra conteste en una máxima que debe regir el asunto, y es que el daño moral debe ser acreditado siempre y la jurisprudencia, por el contrario, ha sido muy contundente en afirmar que dada la particular naturaleza de éste, el perjuicio no patrimonial no puede ser objeto de prueba, o en el mejor de los casos debe ser presumido. (Femenías, 2011: p. 35). Sin embargo, esta afirmación que parece ser tan tajante, será objeto de algunas atenuaciones, según se verá, y daré cuenta de que nuestros tribunales superiores no hacen de esta regla una aplicación tan mecánica en cuanto a presumir la existencia de daño extrapatrimonial, sino que se observa una variación en último tiempo, aunque se hace el alcance que esto es respecto de ciertos casos, según se verá.

Este tema dentro de la responsabilidad civil, es uno de los menos abordados por nuestra doctrina, a pesar de lo fundamental que resulta ser por la gran cantidad de demandas que actualmente se presentan en nuestros tribunales para pedir indemnizaciones de perjuicios. En palabras de Vergara Bezanilla, estamos asistiendo al inquietante fenómeno de la mercantilización del daño moral. Las desmedidas indemnizaciones que, en forma creciente, reclaman los demandantes ante los tribunales de justicia, especialmente en contra del Estado, elevándolas, con impresionante uniformidad, no sólo a una o más decenas de millones, sino que a varias centenas o miles de millones de pesos, son una demostración palpable de esa tendencia a la especulación. La indemnización se está transformando, así, en un objeto mercantil, sometido al espíritu de lucro que es propio de la actividad comercial. (2000: p. 15)

De esta manera, es posible ver que el daño moral ha ido tomando otro cariz para nuestra doctrina, sin embargo la jurisprudencia se ha quedado estancada en una visión más clásica de la prueba del daño moral, en una visión antagónica a la que propone gran parte de –sino todos- los autores nacionales, en cuanto a la necesidad de probar la existencia del daño moral. Cabe hacer presente que algunos autores extranjeros, siguen sosteniendo la tesis de que es innecesario probar el daño moral.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible percatarse que dentro de la doctrina, hay también diferencias en lo relativo a qué se considera daño moral y es así como de los conceptos ya vistos se pueden apreciar diferencias de contenido, que en consecuencia, tienen influencia en el resultado final de un caso particular, de ser consideradas por nuestros tribunales.

Para efectos de mantener un ordenamiento, se hará una división para tratar la perspectiva jurisprudencial y la doctrinaria en este tema.

2. ¿Es necesario probar siempre la existencia y reparación del daño moral?

Estamos frente al objeto de este trabajo. Para responder esta interrogante, y tal como se adelantó, ha sido difícil encontrar respuestas intermedias tanto en nuestra doctrina como

en la jurisprudencia. Son posturas diametralmente opuestas y contradictorias, ambas a mi juicio con argumentos potentes, en miras a buscar cada una, lo que le corresponde. En el caso de nuestros tribunales una mayor cercanía con la justicia y en el de la doctrina una mejor aplicación, que sea más armoniosa con el derecho. Se hace el alcance que ambos conceptos, justicia y derecho son de sumo complejo en su tratamiento, lo que evidentemente se traspasa a quienes deben desarrollar la labor de tratarlos.

3. Perspectiva de la Jurisprudencia.

Nuestros tribunales superiores de justicia han tenido y aplicado mayoritariamente una idea común en lo que respecta al daño moral y su prueba, teniendo una mirada casi inmutable en este sentido, justificando así que se pueda hablar de jurisprudencia en su sentido más estricto. Curiosamente, la figura de los abogados integrantes de las Cortes no han hecho mella en este pensamiento y se sigue manteniendo una línea que sostiene en el tiempo, cual es que basta con la presunción –que a final de cuentas es también un medio probatorio- para dar por acreditada la existencia del daño moral.

Así se expone hasta el día de hoy, en los siguientes fallos:

1. Considerando Octavo: “Que en cuanto al monto de la indemnización, *no existe en autos una prueba precisa, la que por lo demás no puede producirse cuando se trata del daño moral que causa la muerte de un pariente cercano y entonces corresponde a la justicia regularla*, tomando en consideración los antecedentes que se hayan producido sobre condiciones personales y edad del extinto y cargos que desempeñaba [...]”.¹¹

En este caso observamos que desde antiguo se tiene la noción de que no se requiere probar el daño moral cuando se trata de la muerte de un pariente. Nótese que es un pariente cercano, de lo que se colige que esta idea no opera sólo respecto de padres e hijos.

¹¹ Corte Suprema, 16 de diciembre de 1933. RDJ., t. 31, sec. 1ª, p. 144.

2. Considerando Trigésimo primero: “Que la apreciación pecuniaria de la indemnización consiguiente a este daño (moral), *se debe considerar por entero entregada a la apreciación discrecional del juez, pues, dada su índole, es inconcuso que no puede ser probado por medio de testigos*, que no harían otra cosa que manifestar una opinión estimativa, como sucede en la especie con los testigos [...]”.¹²

El juez de instancia es quien debe a través de la apreciación de las circunstancias del hecho, no sólo dar por establecida la existencia del daño moral, sino que también su apreciación pecuniaria.

3. Considerando Quinto: “Que en lo concerniente al daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo. *Por lo tanto la apreciación pecuniaria de ese daño debe considerarse por entero sometida a la estimación discrecional del juez, ya que dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditada*”.¹³

El argumento sigue siendo el mismo, en cuanto a la facultad discrecional que tiene el juez para fijar el quantum indemnizatorio. No está demás destacar la diferencia de años entre uno y otro fallo, lo que reafirma lo señalado antes en relación a esta materia.

4. Considerando Octavo: “Que [...] aparece que la víctima, en este caso, era un menor de doce años, hijo legítimo de la demandante; y de los autos criminales que se han tenido a la vista, consta que vivía con ella. *En estas condiciones, es absolutamente innecesario acreditar que el fallecimiento de Miguel Ángel Araneda Silva haya provocado en su madre legítima un profundo dolor, una inmensa aflicción y un agudo sufrimiento*, naturales por la pérdida irreparable de una persona tan

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de noviembre de 1944, confirmada por la C.S. el 04 de mayo de 1948. RDJ. t. 45, sec. 1ª, p. 526.

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 1984, RDJ, t. 81, sec. 2ª, p. 121.

íntimamente vinculada con la actora, por hallarse estas situaciones afectivas más allá de toda demostración procesal”¹⁴

Este fallo deja en evidencia que para nuestros jueces, aún tratándose del caso de una víctima por repercusión, es totalmente innecesario probar el daño moral. Aunque aquí estamos en presencia de la muerte de un hijo menor de edad, caso que a todas luces parece casi imposible que ello no cause un perjuicio en sus padres, por lo que en mi opinión resulta ser un fallo del todo lógico, atendida las circunstancias.

5. Considerando Tercero: “Que, en cambio, el daño moral es la lesión o agravio efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona y que es imputable a otra persona, sea ésta natural o jurídica; concepto del cual se sigue como consecuencia necesaria que *la demostración de la transgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral*”.

Considerando Quinto: “Que si se tiene presente que en el *daño moral* [...]; y por ello *no es necesario rendir prueba alguna sobre su monto*”.¹⁵

En los considerandos anotados, se deja en claro, nuevamente, que ocurrida una transgresión del derecho subjetivo, se da por establecida la existencia del daño moral y, por lo mismo, su monto no debe ser objeto de prueba, quedando en el juez determinar la cuantía del daño.

6. Considerando Tercero: “Que el recurso se rechazará en lo que dice relación con lo expuesto precedentemente, porque la sentencia impugnada, al hacer suyos los fundamentos de la de primera instancia, *ha reconocido la insuficiencia de la prueba documental y testimonial para tener por probadas con su solo mérito las afirmaciones del actor, pero las ha utilizado como base de presunciones que se*

¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, GJ., N° 123, Rol 2.439-89, 14 de septiembre de 1990, p. 45. La cursiva es nuestra.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, GJ., N° 123, Rol 769-90, 26 de septiembre de 1990, p. 48. La cursiva es nuestra.

*encuentran adecuadamente sustentadas y reúnen los requisitos previstos en la ley para formar el convencimiento del tribunal”.*¹⁶

En este caso, las pruebas son insuficientes y es por ello que el juez de instancia debe apoyarse en las presunciones lo que, a juicio de nuestro tribunal supremo, es una correcta aplicación de las normas reguladoras de la prueba.

7. Considerando Veinticuatro: *Que este Tribunal no comparte la afirmación sostenida en el recurso en cuanto que el daño moral sufrido como consecuencia de un determinado evento o episodio, como un accidente de tránsito con resultado de lesiones respecto de una persona, como es la situación planteada, deba ser materia de prueba en lo relativo a su cuantificación objetiva, por cuanto ningún medio de prueba podría dar cuenta del real impacto psicológico que un hecho dañoso pueda tener en la víctima.* Por lo tanto, hay que aceptar como *única forma válida de establecer tanto el daño moral como la cuantía de la indemnización que corresponda, al menos en casos como el presente, la discrecionalidad de los magistrados de la instancia, quienes estarán en condiciones de hacerlo, sobre la base de los antecedentes objetivos que entregue el proceso pertinente;*

Considerando Veinticinco: *Que, por lo expuesto, tampoco es procedente cuestionar la valoración prudencial que se ha hecho del daño moral, que por lo demás constituye una cuestión de hecho, tal como la fijación del monto indemnizatorio en relación con el daño material o emergente, asuntos por entero de orden fáctico y, en consecuencia, propios de los jueces del fondo, no siendo susceptibles de revisarse mediante una casación.*¹⁷

Nuestro máximo tribunal, en este caso de lesiones, entrega al juez de instancia, en virtud de una discrecionalidad para conocer de estos casos, la tarea de determinar la existencia del perjuicio moral, su cuantía y la valoración del mismo, al ser una cuestión de hecho. En este sentido, confirma el tratamiento que hacen aquellos jueces.

¹⁶ Corte Suprema, 03 de abril de 2003, Rol 839-2003. La cursiva es nuestra.

¹⁷ Corte Suprema, 31 de mayo de 2005, Rol 4.778-04. La cursiva es nuestra.

8. Considerando Quinto: “Que en cuanto al daño moral sufrido por la víctima del cuasidelito de autos, señala el tratadista Enrique Barros Bourie (Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, página 332 y siguientes) que “en principio, como todo supuesto de hecho de la responsabilidad civil, el daño moral debe ser probado por quien lo alega. Sin embargo, resulta obvio que su naturaleza impone severas restricciones probatorias, las limitaciones del lenguaje nos impiden transmitir nuestras sensaciones internas de pena, de aflicción física o de frustración [...]. En circunstancias que el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa, como el patrimonial, *sino sólo puede ser inferido, el único medio de prueba disponible son las presunciones judiciales.* [...] Si alguien sufre la pérdida de sus piernas o su honra es afectada por una difamación, no le será posible mostrar al tribunal la sensación que ha experimentado, pero el juez sabrá que de esos hechos típicamente se sigue dolor físico o moral y que, en distintos grados, se puede ver afectada la capacidad de la víctima para disfrutar la vida”. Agrega posteriormente en el mismo considerando, “[...] Que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve per se la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que *acreditada la existencia del delito por parte de los inculcados y por el cual se le condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho maleficio,* lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, *por la naturaleza del perjuicio producido de todo lo cual se concluye que este tipo de menoscabo, no requiere ser fundamentado ni probado en la forma alegada, considerando, como se ha dicho, el carácter espiritual que reviste*”.¹⁸

Curiosamente en este fallo se alude al jurista Barros Bourie que, como todos los demás autores, señala la necesidad de probar siempre el daño moral, aunque haciendo el alcance de la dificultad de probarlo, cuestión también es unánime por la doctrina.

¹⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de Diciembre de 2010, Rol 519-2010. La cursiva es nuestra.

9. Considerando Tercero: “*Que si bien es necesario probar el daño moral, no debe olvidarse que uno de los medios de prueba que contempla la legislación son las presunciones judiciales o indicios, es decir, deducir un hecho de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. En este caso es un hecho de la causa que el cónyuge y padre respectivamente de los demandantes falleció luego de caerle encima una puerta de 800 kilos de peso mientras se encontraba ejecutando las labores para las que había sido contratado, al interior de las dependencias de la Escuela de Aeronáutica. Es también un hecho conocido que, por regla general, la muerte del marido y del padre provoca una gran aflicción a sus hijos y cónyuge sobreviviente, máxime si, como se estableció en el caso de autos, ésta se produce de una forma tan trágica e inesperada; de manera que quien sustenta la tesis contraria debe probarla. Así entonces, al inferir los jueces del fondo la existencia del daño moral demandado de tales hechos probados, no han incurrido en el error de derecho denunciado*”.¹⁹

La Corte Suprema en este caso, invierte el peso de la prueba al utilizar la presunción judicial como medio probatorio. Tal como en fallo anterior, la muerte de la víctima, importa la no acreditación del daño moral por parientes –cónyuge y padre en este caso- lo que es del todo evidente.

10. Considerando Cuadragésimo Primero: “*Que en lo que atañe al daño moral representado por los padecimientos del orden físico, los dolores, las perturbaciones psicológicas y espirituales que le han significado al demandante verse impedido físicamente, trastocada su vida normal e invalidado de por vida, indudablemente importan un daño psicológico constitutivo de daño moral, cuya existencia se acredita o emana de la sola lesión física de que padece, sin que sea necesaria otra forma de comprobación*”. [...]”²⁰

Aquí el daño físico da pie a la existencia del daño extrapatrimonial, en consecuencia su acreditación se hace estéril por la víctima y su posible desacreditación por el demandado, también.

¹⁹ Corte Suprema, 25 de enero de 2011, Rol 7.910-2010. La cursiva es nuestra.

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2011, Rol 3.791-2002. La cursiva es nuestra.

11. Considerando Tercero: “Que si bien es necesario probar el daño moral, no debe olvidarse que uno de los medios de prueba que contempla la legislación son las presunciones judiciales o indicios, es decir, deducir un hecho incierto de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. En este caso es un hecho de la causa que el cónyuge y padre de las demandantes falleció en su domicilio, a raíz de una hernia inguinal izquierda estrangulada, luego de haber sido dado de alta desde el Hospital Regional de Iquique, cuyos facultativos pospusieron una intervención quirúrgica que era vital para su recuperación. Es también un hecho conocido que, *por regla general, la muerte del marido y del padre provoca una gran aflicción a su cónyuge e hijos sobrevivientes, de manera que es razonable sostener que quien introduce un hecho contrario debe probar su ocurrencia. Así entonces, al inferir los jueces del fondo la existencia del daño moral demandado de tales hechos probados, no han incurrido en el error de derecho denunciado*”.²¹

Es posible ver como la Corte Suprema, usando los mismos argumentos de un fallo anterior, mantiene el mismo raciocinio y con ello invierte el onus probandi. Nuevamente estamos en presencia de la muerte de una persona, lo que explica este argumento, el cual lleva varias décadas de aplicación.

En todos estos fallos, está presente la idea de que si en la demanda se plantea como pretensión la indemnización de perjuicios por daño moral, el actor no necesita probarlo o puede hacerlo en menor medida a que si se tratara de un daño patrimonial, aludiendo a lo embarazoso que resulta acreditar el daño extrapatrimonial. Se aplica, entonces, la presunción que hace el juez que entiende que si hay un acto que causa perjuicio, de éste se deriva –necesariamente- la existencia del daño moral. Consecuencia de esto, es que la carga de probar que no existe este daño o desvirtuar el mismo por otro medio probatorio, recae en el demandado, labor que estimo contraria a derecho, en cuanto se hace una aplicación casi mecánica de lo señalado, ya que habiendo un perjuicio, que en ciertos casos es evidente, se instala la idea del juzgador de tener de tener por acreditada la existencia del daño moral.

Sin embargo, si siguiéramos la postura de la doctrina, aquellos casos donde muere la víctima, las víctimas por repercusión como del fallo N° 4, en que la madre debió haber

²¹ Corte Suprema, 22 de septiembre de 2011, Rol 7157-2011. La cursiva es nuestra.

probado que la muerte de su hijo menor de edad causó en ella un menoscabo psicológico u otro de índole extrapatrimonial y por su lado, la contraparte tratará de desvirtuar aquello, luego de lo cual, el juez debe ponderar las pruebas rendidas para llegar a la conclusión que sí existió daño extrapatrimonial, surge la duda en cuanto no será esto un doble daño para la madre al tener demostrar que a su hijo, que vivía con ella, lo amaba como una madre normal lo hace respecto de su hijo. Creo que en este tipo de casos debe primar el sentido común y aplicarse la sana crítica, porque es evidente que en una situación como la descrita se caería en un absurdo hacer una probanza de tal tipo.

Pero como cada caso particular es una historia distinta, si hubiese algo que probar debiese ser en casos donde los hijos son mayores de edad y viven solos, en que el hecho sujeto de acreditación debe ser el del vínculo que los liga con sus padres, para demostrar la existencia de una relación regular entre cónyuges, padres e hijos, abuelos y nietos. En mi opinión, en casos de este tipo, no se requiere un vínculo de dependencia sino que bastaría una buena relación familiar.

Ahora bien, dicho lo anterior hay jurisprudencia que sí reconoce la necesidad de probar la existencia del daño moral y su cuantía, pero estos fallos refieren a la responsabilidad contractual, en la que hasta hace algunos años aún habían fallos que no reconocían este rubro como parte de la indemnización de perjuicios.

Actualmente, estando tanto la jurisprudencia como la doctrina contestes en la procedencia del daño moral por responsabilidad contractual, los requisitos exigidos son mayores atendido que el sólo retardo o incumplimiento de la obligación determinada, no basta por tener por acreditado el daño moral, dado que debe probarse por quién lo alega que ese retardo o incumplimiento le ha causado un menoscabo extrapatrimonial o aflicción psicológica. En tal sentido, se indican los siguientes fallos:

- 1) Considerando Décimo: “Que, en cuanto a la indemnización por *daño moral demandada, cabe tener presente que éste debe ser determinado rigurosamente por el demandante, indicando en detalle en qué consiste el dolor o aflicción sufrida y cómo ha afectado la vida de la persona que lo invoca.* Nada de ello se ha señalado en la demanda, limitándose a indicar que las malas condiciones de las viviendas,

que las hace prácticamente inhabitables (circunstancia desvirtuada en autos), pero que los obliga a vivir en un ambiente húmedo, que afecta la salud y las de sus hijos lo que se agrava por tratarse de personas jóvenes para quienes ésta era su primera vivienda, no pueden considerarse como suficientes para cumplir las exigencias mínimas que permitan concluir que el daño moral se produjo efectivamente [...]”.²²

- 2) Considerando Décimo Primero: “Que en cuanto al daño moral, ningún antecedente existe en autos que lleve a concluir que haya sufrido los padecimientos que señala en la demanda. [...]. *El daño moral no se presume; quien lo invoca debe acreditarlo.* Para los efectos de tener derecho el actor al daño moral que demanda, ha de haber probado que efectivamente sufrió padecimientos como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte de la demandada. Contribuye a desvirtuar su existencia el simple hecho señalado por el propio actor de haber permanecido en las condiciones que denuncia durante casi nueve años, sin que haya acreditado gestión alguna en orden a hacer cesar una conducta que, según lo que indica, tanto perjuicio le causaba”.²³
- 3) Considerando Sexto: “Que la indemnización por daño moral es perfectamente procedente tanto en materia contractual como extra contractual; no existiendo en el actual estado de desarrollo de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, razón jurídica suficiente para estimar que aquélla se deba restringir sólo al ámbito extra contractual. Sin embargo, *para la procedencia de esta indemnización se debe acreditar un daño en el ámbito extra patrimonial de entidad suficientemente importante, lo que no ocurre en la especie; no bastando exponer que la situación de incumplimiento produjo aflicción, dolor o menoscabo, como lo expresa el actor en su demanda,* ya que las molestias, desagrados y pesar son propios de toda infracción de la obligación convenida y no siempre ello genera este tipo de indemnización. Cabe a este respecto tener presente que esta indemnización

²² Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de diciembre de 2009, Rol 406-2009. La cursiva es nuestra.

²³ Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de junio de 2009, Rol 856-2008. La cursiva es nuestra.

no es de naturaleza punitiva, por la gravedad de la infracción, sino estrictamente reparadora”.²⁴

4. Perspectiva de la doctrina en esta materia:

Diez sostiene que nuestros tribunales superiores actúan de manera distinta cuando acciona una víctima directa o una por repercusión, sin embargo no hemos dado cuenta de aquello. Él hace la siguiente distinción:

4.1 Cuando demanda una víctima directa o inmediata

A través de numerosos fallos se puede apreciar que la jurisprudencia entiende que existe daño moral sólo por ocurrir el hecho ilícito, no siendo necesarias pruebas al respecto. Así acontece en caso de lesiones, injurias, sodomía e incluso tratándose del delito contemplado en el art. 9° del D.L. 2.695²⁵ (Diez Schwerter, 1997: p. 142).

En la mayoría de las sentencias que acceden a indemnizar daños morales se contempla un brevísimo examen del daño moral, el que comienza con la constatación de que se cometió un hecho ilícito, para luego añadir, casi en forma sacramental, que éste “ha debido producir en la víctima un dolor o sufrimiento cuya indemnización el tribunal la regula prudencialmente en la suma de...” (Diez Schwerter, 1997: p. 143). Los jueces cuando más dan una referencia sobre el delito o cuasidelito civil, bastando para ellos, la sola ocurrencia de alguno de éstos ilícitos para reafirmar la existencia del daño extrapatrimonial estando probada sin más evidencia que la consumación de aquellos; entendido usualmente esto como *pretium doloris*.

Tenemos entonces, que esta es una forma vaga e imprecisa por la cual nuestros jueces han optado para proceder en los juicios en que se encuentran con alguna hipótesis de este tipo, lo que en definitiva importa que ellos presumen la existencia del daño moral,

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de marzo de 2006, Rol 3.141-2006. La cursiva es nuestra.

²⁵ Este D.L. fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella. Fallo del juzgado de Pitrufquén de 15 de agosto de 1990, confirmado por la C.S. el 27 de mayo de 1991.

considerándola un daño evidente y que por lo mismo no requiere de prueba, facilitando de esta manera a la parte que tiene la carga de probar este perjuicio, lo que resulta ser de gran utilidad, atendida la dificultad de probar, tal vez no la existencia del daño, pero sí la intensidad de este daño. Este punto, de carácter más bien procesal, lo abordaré posteriormente.

En contadas ocasiones se han tomado en consideración probanzas sobre las efectivas repercusiones psicológicas negativas, constitutivas de daño moral, que el hecho ilícito generó a la víctima. Cuando así sucede se recurre a declaraciones de testigos e informes médicos (Diez, 1997: p. 143). En este sentido se puede observar la existencia de un equilibrio para las partes en el juicio, ya que la demandada podrá ofrecer objeciones a la prueba o desvirtuarla con la expectativa de convencer al juez y con ello lograr que se pronuncie a su favor, o al menos, sea más benevolente para su parte.

Cuando se acepta que testigos depongan sobre el monto del daño moral se indica que sus declaraciones son simplemente opiniones estimativas, porque tal evaluación compete efectuarla al juez (Diez, 1997: p. 144). Esto claramente no puede ser de otra forma, toda vez que la ley entrega al juez la labor de calificar la existencia o no del daño extrapatrimonial –sin entrar a profundizar sobre la corrección o no de cómo realizan los sentenciadores esta compleja tarea- como asimismo la calificación del monto a establecer evidentemente queda a su cargo, atendiendo a las pruebas que lo hagan tomar esa decisión de sumo compleja, aunque claro, haciendo el alcance de que nuestros tribunales utilizan mayormente la presunción.

4.2 Cuando acciona una víctima por repercusión o por rebote

La llamada víctima por repercusión, mediata o indirecta es aquella que sin haber sido lesionada en su persona física, sufre también un perjuicio a consecuencia del accidente por verse privados de todos o de una parte de los beneficio pecuniarios o de la ayuda que la víctimas directa le procuraba o por haber tenido que satisfacer los gastos de curación o de funerales de la misma víctima, en razón de su parentesco con ella. (Alessandri R., 1983: pp. 457 y 458).

Es posible constatar que se presume que han sufrido daño moral por el solo hecho de ser cónyuge o parientes de la víctima directa de ciertos delitos o cuasidelitos. (Diez, 1997: p. 144).

Es lo que ocurre en caso de muerte; en este sentido hay jurisprudencia de hace varias décadas que viene a confirmar este comportamiento que han mantenido nuestros tribunales superiores de justicia, casi invariablemente.²⁶ En este contexto se ha dicho que el profundo dolor, la intensa aflicción y el agudo sufrimiento experimentado por una madre a raíz del fallecimiento de un hijo (situaciones afectivas que constituyen daño moral) se encuentran más allá de toda demostración procesal.²⁷

Con todo, lo anterior obliga a plantear algunos matices; en primer lugar no es cierto que nuestros jueces presuman el perjuicio moral por el solo vínculo que une a aquellas personas, sino que existe el deber de probar las lesiones que se le han ocasionado al pariente y sus posteriores consecuencias, en este caso su muerte, es decir, el daño y el nexo causal que une el daño con la víctima.

Lo que ocurre en la realidad es que, en caso de la muerte de un ser querido, el tribunal presume que ella ha causado en sus familiares más cercanos un daño moral, invirtiendo el peso de la prueba, por la cual le corresponde probar por todos los medios que franquea la ley a la contraparte que no ha existido tal menoscabo extrapatrimonial. (Rodríguez Curutchet, 2009: p. 140)

No es de extrañar, entonces, que para rechazar la indemnización de perjuicios por daño moral, se exija al demandado que acredite que entre la víctima por repercusión y el fallecido existían malas relaciones u otra situación análoga que indique carencia de afectos, como sería por ejemplo, que en los hechos no existían relaciones personales inherentes a los vínculos de familia comunes y corrientes, esto es, tomando en consideración las complejidades propias de cada persona dentro de un grupo familiar; o que lisa y llanamente un matrimonio se encontraba separado.

²⁶ Ejemplo de esto es el fallo de la C.S. de 16 de diciembre de 1933, anotado en la cita 11.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1990, anotado en la cita 14.

No obstante lo ya señalado, esta prueba resulta ser muy compleja, pero ello no puede ser un impedimento para indemnizar este perjuicio, que en la realidad resulta ser un mayor detrimento para la víctima por repercusión, toda vez que tratándose de la muerte del ofendido no es posible reparar el daño por ser, evidentemente, algo irreversible para la víctima directa. Respecto de otro tipo de daños, el menoscabo moral puede, eventualmente, ser equivalente en sus consecuencias con los daños patrimoniales, tanto para las víctimas directas como para las víctimas por repercusión, aunque siempre dependerá del tipo de daño causado, como puede ser por ejemplo en el caso de la mutilación o de la pérdida de alguna extremidad en cuyo caso no hay una relación de proporcionalidad.

Ahora bien, en el caso que se trate de personas que no tengan este grado de parentesco los que reclaman su propio daño moral producto de la muerte de una persona muy cercana a ellos, no se ve inconveniente de que puedan acceder a una indemnización por esta partida debido a que nuestra normativa civil no lo impide, es más, incluso se señala que cualquier persona que sufra un daño cualquiera puede reclamar su indemnización. Sin embargo, su petición estará condicionada a la prueba que puedan aportar, puesto que no podrían alegar que están amparados bajo la presunción del parentesco. (Rodríguez Curutchet, 2009: p. 140 y 141).

5. Apreciaciones sobre la necesidad de probar el daño moral

En mi parecer, para poder tener una visión completa en esta materia hay que hacer la siguiente distinción:

- a) Jurisprudencia, se divide en responsabilidad contractual y extracontractual. En este punto, relativo a la responsabilidad extracontractual no siempre se requiere probar el daño moral y su cuantía a indemnizar, ya que si hablamos de la muerte de la víctima se hace innecesario probar el daño mismo, y a lo que debe atenderse es si quienes solicitan la reparación de aquel daño, tienen una relación que permita colegir que el deceso de esa persona les ha provocado un menoscabo o detrimento de carácter psicológico, o una aflicción o una lesión a un interés subjetivo.

En los demás casos, esto es, cuando no hay muerte de una persona también se debería distinguir en qué tipo de daño ha recaído en la persona. Así, cuando hay una lesión física o mutilación que cause en dicha persona una imposibilidad de llevar su vida como la tenía antes del incidente, o una desmejora en sus capacidades laborales o incluso un menoscabo estético, todo ello comprobado en el proceso, la existencia del daño moral debiese ser presumido y no algo que deba acreditarse, a diferencia de su cuantía que debe tener una estimación pecuniaria a la que el juez, atendido el caso particular, pueda o no sujetarse. No sería extraño que en este sentido el monto a solicitar por este rubro fuese más elevado, para ver la posibilidad que se conceda tal cual y que en la medida que se impugne la decisión haya una rebaja del mismo; pero esto más bien corresponde a una estrategia jurídica.

En casos como lesiones menores, o delitos contra el honor o la pérdida de alguna parte del cuerpo que no incidan en su vida normal o sean determinantes en el ámbito laboral, como sería perder una parte de un dedo por alguien que es vendedor de un local comercial, el daño moral alegado debe ser acreditado al igual que el monto a pedir.

Tratándose de la responsabilidad contractual, en cambio, siempre debe probarse el daño extrapatrimonial, ya que el mero incumplimiento no da origen a una afectación subjetiva o lesione el espíritu de forma tan grande que cause un perjuicio para su vida. De estimarse en otro sentido, serían numerosas las demandas iniciadas por estos casos, lo que tienen sus propios mecanismos de exigir cumplimiento con indemnización de perjuicios, como el caso de la condición resolutoria tácita.

- b) Doctrina, los autores no hacen distinciones y son claros en esta materia, para ellos todo daño debe ser probado por quién lo alega, sea que se trate de responsabilidad extracontractual como de la contractual. Para esto se apoyan en normas legales y constitucionales y expresan que no se ajusta a un Estado de Derecho el que el juez – de cierta manera- dé por probado un hecho sin que la parte que solicita el daño moral, pruebe su existencia.

No obstante lo anterior, todos concuerdan también en lo complejo que puede ser llegar a probar este tipo de daños, y dan numerosas reglas para hacer de esta labor algo más sencilla para quien demanda daño extrapatrimonial, como para el juez quien debe resolver el asunto particular.

Desde ya, reitero mi opinión en cuanto a establecer alguna flexibilidad en este ámbito, y es por ello que si bien en la teoría debe probarse todo daño moral, ello puede conducirnos a caer en absurdos; por esa razón en lo que atañe al conocimiento y aplicación de las leyes por los jueces, me inclino por ellos con los alcances realizadas en las apreciaciones particulares que he podido hacerme en el estudio de esta materia.

CAPÍTULO III: CUESTIONES PROCESALES DE LA PRUEBA

1. Aspectos generales

Lo que se estudiará en este capítulo, son cuestiones más bien de orden procesal, pero que no por ello pierden su importancia en el ámbito civil, que es lo sustantivo de este trabajo. Es así como se indican principios que explican el porqué la doctrina sostiene que debe probarse siempre todo daño moral, lo que debe probarse y otros aspectos de la misma temática.

2. Principios sobre la prueba del daño moral

Lo que se planteará en las siguientes líneas son cuestiones de carácter procesal y que dicen relación con criterios que vienen a explicar los principios sobre los cuales se puede fundamentar la necesidad de probar el daño moral, tanto en su existencia, como en sus efectos perjudiciales.

2.1 Principio del debido proceso

Esta garantía fundamental se encuentra prescrita en nuestra Constitución Política, que en su art. 19 N° 3 inciso 5, bajo la fórmula “[...] procedimientos e investigación racionales y justos”, se subsume la idea –hoy absoluta en los países civilizados- del debido proceso y que conlleva, entre otros, el deber de motivación de las decisiones de la autoridad, en especial, de las resoluciones judiciales. Es decir, el juez debe exteriorizar en la sentencia las razones que justifican su decisión, no bastando su mera enumeración sino que debe expresar de manera clara y precisa los razonamientos, tanto de hecho como de derecho, que la fundamentan; lo que se encuentra establecido en los artículos 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil y en el 342 c y d, del Código Procesal Penal, siendo la omisión –en ambos casos- causal para la interposición de un recurso de casación en sede civil, y de nulidad en sede penal.

Como garantía contra la arbitrariedad judicial, la motivación de las sentencias no sólo debe ser entendida desde una perspectiva formal, esto es, la explicitación de las razones que han determinado la respectiva decisión, sino que fundamentalmente, desde un punto de vista material, vale decir, corrección de los motivos aducidos. En términos generales, el juez debe atenerse al fundamentar la sentencia a los hechos alegados por las partes y respecto de los cuales se haya rendido prueba, salvo aquellos casos excepcionales de iniciativa probatoria del juez y respecto de hechos que no requieren prueba, como son los hechos notorios y reconocidos por la parte contraria. (González et al., 2006: p. 205)

Al respecto la Corte Suprema se ha manifestado en dicho sentido al señalar “cuando la prueba se aprecia en conciencia, el fallo debe explicar cómo se llegó al resultado probatorio que se resuelve, exigencia que es característica de la llamada valorización por persuasión racional”.²⁸ (Femenías, 2011: p.39)

En el contexto del principio al derecho a un debido proceso, nos encontramos con el derecho a defensa, del cual importa destacar un sub principio, que es el de la bilateralidad de la audiencia, que –en palabras simples- consiste en el derecho de las partes a conocer la existencia del procedimiento y ser oídas, y que nuestra jurisprudencia al seguir el camino de la presunción del daño moral, en cuanto los hechos que han dado lugar a la demanda permitirían suponer la existencia de los mismos, vulneraría de manera flagrante al impedir, a su vez, la posibilidad de presentar pruebas de descargo por parte del demandado.

A mayor abundamiento, Aedo indica que el juez puede presumir el perjuicio moral; aún más considera que ésta es la principal prueba de la que echará mano éste; sin embargo, para que ello ocurra, el que reclama el perjuicio debe entregarle los antecedentes probatorios que le permitan deducir la “X” desconocida, no pudiendo buscarla en antecedentes fuera del proceso, ni en parangones similares, ni en situaciones aparentemente similares de acuerdo con su sola experiencia, ya que existe expresa prohibición del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, en donde se obliga al juez a fallar conforme al mérito del proceso. (2006: p. 517)

²⁸ RDJ, t. 52, sec. 3ª, p. 51.

En consecuencia, el derecho al debido proceso, en las dos acepciones vistas, derecho a una sentencia motivada y el derecho a defensa, exige necesariamente la rendición de prueba sobre cualquiera de los extremos que se pretenda reparar; la prueba del daño moral se constituye así en una garantía en contra de la arbitrariedad judicial. (González et al., 2006: p. 207).

3. Presupuestos de la prueba del daño extrapatrimonial

En este apartado entraremos en el núcleo duro del presente trabajo, ya que se pretende dejar establecido los parámetros a considerar al momento de tener que probar el daño moral, siguiendo eso sí con cuestiones procesales, pero que son muy relevantes para la parte sustantiva del daño moral, ya que veremos de qué forma nuestra legislación actual nos permite probar este daño y con ello poder facilitar la tarea de los futuros litigantes para que tanto ellos como nuestros magistrados asuman la relevancia de esta materia, sin perjuicio de los alcances y conclusiones que creo pertinente tomar en cuenta y que se tratarán en la parte final. Para mantener el orden de las cosas, formularé los planteamientos en forma interrogativa, a saber:

4. ¿Qué debe probarse cuándo se alega daño moral?

Al tratar de responder esta pregunta se debe hacer el alcance de que esta es una cuestión que por parte de la dogmática chilena es indiscutida en cuanto a la necesidad de probar el o los daños extrapatrimoniales, sin embargo, los autores hacen algunas diferencias al momento de establecer la forma en cómo se va a enfrentar la prueba.

No existiendo una definición legal de daño moral, debemos dirigir nuestras miradas al o los conceptos que existen de daño moral, dado que ello nos servirá de guía para saber a qué hechos debemos dirigir la prueba, según lo que entendamos por el daño en cuestión, al señalar su contenido y límites. Pero ya quedó en evidencia que no es una labor fácil, atendida la cantidad y variedad de conceptos expuestos al inicio de este trabajo.

En este sentido y a pesar de que el concepto primigenio del daño extrapatrimonial, *pretium doloris*, sigue muy arraigado, la doctrina y jurisprudencia empiezan a dar cabida a un concepto más amplio de daño moral –especialmente los tribunales superiores de justicia– donde encuentran acomodo otras categorías como la lesión a derechos o bienes de la personalidad, u otros más modernos como el perjuicio estético o la pérdida de la chance. (González et al., 2006: p. 209).

Teniendo claro esto, para Diez deberá acreditarse lo siguiente:

- a) Que se cumplen los presupuestos o requisitos de la responsabilidad civil extracontractual (acción u omisión del agente, capacidad delictual o cuasidelictual, daño del agente, dolo o culpa y relación de causalidad)²⁹, los que deben concurrir, se hayan causado perjuicios materiales o morales.
- b) Que existe un daño moral, lo que a su vez implica establecer que a raíz del hecho ilícito se produjo un dolor o sufrimiento o un atentado a un interés o derecho extrapatrimonial de la víctima, según sea la concepción que se tenga de él. Se debe tener presente que nuestros jueces, como se ha dicho antes, asocian el concepto daño moral con *pretium doloris*.
- c) El modo como se produjo tal daño moral. (1997: pp. 146 y 147)

Alessandri Rodríguez nos dice que al momento de evaluar el daño moral se considerará únicamente el pesar o dolor que la víctima ha debido experimentar atendida la naturaleza del daño causado. En caso de muerte de una persona, la intensidad del afecto o cariño que el demandante sentía por ella y la mayor o menor necesidad que este tenía de su presencia o compañía en atención a la edad o estado de salud de dicho demandante, ya que éstas circunstancias necesariamente han de influir en ese dolor. Para él, en aquello consiste el daño moral y la reparación se determina por la extensión del perjuicio.

Agrega que el juez al evaluar el daño moral, debe proceder con prudencia, tanto para evitar los abusos a que esta reparación puede dar origen, cuanto para impedir que se

²⁹ Sin perjuicio de que Abeliuk agrega un sexto requisito: la no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad, tal como señala Figueroa.

transforme en pena³⁰ o en un enriquecimiento sin causa para quien demanda, siguiendo en esta última parte a lo expuesto por Mazeaud. (1943: pp. 564 y 565).

Fueyo por su parte exige, a través de unos ejemplos, que el demandante de daños extrapatrimoniales debe acreditar, lo siguiente:

1. Que ha existido una agresión a su persona o a un bien o derecho de la personalidad o a un derecho de familia propiamente tal. Aquí está contemplado, lo que denomina el daño moral causado.
2. En otra hipótesis, ocurre que se demanda daño moral por homicidio o el cuasi homicidio de mi padre o hermano, lo que tendrá que acreditarse es la correspondiente relación de familia y luego la agresión a mi derecho de familia propiamente tal que resulta de la unión familiar con la víctima del delito o cuasidelito.

En otras palabras, para Fueyo lo que se debe probar son los hechos materiales que acrediten la existencia o no del daño moral, y para ello el actor podrá valerse de todos los medios de prueba reconocidos por la ley, sin excepción alguna. Profundizando en esta materia indica estos son hechos como cualquier otro, con el agregado de que esos hechos serán fundantes para el juez al elaborar en seguida su razonamiento de discrecionalidad o de equidad conducente a acoger o rechazar la demanda, según el caso. (1990: p. 107).

5. ¿Cómo han de probarse los daños morales?

Aquí la cuestión estriba en desentrañar el problema de los medios probatorios idóneos y en el de la apreciación de la prueba rendida. En lo que se relaciona con la prueba de los daños morales tiene que ver con la técnica o procedimiento que la misma requiere, de ahí que ésta deba ser pertinente y útil; respecto de las partes ellas tendrán que presentar aquellas que correspondan; respecto del juez éste solo deberá aceptar y otorgar valor a aquellas que tengan eficacia probatoria.

³⁰ Siguiendo en este punto a Mazeaud.

La idea de que las partes deben rendir una prueba capaz de producir en el juez la convicción necesaria para que éste dé por acreditado los hechos constitutivos del daño moral que se alega resulta incontrovertible, de allí que se hable de medios probatorios idóneos. En este sentido, el concepto que se tenga de daño moral –nuevamente- influirá decididamente en esta materia.

No existiendo alguna regla que límite los medios probatorios, para este tipo de daños, caben todos los que franquea la ley ordinariamente. Se analizarán uno a uno:

- a) Prueba Documental: es de gran ayuda para casos en que haya que acreditar lesiones corporales, o en casos de los informes médicos o bien con medios fotográficos. Asimismo servirá para acreditar daño extrapatrimonial cuando se trate de indemnización de víctimas por repercusión, mediante las partidas de nacimiento o de matrimonio, acreditando la relación de parentesco o el estado civil de casado o viudo respecto de la víctima. (Femenías, 2011: p. 42).

Para algunos autores éste resulta ser, además, el medio más idóneo para probar el daño moral, cuando se trata del caso específico del *pretium doloris*, puesto que es a través de informes de peritos psiquiátricos o psicólogos, desde que esos profesionales son quienes con mayor certeza pueden constatar la efectividad, magnitud y trascendencia del dolor o sufrimiento que se aduce haber experimentado el actor. (Diez, 1997: p. 147).³¹

No obstante lo dicho, hay que recordar que la concepción del *pretium doloris*, utilizada aún por la jurisprudencia, se encuentra en retirada de la misma, dando cabida a un concepto más amplio, pero, de todas maneras, conforme a lo ya dicho sobre este medio probatorio sigue siendo relevante para ciertos casos.

- b) Prueba Testimonial: respecto de ésta Femenías afirma que su utilidad como medio probatorio en este rubro, queda demostrado mediante una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que en lo pertinente expresa: “el *daño moral ha quedado establecido con los testimonios del médico neurólogo y con la ficha clínica y demás antecedentes del tratamiento médico, en cuanto al sufrimiento soportado y afección*

³¹ Concuerdan con esta idea González et al., 2006, p. 213.

psicológica del actor”.³² (2011: p. 42). El mismo autor complementa esta idea con otra sentencia, que va en la misma línea de declarar la importancia de este medio probatorio.

- c) Prueba Pericial: Barros dice que el aporte pericial de especialistas médicos puede ser relevante al momento de determinar el dolor que se sigue de diversos tipos de daños, especialmente en el caso del daño corporal. De esta estimación no se sigue, en consecuencia, una valoración absoluta del daño, sino de la intensidad relativa, pregunta esencial en la evaluación equitativa del perjuicio moral sufrido por el demandante. (2006: p. 334).

Resulta importante este medio de prueba, toda vez que aunque pudiese exponerse como documental a través de informes, nada mejor que la propia explicación del facultativo del caso, lamentando eso sí que dado nuestro procedimiento civil de carácter escrito y en la mayoría de las veces tomada por funcionarios distintos del juez de instancia, se pierde el énfasis propio que pudiere darle el profesional, de modo de obtener una mejor apreciación de esta prueba.

- d) Prueba de Presunciones: ésta es sin lugar a dudas una herramienta probatoria trascendental al momento de acreditar el daño moral. Es imperativo, eso sí, que las partes proporcionen los antecedentes necesarios al sentenciador, que le permitan a través de hechos conocidos y probados, arribar a otros desconocidos que se han de presumir.

En opinión de Diez, cuando el tribunal utilice este medio probatorio es necesario:

- i. Que éste se base en hechos materiales debidamente probados por los medios que al respecto señala la ley.
- ii. Que explique las razones que tuvo para extraer esta prueba, por cuanto ello cae dentro del deber de convicción que tiene todo juzgador, prescrita en el

³² Fallo de 15 de julio de 1997, considerando sexto. La cursiva es nuestra.

artículo 170, números 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil, (y artículo 500, números 4 y 5 del Código de Procedimiento Penal).³³

- iii. Que señale expresamente el hecho de haberse utilizado este medio probatorio.
- iv. Que se cumpla con las condiciones establecidas por el artículo 1712 del Código Civil, (y artículo 426 del Código de Procedimiento Penal).³⁴

Atendida la relevancia de las presunciones en materia probatoria del daño moral, haré un análisis un poco más profundo, para lo cual me basaré en Aedo quien hace un desarrollo sobre este punto. Indica que las presunciones, al igual que los indicios, son pruebas consideradas mediatas o indirectas, las que distingue de las directas que son aquellas que demuestran de modo inmediato la existencia del hecho. Así se puede apreciar que, en lo que se refiere a la estructura y naturaleza de las presunciones, en primer lugar en la prueba indirecta encontramos claramente la existencia de dos hechos que no guardan, aparentemente, relación entre sí, pero que se unen o conectan mediante un proceso de raciocinio.

El método ocupado en las pruebas indirectas es el denominado deductivo experimental y no consiste en un razonamiento deductivo puro, sino en un doble trabajo mental inductivo que permite obtener la premisa mayor y de otro lado la presunción que nos permite deducir la premisa menor. Aplicando estos criterios a la materia en análisis puede indicarse que por un lado tenemos la premisa mayor, constituida por lazos familiares o por la pérdida de un miembro, el menoscabo al honor u otro interés, premisa obtenida mediante un razonamiento inductivo –es decir, elaboramos esta premisa a partir de la experiencia y los antecedentes entregados por las partes-; por otro lado encontramos la conclusión, constituida por el daño moral. De esta forma, claramente se puede apreciar que los jueces valoran la situación uniendo a la premisa mayor inmediatamente la conclusión o resultado

³³ La referencia que se hace al antiguo Código de Procedimiento Penal, se explica por el hecho de que la obra citada es anterior a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal y, por ende, al nuevo código regulatorio del mismo. Sin embargo, como a la fecha aún quedan juicios basados en el sistema inquisitivo, me pareció oportuno dejar dicha referencia.

³⁴ Ídem cita 21.

porque suponen o deducen que de la pérdida de un miembro y de la muerte de un familiar, etc., nace un dolor, malestar, molestia o perjuicio para el perjudicado, sin estructurar o elaborar la premisa menos, es decir, aquellos antecedentes de los que puede deducirse –no suponerse- mediante un proceso racional de apreciación probatoria, la existencia efectiva del daño en cuestión.

No obstante, podrá alegarse que, en verdad, el método empleado por los jueces para presumir el daño moral no es el deductivo experimental, sino aquel denominado método analógico, empero aun en este caso en nuestro sistema probatorio y procesal tales tipos de presunciones vulneran el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, que obliga al juez a fallar con arreglo al mérito del proceso, no pudiendo extraer de otros hechos análogos extraproceso la decisión de la litis. (2006: pp. 514-516).

6. La determinación del quantum resarcitorio

Esta cuestión, también controvertida, y que va unida a la forma de acreditar la existencia de los daño no patrimoniales tiene por finalidad observar como nuestros jueces avalúan el perjuicio sufrido. Sabido es que los tribunales gozan de una discrecionalidad amplia en esta materia, por lo cual a veces se ha caído en otorgar indemnizaciones basadas en este rubro que parecen desproporcionadas comparadas con las que se siguen en otros tribunales, lo que hace que exista una disparidad de criterios y que por ende los operadores jurídicos no encuentren una uniformidad, por lo que en términos estrictos hablar de jurisprudencia en sentido estricto –entendida como aquellos criterios concordantes y mayoritarios que adoptan nuestros tribunales superiores de justicia y que sin ser vinculantes, dan una cierta uniformidad al ordenamiento- no sea tal.

En este contexto, la Corte Suprema consciente del problema ha tomado contacto con algunos estudiosos del tema, para concordar en ciertos criterios que resulten ser parámetros que limiten esta partida.

7. Criterios jurisprudenciales

Usualmente cuando el juez dicta una sentencia que ordena indemnizar daños materiales atenderá a la prueba rendida para fijar una suma de dinero al respecto.

En materia de daño moral no ocurre lo mismo por cuanto el actor está imposibilitado de probar aritméticamente el monto dinerario a que la indemnización debiera ascender. Pese a ello, el juez está obligado a fijar el quantum indemnizatorio desde el momento en que está acreditado el perjuicio. En ausencia de constancias materiales sobre el monto de estos daños, nuestros jueces recurren a su discrecionalidad, su prudencia y a la equidad en esta determinación.

El examen de nuestra jurisprudencia revela que la mayoría de las veces los jueces al momento de fijar la indemnización simplemente citan la prudencia y discrecionalidad como sustento de sus decisiones, sin hacer mayores consideraciones o fundamentaciones.

No obstante lo dicho, se pueden extraer ciertos parámetros que los jueces consideran para fijar el quantum indemnizatorio del daño moral, tales son:

- a) La entidad naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño.
- b) La clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido.
- c) Las consecuencias físicas, psíquicas, sociales o morales que se derivan del daño causado, su duración y persistencia que impliquen convertirlo en un perjuicio moral futuro.
- d) La culpabilidad empleada por el ofensor en su actuar.
- e) La culpabilidad empleada por la víctima.
- f) Las condiciones personales de la víctima.
- g) Las facultades económicas del ofensor.
- h) Las facultades económicas del ofendido.

Algunos de estos modelos seguidos por los jueces, son criticables, así tenemos que:

- a) En materia extracontractual es intrascendente para la ley que el autor haya actuado obrado con culpa o con dolo, toda vez que siempre deberá responder de todo el perjuicio causado.
- b) Asimismo que se tomen en consideración las capacidades económicas tanto del ofendido como del agresor, dado que en la fijación de la indemnización el juez debiera atenerse solo a la extensión del daño sufrido por la víctima.
- c) Por otro lado, cuando se determina la indemnización del daño extrapatrimonial, debe prescindirse de toda consideración a la indemnización que se haya resuelto por daños materiales, ya que son cuestiones distintas e independientes entre sí. (Diez, 1997: pp. 250-257).

8. Razones que explican los problemas del quantum indemnizatorio

Domínguez, en virtud de su estudio de derecho comparado relativo a esta materia, logra aglutinar las causas que explican el verdadero desorden que existe –no solo en nuestro país- y que mediando una labor legislativa en función del mismo, debiese cambiar el actual escenario, sin perjuicio de lo que puedan hacer nuestros tribunales.

Así, esta temática la expone de la siguiente manera:

- a) Ausencia de codificaciones civiles de criterios específicos de medición de los daños.

Esto se traduce en que, en nuestro país, tratándose de los daños patrimoniales fueron consagradas algunas pautas de medición, entre ellas la más importante es la contenida en el artículo 1556 del Código Civil, que distingue entre daño emergente y lucro cesante. Como resultado de ello, es que este aspecto del daño haya sido entregado al criterio jurisprudencial y si esto ya crea dificultades para el normal de los perjuicios, cuando se trata del daño moral, la labor resarcitoria, en particular la de reducción monetaria, alcanza niveles más altos de complejidad al tratarse de un perjuicio netamente subjetivo.

b) Existencia de abusos que llevan a cuestionar la partida.

Fruto directo de la dificultad anterior es que, se producirán en todos los sistemas algunos excesos y arbitrariedades en la evaluación de esta partida, que han llevado a discutir la posibilidad de introducir límites a las condenas pecuniarias que por concepto se conceden. Ahora bien, esto no debe ser confundido con la admisibilidad de la reparación por daño moral, cuestión superada en el ámbito extracontractual e, incluso, contractual.

La respuesta a dar pasa entonces por la opción que se elija, esto es, reconocimiento absoluto de la libertad y discrecionalidad del tribunal para evaluar el daño o su subordinación a una limitación o tarificación legal.

c) Implicancias para el sistema indemnizatorio global.

La evaluación en dinero, obliga a plantearse algunas consideraciones económicas que no son de fácil solución. En este sentido, el otorgamiento de cifras excesivas como reparación tiene implicancias para el sistema indemnizatorio, tal como un aumento en las primas de seguro y, en cuanto ello incrementa los costos de las actividades productivas riesgosas, acarrea un consiguiente aumento en el nivel de precios.

d) La función evaluadora no es exclusivamente jurídica.

Se está frente a una cuestión que no es exclusivamente jurídica, sino multidisciplinar, donde deben intervenir consideraciones de distintas áreas. De esta forma, tratándose de las secuelas no patrimoniales de las lesiones a la integridad física o psíquica de la persona, los criterios desarrollados por la ciencia médica moderna no pueden estar ausentes. (2000: pp. 708-712).

CONCLUSIONES

1. Este tópico es complejo, puesto que desde su denominación –daño moral- ha sido objeto de críticas por algunos autores que plantean que ese no sería el nombre más adecuado, sin embargo la práctica jurídica sigue refiriéndose así a dicho rubro. En lo personal, creo que la mejor forma de referirse a este daño es daño extrapatrimonial o no patrimonial.
2. Otros aspectos del daño moral, han sido también cuestionados en su formulación original, como el hecho de su existencia en la responsabilidad contractual, su delimitación, la forma de terminar su cuantía y –por supuesto- si debe o ser probado. Todo ello ha llevado a la doctrina a hacer algún tratamiento de estos temas, quedando el último en mayor abandono.
3. Nuestra jurisprudencia sigue teniendo una mirada clásica sobre el concepto de daño moral, pretium doloris, visión restringida y poca adaptada a la realidad de nuestra sociedad. Por otra parte, la doctrina tiene sobre esto, varias concepciones que difieren en su contenido, pero cuya consecuencia es siempre la misma, esto es, que todo daño debe ser probado.
4. Para la jurisprudencia, en virtud de su concepto de daño moral no será necesario probarlo o no siempre lo será, utilizando la prueba de presunciones, lo que para la doctrina es error grave en cuanto a la necesidad de que como Estado de Derecho debiesen cumplirse con las garantías fundamentales establecidas en nuestra Carta Fundamental, como el debido proceso y la igualdad de las personas, lo que en definitiva importa que, todo daño debe ser probado.
5. En vista de lo anteriormente dicho, es que me inclino por que efectivamente los daños extrapatrimoniales deben ser probados, pero hago la siguiente distinción: tratándose de las víctimas directas se es necesario que haya una mayor flexibilidad en la exigencia de los medios probatorios, dado que se hace más

evidente la existencia del perjuicio causado por el daño. Cuando se trate de víctimas por repercusión, esta exigencia debe ser superior a la de la víctima, pero también hago una subdistinción;

6. Si se trata de la muerte de la víctima, ese daño deberá probarse en la medida que, en el caso particular de que se trate, así se estime pertinente por el juez. Hago la subdistinción de si es un hijo(a) menor de edad, además de condiciones subjetivas como si sus padres o abuelos vivían con él (ella), o su edad las mismas, etc. De ser un hijo o nieto mayor de edad, que viva sin sus padres o abuelos lo que habría que probar de manera fehaciente es el hecho de tener un vínculo por el parentesco que sea real y cierto y que permita ser una víctima indirecta que sufra un perjuicio verdadero, por ejemplo que los abuelos estaban al cuidado de sus nietos o pagan sus atenciones de salud y/o cuidados de personas que se hacen cargo de ellos.
7. En el resto de los casos, hemos dicho que dependerá del tipo de lesión o menoscabo extrapatrimonial que haya ocurrido, para ver si es o no necesario tener que probar la existencia y cuantía del daño moral solicitado.
8. En la responsabilidad civil contractual, siempre debe acreditarse la existencia del daño no patrimonial, y esto lo entienden así tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia.
9. Es urgente delimitar el quantum indemnizatorio, con el objeto de mantener alguna equiparidad entre los distintos casos a conocer por nuestros tribunales, y en ese contexto dejar fuera ciertas consideraciones que hace la jurisprudencia actualmente al determinar la evaluación de los perjuicios.

Bibliografía

Libros:

- Abeliuk M., René (2009): *Las Obligaciones*, Tomo II, Apéndice N° 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Aedo Barrena, Cristian (2001): *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, Editorial Libromar Ltda., Valparaíso, Chile.
- Aedo Barrena, Cristian (2006): *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile.
- Alessandri R., Arturo (1983): *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho civil chileno*, Ediar Editores Ltda, Santiago de Chile.
- Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Celis Rodríguez, Rubén (2004): *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile.
- Corral Talciani, Hernán (2011): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Diez Schwerter, José Luis (1997): *El Daño Extracontractual, Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Domínguez Hidalgo, Carmen (2000): *El Daño Moral*, Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

- Figueroa Yáñez, Gonzalo (2012): *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Fueyo Laneri, Fernando (1966): *El Daño Extrapatrimonial y su Indemnización; Especialmente en Materia Contractual*, Separata de la Revista de Derecho Privado, año 1, N° 1. Editorial Derecho Americano, Santiago de Chile.
- Fueyo Laneri, Fernando (1990): *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Meza Barros, Ramón (1980): *Responsabilidad Civil*, Edeval, Valparaíso, Chile.
- Rodríguez Curutchet, Juan Pablo (2009): *La Evaluación del Daño Moral en la Jurisprudencia*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile.
- Rodríguez Grez, Pablo (2010): *Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Tomasello Hart, Leslie (1969): *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Colaboración en Obras Colectivas:

- Cárdenas Villarreal, Hugo – González Vergara, Paulina (2006), “Sobre la Prueba de la Existencia del Daño Moral”, en *Estudios de Derecho Civil, Jornadas nacionales de derecho civil (2005-2009)*, Juan Andrés Varas Braun et al. [coords.], Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, pp. 201-214.

Artículos:

- Femenías, Jorge (2011): “Notas Sobre la Prueba del Daño Moral en la Responsabilidad Civil”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 17, pp. 31-46.
- Hunter Ampuero, Iván (2005): “La prueba del daño moral”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales”, Universidad Austral de Chile.
- Vergara Bezanilla, Juan Pablo (2000): “La mercantilización del daño moral”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 1.

Jurisprudencia:

- Sentencia de la Corte Suprema (1933): Caso “Pastene v. de M. con Ferrocarriles del Estado”, RDJ. 16 de diciembre, tomo 31.
- Sentencia de la Corte Suprema (1971): Casación en el fondo contra Agustín Oyarzún Lamonnier, 10 de agosto, tomo 68.
- Sentencia de la Corte Suprema (2005): Caso “Sanhueza Sporman, Nora del Carmen con Fisco de Chile”, 28 de marzo, <http://vlex.com/vid/sanhueza-sporman-nora-fisco-chile-30942271>.
- Sentencia de la Corte Suprema (2011): 25 de enero, <http://vlex.com/vid/333764558>
- Sentencia de la Corte Suprema (2011): 22 de septiembre, <http://vlex.com/vid/318935155>.
- Sentencia de la Corte Suprema (2003): Caso
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (1940): Caso “Porzio v. de G. con Shell Mex Chile Ltda.”, 26 de agosto, tomo 39.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (1944): Caso “Villagra con Anzuaga”, 04 de mayo, tomo 45.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (1984): Caso “Krumel N., Jaime y otro con Fisco”, 11 de octubre, tomo 81.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (1990): Caso “Silva Bustos con Rojas Leiva”, 14 de septiembre, número 123.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (1990): Caso “Curaqueo Antiman, Sergio E. y otros con Congregación del Santísimo Redentor”, 26 de septiembre, Número 123.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel (2010): Caso “Tapia Huerta con Venegas Vega”, 15 de diciembre, <http://vlex.com/vid/235868647>
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (2009): 26 de junio de 2009, <http://jurischile.blogspot.com/2009/08/incumplimiento-de-contratodano-moral-no.html>
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (2009): 31 de diciembre, <http://jurischile.blogspot.com/2010/06/indemnizacion-por-dano-moral.html>