



**UNIVERSIDAD
DE ATACAMA**

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

Indemnización del daño moral en responsabilidad extracontractual.

Matías Aarón Cuello Lara.

2018.



**UNIVERSIDAD
DE ATACAMA**

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

Indemnización del daño moral en responsabilidad extracontractual.

Memoria presentada en conformidad a los requisitos para Obtener el Grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesora Guía: Teresa Reyes Aspillaga.

Matías Aarón Cuello Lara.

2018.

Agradecimientos.

A la vida por las oportunidades,

A mi familia por permitirme aprovecharlas;

Y a mis amigos por ayudarme a disfrutarlas.

INDICE

Introducción.	1
CAPITULO I: El Daño Moral.	3
1.1. Concepto.	3
1.2. Origen y evolución histórica.	7
1.3. Indemnización y prueba del daño moral.	12
1.3.2. Prueba del daño moral.	18
1.4. Derecho comparado.	24
1.4.1. Estados Unidos	24
1.4.2. Argentina	26
1.4.3. Brasil	27
1.4.4. España	29
1.4.5. Francia.....	31
1.4.6. Common Law	35
CAPITULO II: Criterios destacados en jurisprudencia.	37
2.1. Sana Crítica.	38
2.2. Criterios	42
2.2.1. Daño.	43
2.2.2. Circunstancias particulares de las partes.	46
2.2.3. Propuestas como criterios.....	51
2.2.4. Hechos de la causa.....	53
2.2.5. Actividad jurisdiccional.	54
2.2.6. Conducta generadora del daño.	57
Conclusión.	59
Bibliografía.	62

Introducción.

El presente proyecto tiene como base de investigación el daño moral en sede extra contractual, intentando definir aquello que la doctrina y jurisprudencia entiende por daño moral, estudiando a su vez, su origen y evolución histórica para concluir con un análisis del derecho comparado en el primer capítulo. Este estudio de las instituciones presentes en el ordenamiento jurídico será a través del estudio de los principales doctrinarios de la materia en nuestro país.

Una vez analizadas las principales doctrinas nacionales definiendo los lineamientos generales presentes en el país, en el segundo capítulo de la investigación se dará una breve explicación al sistema valorativo de las pruebas y de la fundamentación que deben realizar los jueces en torno a la sana crítica. Dejando en claro el sistema otorgado por el legislador a los jueces, del mismo modo se avanzara en la investigación intentando identificar y clasificar los criterios utilizados por nuestros jueces a la hora de argumentar sus fallos para otorgar la indemnización de perjuicios.

Se pretende cumplir con la finalidad de esta investigación a través de un análisis jurisprudencial de fallos de la Corte Suprema con miras a determinar los criterios utilizados para la indemnización del daño moral. Para lograr los presentes objetivos se utilizara el método inductivo, ya que se ira de lo particular a lo más general, analizando las instituciones presentes en el ordenamiento jurídico relativos a la responsabilidad civil, específicamente la extracontractual buscando comprender aquellos daños que el legislador considera indemnizables.

Se ha decidido enfatizar en la jurisprudencia de la Corte Suprema, por ser el máximo tribunal de justicia del país, ya que en virtud de sus facultades es quien da la última palabra en cuanto a la revisión de fallos de los tribunales inferiores del territorio jurisdiccional.

Finalmente el objetivo de fondo de esta investigación es superar la idea que a priori tenemos de la subjetividad que adolece nuestro sistema indemnizatorio, buscando superar el carácter antojadizo que muchas veces se le da a la tarea desarrollada por los jueces de nuestro país a la hora de otorgar las referidas indemnizaciones por daño moral en sede extracontractual.

CAPITULO I: El Daño Moral.

1.1.Concepto.

1.2.Origen y evolución histórica.

1.3.Indemnización y prueba del daño moral.

1.4.Derecho comparado.

1.1.Concepto.

En Chile no hay un cuerpo legal que defina el daño moral, ni siquiera refiriéndose directamente a su reparación, siendo un gran vacío no solo en nuestro país sino un problema acaecido en la mayoría, por no decir todas, las legislaciones vigentes independientes de su origen, lugar o nivel de desarrollo.

La doctrina ha intentado interpretar los preceptos legales, para darnos a conocer la manera en que se reparan este tipo de daños, incluyéndolo en las palabras referidas del legislador como “todo daño” del artículo 2329 del Código Civil, siendo aceptada esta corriente por la jurisprudencia y admitiendo la ley su reparación¹.

Podríamos decir que hay tantas definiciones de daño moral como estudiosos del derecho, viéndose totalmente frustrada la tarea, para nada fácil por lo demás, de llegar a un concepto único e inequívoco.

Evidencia de este problema para definir y limitar el daño moral es la manera en como aborda la materia Enrique Barros, contraponiendo en realidad, este tipo de daños a los daños económicos o patrimoniales mencionados por el legislador, refiriéndose en

¹ CORRAL, Hernán. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003, p 150.

términos negativos al tipo de bienes que debiese abarcar “*se trata de bienes que tienen en común el carecer de significación patrimonial*”².

Carmen Domínguez es una autora que ha situado sus esfuerzos en el estudio del daño moral, sirviendo como guía para muchos otros estudiosos siendo citada en muchas obras referentes al tema e incluso por la jurisprudencia. Alude al daño moral como aquel que incluye todo daño a la persona en sí misma, como todo atentado contra sus intereses extra patrimoniales, comprendiendo este daño como todo menoscabo del cuerpo humano considerado como un valor en sí mismo y con independencia de sus alcances patrimoniales, dejándolo fuera de la riqueza material, considerándolo como aquel que no afecta el patrimonio.³

Esta autora llama a no confundir daño no patrimonial con daño moral, ya que el primero se limita a ser la contravención a los daños patrimoniales⁴, y si bien el daño moral está incluido en los daños no patrimoniales, no es el único, no obstante ser el con mayor relevancia por ser autónomo e inherente a las características propias del ser humano. Si bien nos entrega un concepto más amplio y en términos positivos a diferencia del autor antes citado, se sigue refiriendo de alguna manera a la diferencia del daño moral con aquel que tiene contenido patrimonial y económico, siendo esta distinción de suma importancia, ya que para algunos autores el daño moral tiene estrecha relación con el patrimonio de la persona, debiendo verse afectado o no se estaría en realidad en presencia de una verdadera afectación hacia la víctima, haciendo una semejanza con la imposibilidad en la reparación de los daños patrimoniales indirectos, ya que no estaría presente la conexión o vínculo causal entre el hecho y el daño.

² BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. p 232.

³ DOMINGUEZ, Carmen. El Daño Moral Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000. p 83.

⁴ *Ibíd*em, p 73.

Otras definiciones encontradas en doctrina también se refieren a bienes extra patrimoniales o personales, definiéndolo Alessandri como “el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”⁵, en términos parecidos se refiere el autor Hernán Corral “la molestia o dolor, no apreciables en dinero; el sufrimiento moral o físico que produce un determinado hecho”⁶.

José Luis Díaz Schwerter en su libro dedicado al daño extracontractual en general, a través de análisis jurisprudencial y doctrinal considera el daño moral como aquella lesión a simples intereses, refiriéndose a este como “todo menoscabo, detrimento, lesión, molestia o perturbación a un simple interés del que sea titular una persona o de la situación de hecho en que se encuentre”⁷. Entendiendo por interés, todo aquello que sea útil, aquellas cosas que no son susceptibles de evaluación pecuniaria, pero que sean de utilidad para un sujeto, que le presten un servicio, o bien satisfagan una necesidad o simplemente rechacen un dolor.

El último autor que tendremos en consideración es Eduardo Zannoni, quien vincula el daño moral con la limitación que sufre la víctima de los goces u oportunidades de la vida “*la lesión afecte una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico*”⁸

⁵ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit., p 231.

⁶ CORRAL, Hernán. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Op. Cit., p 149.

⁷ DIAZ, José Luis. El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1997. p 97.

⁸ ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2005. p 89.

Finalmente encontramos una definición adoptada por la jurisprudencia “*el daño moral es el sufrimiento o aflicción psicológica que lesiona el espíritu y se manifiesta en dolores e inquietudes espirituales y pesadumbres*”⁹

Analizados estos conceptos se pueden sacar algunas conclusiones, siendo la primera la comprobación de no existir un concepto claro de daño moral, debiendo remitirse finalmente al entregado por la jurisprudencia que se refiere a las lesiones del espíritu derivadas del sufrimiento psicológico sufrido.

Aterrizando este enunciado a los conceptos entregados por la doctrina se encuentra el denominador común en los bienes de la personalidad, aquellos referentes al fuero interno de las personas o intereses personales, por otro lado nos encontramos con la consideración de los autores referente a la separación que se hace de estos daños del patrimonio propiamente tal, aunque, si bien se reconocen eventuales consecuencias en este, queda de manifiesto la naturaleza extra patrimonial del daño moral.

⁹ Corte de San Miguel, 11 de Junio de 1998.

1.2. Origen y evolución histórica.

Desde el principio de la historia de la humanidad la responsabilidad de las personas se ha regulado de alguna u otra manera dependiendo, obviamente, del nivel de desarrollo de cada cultura. Originalmente esta responsabilidad era totalmente estricta, teniendo como único requisito el resultado dañoso en la víctima, es decir, una responsabilidad totalmente objetiva.

En palabras de Barros este tipo de responsabilidad no tiene un origen moral ni jurídico, ni mucho menos antojadiza, ya que la mayoría de estos daños eran atribuibles a actos con efectiva voluntad de dañar al otro.¹⁰

Resulta evidente la escasa o nula regulación formal de este tipo de responsabilidad en los primeros atisbos de sociedades que habitaban el planeta, ya que no había instituciones jurídicas y mucho menos políticas que ayudaran a reglar este tipo de prácticas o para solucionar los problemas aparejados con dichos actos a la víctima o su núcleo familiar. En principio quien realizaba un acto con resultado de daños en otro, debía recibir las mismas consecuencias a manos de la víctima, de su familia o tribu.

Con el avanzar del tiempo y el desarrollo ya sea social, intelectual y/o jurídico de las sociedades, estos pequeños grupos, por regla general, familiares reconocen autoridad en aquel miembro de mayor edad, y por lo tanto, atribuyen mayor sabiduría para llegar a solucionar este tipo de problemas. Con la ayuda de los sabios se podía apaciguar tal situación no siendo necesario matar al que mataba “*y que la violencia pudiese ser sustituida por una reparación económica*”¹¹ obviamente esta reparación económica no era en dinero o en algún tipo de moneda específica, más bien, era una reparación en

¹⁰ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit., p 54.

¹¹ *Ibidem.*, p 54.

bienes corporales, ya sea en ganado, alimentos o algún bien similar, siendo esta una de las primeras manifestaciones de derecho indemnizatorio en nuestra historia.

Mientras tanto en el primer código, o al menos, el más conocido y del que aún quedan vestigios hasta nuestros días, queriendo referirnos al “Código de Hammurabi” que data del siglo XVII antes de Cristo, como era de esperarse en tal cuerpo normativo se seguía la idea de una justicia retributiva, esta vez, institucionalizada bajo la ley de talión o del ojo por ojo aparejada a la responsabilidad por daños personales. A su vez el citado código contemplaba la influencia de antiguas culturas incluyendo la compensación en dinero por daños no personales.

Del mismo modo en el derecho Romano se siguió la línea de justicia retributiva, consagrándose la ley de talión en las XII Tablas, pero dejando abierta la posibilidad para que las partes afectadas acuerden una compensación prudente.

“si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que se pacte con él, aplíquese talión”¹²

Con esta evolución en la solución de los problemas y en un intento de positivizar el derecho, los romanos distinguían los delitos públicos de los privados, entendiendo el rasgo distintivo entre aquellos el interés que podía traer aparejado cada uno de ellos a la ciudad o sociedad.

Los delitos públicos eran castigados de una manera más severa por la importancia otorgada a los daños causados, resultando en sanciones penales, mientras que los segundos tenían consecuencias patrimoniales, pudiendo asimilar, y en realidad, encontrando la fuente a la distinción que se hace en la actualidad en el mundo del derecho entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

¹² XII Tablas.

Enrique Barros indica que estas obligaciones en dinero que surgían de los delitos no eran en realidad una reparación, sino una multa penal pudiendo llegar a “*el duplo o el cuádruplo del daño efectivo*”¹³.

Esta naturaleza retributiva y penal de la indemnización perduro hasta la Edad Media y su sistema feudal, pudiendo el juez fijar la indemnización en relación con la gravedad de la acción, traducándose en una ganancia patrimonial para la víctima. Con el fin del sistema feudal y la llegada de la nacionalización de los estados a mediados del siglo XV se consolida la separación del Derecho Penal y Derecho Civil conocida hasta nuestros tiempos, institucionalizándose la responsabilidad civil y a su vez la indemnización de perjuicios pero siempre aparejada al resultado e intención de causar daño.

A través de la escuela racionalista del derecho natural con Grocio¹⁴ se introduce la responsabilidad por culpa, siguiendo estas influencias el Código Civil francés del siglo XIX en su artículo 1382 “*Todo hecho cualquiera del hombre, que causa daño a otro, obliga a quien por cuya culpa ocurrió a repararlo*”. De un modo semejante en el common law converge una regulación más apegada en principio a la tradición romana en cuanto a la consideración de ilícitos específicos, encontrando una evolución en el siglo XIX e incluyendo un concepto de negligencia entendiendo por tal “*la infracción de un deber de cuidado que el autor del daño tenía respecto de la víctima*”¹⁵.

Finalmente llegamos a la influencia que tuvo el derecho español del derecho romano, francés y anglosajón; y que llego a transmitirse en nuestro continente a través de la conquista, fundiéndose en el denominado derecho indiano. Luego de este periodo y de manera posterior a la independencia del país, Andrés Bello señala como fuente del

¹³ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit., p 55.

¹⁴ Grocio, Del Derecho de la Guerra y de la Paz 6.17.

¹⁵ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit., p 56.

artículo 2314 “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito*”, la ley 6, título XV, partida VII de las Siete partidas, evidenciándose tal influencia europea en nuestra legislación y considerando a su vez, las fuentes de éstos.

Una vez analizado el origen y evolución de la indemnización de perjuicios hay que detenerse en busca de la fuente del daño moral, o al menos el germen de éste. Los romanos tenían una institución llamada “*actio injuriarum*” pudiendo definirla como aquella acción por delito que no solo busca proteger la dignidad y la reputación de un individuo sino también su integridad física. Queda evidenciado una vez más que los propulsores del derecho europeo no distinguían entre el daño físico y moral propiamente tal, pero si reconocían la dignidad y reputación de las personas como bienes de la personalidad ajenos a su patrimonio y relacionadas con su fuero interno.

Aterrizando finalmente en la reparación del daño moral en la legislación chilena el primer problema planteado sería la falta de un concepto legal en incluso el nulo reconocimiento que se hacía de la reparación de estos daños, ya que solo se concebía la reparación estipulada del artículo 1556 del Código Civil “*La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*”.

Restringiendo la indemnización a la responsabilidad contractual y a los daños patrimoniales, el problema acaecido fue resuelto por la interpretación del tribunal superior de justicia del país, ya que en un fallo de la Corte Suprema que data del año 1922¹⁶ referente a la muerte de un menor por el atropello sufrido por un ferrocarril se

¹⁶ Corte Suprema, 16 de Diciembre 1922.

reconoce una indemnización a la familia por el dolor sufrido por la pérdida de un hijo, y es desde esta fecha que se comienza a reconocer e indemnizar este tipo de daños.

1.3. Indemnización y prueba del daño moral.

Conociendo el origen y evolución de la institución que motiva a realizar la presente investigación debemos remitirnos al actual estado de la indemnización de perjuicios por daño moral y como se justifica tal reparación en el mundo del derecho.

Como se comentó en el punto anterior, el origen de esta indemnización de perjuicios tenía un carácter puramente retributivo, encontrando actualmente algunos autores que se siguen refiriendo a la necesidad de la indemnización del daño moral a través de una pena privada, justificando esta naturaleza porque la indemnización, obviamente, es a favor de la víctima y no de la sociedad o del estado.

Entre otros aspectos que consideran a la reparación como una pena privada se encuentra la finalidad punitiva, ya que la naturaleza privada de la institución busca castigar al culpable evitando que cometa hechos similares en el futuro, mientras que para la víctima, se buscaría saciar el deseo de venganza que plantea su pretensión, encontrando la justificación o fundamento del castigo en la culpabilidad del autor.

Finalmente se justifica la imposibilidad de considerar esta pena como una reparación, ya que el fundamento de la condena sería la culpa y al no existir una equivalencia entre la indemnización y el perjuicio no se cumpliría con los requisitos de una reparación propiamente tal.

Esta teoría es criticada ya que muchas veces resulta en una verdadera pena para el demandado, y más que se considere la reparación del daño moral, se estaría castigado doblemente al infractor por la obligación de reparar y además recibir un castigo o multa.

Por otra parte hay quienes buscan desvirtuar las ideas planteadas por esta teoría, siendo en este caso aquellos que bajo ningún punto de vista consideran la condena por daño

moral como una privada, sino que consideran esta pena como una reparación para la víctima.

Estos detractores encuentran fundamento a sus ideas que la indemnización sería una reparación porque recae sobre el patrimonio del responsable, intentando ser proporcional al daño causado sin considerar la gravedad de la falta ni el acto ilícito como lo sería en el caso de una pena privada.

Otro fundamento para desechar la idea de pena privada la encontramos en la transmisibilidad de la indemnización, ya que los herederos del infractor son responsables de la reparación y los herederos de la víctima están facultados para reclamarla, siendo imposible esta transmisibilidad en el caso de una pena privada.

Así por ejemplo en el caso de una pena privada se castiga el hecho y la tentativa del mismo, en cambio en las penas por daño moral es necesario que el daño haya sido causado efectivamente, de lo contrario sería inadmisibles su reparación.

La indemnización admite múltiples demandas de reparación del mal sufrido en contra del responsable, configurándose como una especie de agravante, en cambio en la pena privada prima el principio de non bis in ídem.¹⁷

Finalmente podemos deducir que en nuestro país se sigue una teoría mixta, reconociendo una función reparatoria para la víctima y una pena privada para el infractor.

Superada esta distinción general de la naturaleza de la pena, nos abocaremos en fijar los objetivos o funciones en el intento de reparar el daño causado a la víctima, uno de

¹⁷ Código Procesal Penal artículo 1 “La persona condenada, absuelta o sobreeséida definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.”

los primeros criterios a destacar es la restitución en naturaleza de los daños no patrimoniales, en este caso el dinero otorgado a la víctima sirve para reparar el daño moral cubriendo los gastos necesarios para que el afectado sea llevado a la condición anterior al accidente, es decir, una reparación directa de los daños causados para que la víctima no vea afectados sus intereses, o se vea afectado en la menor medida posible por el obrar del sujeto activo.

Existen otros casos en que la reparación en naturaleza no es en dinero, ya que la víctima no necesita cubrir gastos patrimoniales aparejados por el actuar culposo o doloso del infractor, sino que se ve afectado en la esfera de sus intereses personales, por ejemplo en una disculpa pública por haber sido víctima de injurias o calumnias y ver afectado su honor, la publicación de una sentencia absolutoria por haber sido acusado injustamente de un delito y haber perdido confiabilidad en la sociedad, entre otros. Gracias al moderno constitucionalismo de los derechos de la personalidad se reconoce su cautela a nivel constitucional, ya que algunos de ellos se encuentran consagrados en el artículo 19 de nuestra Constitución, siendo deber del estado respetarlos y del derecho civil que se reparen de manera correcta.

Según Barrientos¹⁸, en la actualidad la reparación del daño moral va más allá del *pretium doloris*, produciéndose por el atentado a determinados derechos, bienes o intereses que el derecho asegura a la persona. Confundiéndose en nuestro país los efectos del daño moral con la causa, en relación al dolor o sufrimiento de la víctima, entendiendo el dolor y el sufrimiento como manifestaciones de la lesión en el espíritu o el cuerpo, según corresponda a cada caso, siendo el *pretium doloris* una consecuencia de los derechos extra patrimoniales o intereses de su titular.

¹⁸ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Del daño moral al daño extra patrimonial: La superación del *Pretium Doloris*. Revista chilena de derecho n°35, p 85-106. 2008. En: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004>.

Sobre esta idea debemos aclarar que sería imposible asimilar la extensión del concepto de reparación a los perjuicios materiales y morales de la misma manera, ya que la primera puede ser exactamente equivalente al perjuicio, entendiendo la reparación como la restitución completa de los daños, alcanzando plena satisfacción.

En los daños morales no se cumple esta función de equivalencia configurándose en este caso una reparación imperfecta, siendo la suma de dinero en realidad un reconocimiento del derecho violado, configurándose una reparación representativa. *“toda equivalencia es ficticia”*¹⁹

Puede incluso resultar en una satisfacción mayor para la víctima, sin ser necesariamente un enriquecimiento sin causa, ya que está exigiendo la reparación de un derecho que le corresponde, y nadie más que la propia víctima puede conocer su verdadero valor.

La reparación del daño patrimonial abarca todas las lesiones posibles esgrimidas por la víctima, y ya que en este caso es fácil su evaluación económica será de la misma manera fácil demostrar el perjuicio causado. En cambio en la reparación moral se restringe al reconocimiento de este tipo de daños al otorgado por las leyes en el ordenamiento jurídico correspondiente, y como hemos visto en la mayoría de las legislaciones ni siquiera existe un concepto, restringiendo las herramientas de la víctima para probar el daño causado, y a su vez, restringiendo las herramientas de los jueces para evaluar la suma de dinero correspondiente, siendo en definitiva, un reconocimiento del derecho violado, y no en realidad una reparación del daño causado.

Esta reparación es en el sentido de poner a la víctima en una situación equivalente y no solo en la satisfacción material sino como el cumulo de satisfacciones intelectuales, materiales y espirituales, de esta manera eligiendo la víctima la importancia que le da

¹⁹DOMINGUEZ, Carmen. El Daño Moral Tomo I. Op. Cit., p 141.

a esta suerte de satisfacción, caso contrario a una indemnización o reparación patrimonial.

Indemnización como compensación por el mal sufrido, esta indemnización tiene carácter compensatorio y no reparatorio, ya que, a través de este tipo de indemnización se busca permitir ciertas ventajas que satisfagan la pretensión legítima de justicia y compensen a la víctima por el mal sufrido, conocido también como *satisfacciones compensatorias*.

Estas satisfacciones de reemplazo o compensatorias operan en caso de atentados a derechos o intereses en contraposición a la indemnización por el daño a un bien corporal o patrimonial. Esta reparación no puede ser absoluta porque en términos patrimoniales nunca podrá coincidir con el interés afectado, por lo mismo se concede una satisfacción que compensa la pérdida.

Santo Tomas: “*en las cosas en que no se puede restituir lo equivalente, basta que se haga la compensación en la medida de lo posible*”.

Equitativa compensación: “*que daños semejantes tengan una indemnización análoga y que las diferencias estén dadas por la importancia comparativa de los distintos tipos de daños*”²⁰ proporcionalidad entre el daño y la indemnización e igualdad en las indemnizaciones otorgadas.

Parte de la doctrina se refiere de manera amplia en este tipo de indemnización al interés significativo, ya que, al no existir un concepto claro de daño moral y muchas veces definiéndolo negativamente como aquellos intereses no patrimoniales, habría una expansión desmedida de los perjuicios indemnizables, siendo llamada la jurisprudencia

²⁰ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit., p 312.

a delimitar tales intereses significativos, creando un “*umbral de significancia*”, dejando fuera las simples molestias o turbaciones carentes de significancia moral.

Teoría seguida por algunas legislaciones europeas como España e Inglaterra, donde la jurisprudencia ha delimitado estos intereses significativos a través de baremos estadísticos o técnicos con ayuda de expertos en cada materia, ya sean médicos, jueces e incluso empresas aseguradores que ayudan a una homogénea interpretación en el tema.

En definitiva el propósito principal de la indemnización es entonces compensar los perjuicios que una persona padece como resultado de la conducta de otra, pudiendo también funcionar como medio de sanción, prevención reconocimiento de derechos o de recuperación de ciertos costos.

Por ultimo pero no menos importante, recientemente se acepta como criterio para valorar el daño moral a la equidad, debiendo justificar objetivamente el juez su valoración, a su vez, muchas veces los demandantes se ven en la imposibilidad de pedir un monto exacto avaluado en dinero, fallando la jurisprudencia en que en estos casos la sentencia no adolecería del vicio de ultra petita, por verse imposibilitado el actor de definir un monto de manera objetiva.

1.3.2. Prueba del daño moral.

En cuanto a la prueba del daño moral hay plena libertad probatoria, es decir, se admiten todos los medios probatorios convencionales existentes en nuestro país, ya sea documental, testimonial, pericial y a través de presunciones, dejamos fuera de estos medios probatoria la inspección personal del tribunal por la naturaleza de este tipo de daños, ya que en este caso los jueces deberían ser expertos conocedores del tema en concreto para lograr acreditar la intensidad relativa sufrida por la víctima estrechamente relacionada con el hecho que produjo el daño.

La doctrina está de acuerdo en afirmar que el daño siempre debe ser acreditado, en cambio, la jurisprudencia dice que en virtud de la naturaleza de estos daños no debe ser probado, o al menos puede ser presumido, bastando la acreditación de la ocurrencia del hecho que causa un daño con entidad moral para que se presuma.

Autores intentan justificar esta situación citando un fallo de la Corte Suprema que esgrime lo siguiente: *“el daño 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 y por lo tanto la apreciación de este debe entenderse entregada al juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditada”²¹*

El razonamiento de los jueces de la sentencia antes citada es en torno al daño moral considerado como sinónimo, o en relación a la teoría del pretium doloris. Los sentenciadores intentan explicar esta exclusión o disminución de la carga probatoria,

²¹ GONZALES VERGARA, Paulina y CARDENAS VILLAREARL, Hugo. Sobre la prueba de la existencia del daño moral. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil: Estudios de derecho civil II: Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones. Santiago de Chile. Lexis Nexis. 2007. p. 255.

ya que sería muy difícil para el ofendido acreditar el dolor padecido, resultando muy infructuoso obtener una indemnización a su favor.

Como crítica a esta fundamentación de la jurisprudencia, sería la reducción que se hace al concepto de daño moral y a su vez a la prueba, ya que se estarían restringiendo los medios probatorios solo a los directos, resultando en una negativa por falta de prueba. La solución a este problema es considerar los medios indirectos, como son las presunciones o peritajes de expertos, permitiendo a los sentenciadores deducir el daño sufrido por la víctima.

Como se dijo al principio de este apartado, la doctrina estima necesaria la prueba de los perjuicios morales por distintas razones que a continuación daremos a conocer:

Las primeras razones que abordaremos serán aquellas que tienen relación directa con aspectos procesales que limitarían de alguna manera los derechos de ambas partes en un juicio. El primero de ellos tiene conexión con el debido proceso, ya que al obviarse la prueba del daño moral se estaría vulnerando el debido proceso, resultando en que los jueces están obligados a justificar sus fallos y no solo limitarse a explicarlos.

Como segundo punto de inflexión relacionado con el debido proceso nos encontramos con una vulneración al derecho a defensa y la bilateralidad de la audiencia, puesto que si el tribunal concede la indemnización a título de daño moral a través de presunciones, el demandante no tendría la necesidad de presentar pruebas, y como consecuencia directa el demandado no tendría la oportunidad de desvirtuar aquellas, por ser en realidad inexistentes.

Por otro lado nos encontramos con fundamentos de carácter sustantivo, o razones de texto legal que hace necesaria la acreditación del daño moral.

Cuando el legislador ha querido alterar la carga de la prueba, y en el caso específico de la presunción del daño lo hace de manera expresa y restrictiva como es el caso de la cláusula penal, entendiéndose que para todos los demás casos opera el artículo 1698 del Código Civil “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta...*” donde la carga de la prueba es a cargo del demandante, o en el caso de la prueba de las obligaciones es a cargo de quien alega su existencia.

Con lo anterior no negamos la dificultad y muchas veces imposibilidad de la prueba del daño moral por su naturaleza, lo que en definitiva se quiere demostrar es que no se debe simplemente presumir, sino más bien deducir y lograr la convicción en base a las pruebas presentadas por el actor del reconocimiento de la indemnización por daño moral.

Definitivamente y como ya se comentó, en nuestro ordenamiento jurídico se aceptan las presunciones en materia probatoria, pero éstas deben cumplir con los requisitos de los artículos 47 y 1712 del Código Civil y 426 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 47: Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Artículo 1712: Las presunciones son legales o judiciales.

Las legales se reglan por el artículo 47. Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.

Artículo 426: Las presunciones como medios probatorios, se regirán por las disposiciones del artículo 1712 del Código Civil.

Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

Finalmente en nuestra jurisprudencia la manera típica de tasar la prueba es a través de la sana crítica, ya que el legislador les ha otorgado esta libertad probatoria a los jueces, entendiendo aquella como los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimiento científicamente afianzado.

Sin embargo la doctrina ha construido algunos requisitos a la hora de exigir la indemnización por daño moral, ya que si bien, se comentó que el juez tiene libertad probatoria, los litigantes podrían asegurar el éxito de su pretensión ayudando a esclarecer los hechos y motivos fundantes de su demanda. Aquellos requisitos son los siguientes:

- a) **Certidumbre del daño:** El daño debe ser cierto, y debe ser probado, la parte demandante en un juicio sobre indemnización de perjuicios debe probar que efectivamente ha sufrido una pérdida o que ha dejado de obtener un ingreso o ganancia, como se vio anteriormente, este daño no necesariamente debe acarrear consecuencias patrimoniales directas en la víctima, fundándose una vez más en una indemnización compensatoria y no estrictamente reparatoria. También puede probarse daño futuro, siendo necesario que exista una probabilidad suficiente que el daño se vaya a producir, esta certidumbre es más aplicable a daños patrimoniales, ya que en el daño moral se infiere de

presunciones, incluso jurisprudencialmente en casos de daño corporal o daño reflejo no sería necesaria ni posible probarlo.²²

b) **Titular de la pretensión, el daño debe ser personal:** en nuestro país uno de los requisitos plantear una pretensión frente a un tribunal de justicia es que estas sean alegadas por su titular o sujeto legitimado por la ley, en este caso la víctima se vuelve titular del derecho de indemnización al momento de ver afectados sus intereses por el actuar culposo o doloso del sujeto activo, siendo imposible una acción popular por daño moral o pedir este a favor de otro.

c) **El daño debe ser directo:** requisito de estrecha relación con la certidumbre del daño, en materia patrimonial el daño es directo cuando trae aparejado como consecuencia una disminución en el patrimonio o se deja de percibir una ganancia, pero en sede extra patrimonial el daño se ve reflejado en distintos aspectos, muchas veces sin siquiera afectar de manera directa el patrimonio de la víctima, pudiendo ver afectados distintos intereses al mismo tiempo.

Si bien los intereses afectados están fuera del mercado y no pueden ser evaluados en dinero, existe una reparación por razones de justicia correctiva y de prevención.

En cuanto a su reparabilidad o más bien para que exista una responsabilidad para con el afectado basta que el hecho produzca alteración negativa en cualquier interés legítimo y relevante, es decir, bienes jurídicos tutelados en la legislación.

De manera más aislada Domínguez²³ toca el tema de la capacidad de las personas, refiriéndose incluso a la reparación que podrían optar las personas jurídicas, ya que para esta autora la reparación debe limitarse a personas con plenitud de facultades

²² BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit., p 237.

²³ DOMINGUEZ, Carmen. El Daño Moral Tomo II. Op. Cit.

físicas y mentales, ya que de lo contrario no se estaría experimentando una modificación negativa o desfavorable a su espíritu, siendo totalmente contrario al caso de una reparación que puedan optar las personas jurídicas.

Concluyendo este análisis a la prueba del daño moral, queda de manifiesto la inconsistencia presente en el ordenamiento jurídico en orden a la regulación de esta institución por no existir un concepto claro de daño moral seguido por la libertad que tiene el juez a la hora de ponderar la indemnización a través de la sana crítica y la consideración de presunciones.

Resultando en una subjetividad a la hora de fallar, pudiendo las partes ver afectado su debido proceso de múltiples maneras, ya que, no se tiene una certeza o seguridad jurídica en la materia y viendo afectado su derecho a defensa resultando muchas veces en que se podría obviar la prueba del daño moral a través de las presunciones que hacen los jueces.

1.4. Derecho comparado.

A lo largo de este capítulo ha quedado claro la falta de un concepto único e inequívoco sobre el daño moral, y como consecuencia de esto la multiplicidad de interpretaciones que le puede dar cada juez a las indemnizaciones que se pueden otorgar a título de éste, resultando en una inseguridad jurídica y muchas veces desconfiando del sistema indemnizatorio creando desconcierto en los participantes de nuestro ordenamiento jurídico.

1.4.1. Estados Unidos

Tal como en nuestra tradición jurídica, en Estados Unidos se estima conveniente indemnizar a la víctima de un hecho ilícito, pero no sólo por los perjuicios económicos efectivamente causados, sino también por los daños morales. Encontrando como limite el lugar en que la víctima estaría si no se hubiera producido el hecho dañoso, evitando así un enriquecimiento sin causa.

En el país del norte de nuestro continente no basta con la reparación integral del daño causado, ya que se sigue una teoría punitiva, basándose en una pena pecuniaria privada, castigando la ley a quien ha cometido un daño *“con malicia o grave indiferencia por los derechos ajenos ha provocado un perjuicio a la víctima de ciertos ilícitos, obteniendo con dicha conducta beneficios o ahorro de gastos”*²⁴.

Como se indicó en su oportunidad²⁵, esta teoría de una pena privada busca castigar al sujeto activo, evitando que éste como a la sociedad en general cometan hechos de similares características.

²⁴ ALVAREZ, Agustín, “El daño moral colectivo”, Comentario al Fallo Casa Millan, Iurisletter N° 160, Poder judicial de Chubut, Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba, Abril 2010.

²⁵ Véase página 18 de la presente tesis referente a la prueba.

La concepción imperante en Estados Unidos es que para aplicar la indemnización como sanción, debe existir una particular intención y subjetividad en el autor del daño. Debe haber algo más que una conducta negligente, siendo necesarios conceptos tales como temeridad, malicia, mala fe, grave negligencia, entre otras similares.

Otra tesis, un tanto más flexible, postula que sólo se requiere la simple indiferencia consciente por parte del agente del daño, para permitir la aplicación de este tipo de pena.

Por último, están quienes proponen que la aplicación de una pena privada cabe en los casos que se ha cometido un abuso de alguna posición de poder o privilegio.

A diferencia de nuestro país en que el llamado a fallar los litigios, y en este caso específico otorgar la indemnización por daño moral, es un juez en el caso de tribunales civiles unipersonales, en cambio, el sistema jurídico del país en análisis los llamados a resolver son los jurados.

Por esto ha sido necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema estadounidense estableciendo tres directrices a seguir para que los montos otorgados por daños punitivos no violen la garantía del debido proceso, limitando los márgenes de aplicación de la institución, y a su vez, evitando indemnizaciones excesivas²⁶.

a. Grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, dentro de lo cual se considera si el actuar del agente afectó la salud o seguridad del actor, si el demandado es reincidente, o si ha actuado intencionalmente.

²⁶ NELSON, Michael. Constitutional Limits in punitive damages, How much is too much? Maine Bar Journal, Winter 2008. En: http://jbgf.com/Pages/MAN_Article_Winter_2008.pdf

- b. La relación cuantitativa entre los *punitive damages* y los daños compensatorios.
- c. La comparación con otras multas civiles para determinar la razonabilidad del monto otorgado.

1.4.2. Argentina

En materia de indemnización por daño moral, el ordenamiento jurídico argentino, al igual que el nuestro, no establece criterios para fijar la indemnización, razón por la cual entregan su determinación a la apreciación y criterio judicial. Una excepción a esta regla general podemos encontrarla en materia de derecho laboral, donde las indemnizaciones legales se encuentran establecidas como tarifas fijadas con anterioridad, de modo que resulta mucho más sencillo para los jueces determinar el monto, siempre que las partes se encuentren dentro del supuesto legal.

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

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

Ante tal situación, se pueden identificar dentro de la doctrina transandina cierta controversia al momento de fijar criterios para determinar la indemnización, y entre las distintas tendencias, podemos mencionar las siguientes²⁷:

²⁷ PEDRIEL, María Raquel. Fundamentación de la Reparación del Daño Moral en la Jurisprudencia Argentina, con particular referencia a los Tribunales Superiores de la Provincia de Buenos Aires. Revista Jurídica. 2004. En: http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/381/1/Fundamentaci%C3%B3n_de_la_reparaci%C3%B3n.pdf

- a) La cuantificación del daño se encuentra vinculada con los padecimientos sufridos por la víctima. En ese sentido, la reparación busca el restablecimiento de la situación anímica de la víctima mediante el equivalente en dinero, intentando compensar las aflicciones sufridas a través de satisfacciones placenteras.
- b) Otra de las teorías es la de la sanción ejemplar, la cual critica a la anterior por caer en un materialismo sin sentido. Establece que hay una diferencia radical entre la naturaleza del daño patrimonial y el moral, diferencia que debe reflejarse en una distinta cuantificación del daño. Por tanto, resulta necesario vincular la personalidad del victimario, la condición de su patrimonio y a la gravedad de la falta cometida al momento de determinar la cuantía, que no es otra cosa que una pena civil mediante el cual el ordenamiento reprueba la falta del ofensor.
- c) Una última tesis, que podría ser considerada como mixta, se acerca a la teoría resarcitoria, pero señala que al momento de justificar el quantum de la indemnización, los jueces deberían tener presente su efecto disuasivo, sin que ello implique necesariamente concebirla como una pena privada.

1.4.3. Brasil

En el ordenamiento jurídico brasileño, también se presentan controversias entre la doctrina y la jurisprudencia en torno a la fijación del quantum indemnizatorio para el resarcimiento de los daños morales, pues no hay disposiciones legales específicos que sirvan para calcular objetivamente el valor pecuniario del daño.

Encontramos también aquí la discusión relativa a si la indemnización debería tener un fin meramente resarcitorio o más bien punitivo. Para exponer la controversia, nos

apoyaremos en el autor brasileiro Da Silva²⁸ quien expone que debe hacerse una distinción en cuanto fijamos la indemnización con un criterio de resarcimiento o con un criterio de punición.

Si seguimos la hipótesis de la indemnización como resarcimiento, el juez debería realizar una verificación de los elementos objetivos del caso, estableciendo *a priori* el grado de culpa del ofensor, clasificación que debe, en la medida de lo posible, despegarse de todo criterio subjetivo, lo que le servirá de parámetro orientador para su decisión final.

De esta forma, si se clasifica la culpa como leve, tendrá que tenerse este antecedente presente para no permitir que el quantum indemnizatorio se determine en razón de este análisis. En cambio, si la culpa es clasificada como grave, el potencial ofensivo habrá repercutido con mayor intensidad en el ofendido, ocasionándole daños de mayor envergadura, y en consecuencia, se debe tener en cuenta este elemento.

Además de esta clasificación de la culpa, se debe considerar la duración del sufrimiento a la cual estuvo expuesto el ofendido, valorando con una cantidad indemnizatoria menor si el tiempo de sufrimiento fue más bien reducido y, a contrario sensu, aumentar la cuantía si el periodo durante el cual estuvo expuesto al sufrimiento fue mayor.

Por otra parte, si entendemos que la indemnización debe ser asumida como una pena privada, las reglas cambian por completo, en tanto ya no se siguen los mismos criterios anteriores, pudiendo los valores de la indemnización incrementarse sin límites, pues de esta forma se desincentivarían las posibles ofensas, a través de una indemnización que necesariamente debe ser significativa en relación al patrimonio del ofensor.

²⁸ DA SILVA, Antônio Cassemiro, A fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais. JusNavigandi. Teresina 5, n. 44. 2000. En: <http://jus.com.br/revista/texto/670>

1.4.4. España

El sistema español considera de la misma manera y con la misma importancia los perjuicios que producen daños de tipo material y los que producen daños de tipo moral, sin importar si provienen de una obligación contractual o extracontractual.

Como criterio general, las indemnizaciones de perjuicios se conceden como un todo que abarca en un mismo monto los daños patrimoniales y los extra patrimoniales, por lo cual es muy difícil saber cuál monto se refiere a la indemnización por daño patrimonial y cuál a la por daño moral.

Desde la década de los 80 ha habido un cambio, intentando resolver los problemas de subjetividad.

En cuanto al daño moral propiamente tal, se ha reconocido una nueva categoría intermedia entre el daño material y moral conocida como los daños corporales que comprenden el menoscabo físico y psíquico, comprendiendo consecuencias pecuniarias y no pecuniarias.

Tratándose de los daños al honor, intimidad y familiar se dictó una ley especial de protección al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen expresando que *“la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, teniendo en cuenta la difusión o audiencia del medio o el beneficio obtenido por el causante de la lesión. Como consecuencia de la misma”*. Art 9 inciso 3 de la ley de 5 de mayo de 1982.

No obstante, la particularidad de este sistema es que es el único país de la Unión Europea que posee un baremo vinculante de responsabilidad civil. Esta incorporación se produjo a través de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de

1995, la cual introdujo un Anexo llamado “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, que en realidad no es otra cosa que un baremo y a pesar de que ha sido objeto de variadas críticas y polémicas dentro de la doctrina, las sentencias del Tribunal Constitucional le han otorgado valor vinculante, manteniendo su constitucionalidad²⁹

Este sistema de baremo establece un detallado régimen normativo de predeterminación y cuantificación legal de los daños a las personas o daños físicos ocasionados en los accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor. Dicho método establece ciertos límites que operan acotando los razonamientos y cuantías para determinar las correspondientes indemnizaciones por tales daños, a través de la aplicación generalizada de los criterios y tablas que propone al efecto.

El determinar así este tipo de daños particulares resulta muy relevante si se considera que es vinculante para los jueces, tanto en su apreciación como determinación, ya sea en procesos civiles o penales, siempre que se trate de las indemnizaciones de daños personales producidos por este tipo de accidentes. Sin embargo, si el baremo quiere ser utilizado en casos que exceden del ámbito de los accidentes producidos por circulación de vehículos a motor, la función es simplemente orientadora, pero en caso alguno vinculante.

No existe en España la costumbre de publicar tablas con las indemnizaciones concedidas por los tribunales en los casos concretos, a pesar de que sí se utilizan tablas en el uso interno de los mismos jueces. Por esta misma razón el uso de baremos y tablas que otorgan criterios estándar a la determinación de la indemnización es un tema que se encuentra constantemente en la contingencia española.

²⁹ MARTIN CASALS, Miguel, “Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales, Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas”, Segundo Congreso Nacional de Responsabilidad Civil. 2010. En: <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>

1.4.5. Francia

El principio de reparación integral ha permitido a la jurisprudencia francesa dejar en claro la indemnización de perjuicios por daño moral en ambas sedes civiles, ya sea contractual y extracontractual, a diferencia de nuestros sentenciadores, en este país se distinguen y detallan las categorías indemnizables, distinguiendo como las principales el *pretium doloris*, perjuicio estético, perjuicio de agrado y perjuicio de afecto.

Éste es uno de los países donde encontramos mayor desarrollo en torno a las complejidades que vienen aparejadas al concepto de daño moral, destacándose por la capacidad de innovar constantemente en los comentarios y conclusiones jurisprudenciales.

Como punto de partida, podemos señalar que los jueces tienen una gran discrecionalidad para determinar el monto de la indemnización. Sin embargo, en este país la doctrina se ha encargado de crear tablas con baremos no legales, que contemplan aspectos tales como edad, discapacidad, sexo, entre otros, tablas que son consideradas por los tribunales, aunque no los vinculan.

También podemos constatar que en Francia el fenómeno de la fragmentación del daño moral⁷² se ha desarrollado ampliamente, dividiéndose doctrinalmente el daño moral en diversos tipos de daños más específicos.

Una de estas distinciones atiende al tipo de lesión, acogiendo dos categorías: Lesiones temporales que no causan secuelas al ofendido y lesiones permanentes. De esta división obtenemos los conceptos de *préjudice de souffrance* o precio del dolor y *préjudice d'agrément*, o perjuicio de agrado.

- a. Lesiones temporales o precio del dolor.

En el caso de las lesiones temporales, debemos hablar del concepto de *préjudice de souffrance*, el que se asimila a lo que entendemos por el precio del dolor, que es, literalmente, lo que se sufre por estar en una situación de dolor.

Ahora bien, tal como mencionábamos anteriormente, para poder obtener una estimación del valor de los perjuicios producidos por el daño, se utilizan por los jueces diversos recursos legales y técnicos.

Primero, se comienza con una evaluación médica, donde se valora la intensidad y duración del dolor de acuerdo a una escala específica. Sin perjuicio de lo anterior, la apreciación del precio del dolor corresponde al juez, y es éste quien deberá juzgar cuál es aquél. Lo que queda a la evaluación de los expertos es sólo la entidad del dolor.

b. Lesiones permanentes o perjuicio de agrado

En estos casos, el factor considerado primordial es el perjuicio fisiológico o funcional, que ocurre cuando se reducen permanentemente las funciones físicas o psíquicas de la víctima.

Esto es lo que conocemos como el *préjudice d'agrément*, o perjuicio de agrado, que sería la pérdida de los goces ordinarios de la vida, cualquiera sea su naturaleza y origen, es decir, el conjunto de sentimientos, molestias y frustraciones resentidas en todos los aspectos de la existencia cotidiana en razón de la lesión y sus secuelas.

Para determinar cuál es la valoración de los perjuicios en este caso, se produce un proceso un tanto diverso al que mencionábamos anteriormente para las lesiones temporales.

La primera parte es similar y consiste en una valoración médica (baremo médico). Esta etapa se caracteriza por la intervención de peritos médicos que valoran y describen las

lesiones sufridas por la víctima. Si la lesión es fácilmente identificable y cuantificable, puede ser que el perito proponga una cantidad indemnizatoria. En cambio, si la incapacidad carece de importancia en los ingresos de la víctima, por cualquier motivo, ya sea que no tenga ingresos o que sea dificultoso evaluar con precisión, se recurre a un método de valoración en abstracto.

Para poder cuantificar su valor, se utilizan escalas, y dentro de éstas la más utilizada y conocida es el baremo Rousseau. Este instrumento consiste en un documento en el que se enumeran las distintas secuelas, y se propone para cada una de ellas un porcentaje de valoración de la incapacidad³⁰. Aun cuando el baremo es tan solo indicativo, goza de gran autoridad entre el sector médico-forense y ha obtenido el reconocimiento tanto del Ministerio de Justicia como del Tribunal de Casación.

La segunda fase se refiere a la efectiva valoración monetaria de los efectos del hecho dañoso, lo que le corresponde por entero al juez. Para completar esta etapa, en Francia se utilizan dos métodos, uno de ellos es el de la Valoración Matemática y el segundo, el *Calcul au point*.

El método de la valoración matemática consiste en multiplicar la tasa de incapacidad, resultante de la valoración del perito médico, por la renta anual que recibe la víctima. Claramente éste es un método de valoración insuficiente, ya que sólo considera variables económicas, y además no soluciona el problema de la víctima sin trabajo remunerado.

El segundo método, llamado *Calcul au point*, multiplica la tasa de incapacidad por un valor llamado “punto de incapacidad”. El valor monetario del punto se obtiene por

³⁰ MARTIN CASALS, Miguel, “Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales, Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas”, Segundo Congreso Nacional de Responsabilidad Civil. 2010. En. <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>

referencia a las indemnizaciones concedidas en casos parecidos, y se halla en función creciente del porcentaje de la lesión y en función decreciente de la edad de la víctima.

Otras consideraciones para evaluar pecuniariamente estos perjuicios resultan necesarias cuando las consecuencias para la víctima no son susceptibles de evaluación médica. En estos casos, los expertos peritos deben limitarse a describir este tipo de perjuicio, y buscar todas las consecuencias que el accidente podría haber generado en la vida personal y profesional de la víctima.

Finalmente es el juez el que decidirá la valoración del perjuicio de agrado, y la evaluación del perito es sólo indicativa y la jurisprudencia francesa avala este rol del experto.

Un ejemplo de lo anteriormente expuesto es la jurisprudencia la Cour d'Appel de Lyon del año 1975 que estableció lo siguiente: “Es a los jueces que corresponde a la vista de los elementos que les son otorgados buscar si un tal perjuicio de agrado existe”.³¹

Además de estos dos conceptos, el *préjudice d'agrément* y el concepto de *préjudice de souffrance*, se consideran en la doctrina y jurisprudencia francesa otros tales como la *incapacite permanente*, el *préjudice esthetique*, y el *prejudice sexual*, entre otros. El perjuicio estético se refiere a aquellos perjuicios que van a resultar de los dolores físicos, de los sufrimientos psíquicos, las diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado.

³¹ Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne. 2010. En: http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf

El perjuicio sexual, a su vez, se relaciona con la merma en la capacidad de la víctima para tener una vida sexual que tendría cualquier persona media en su situación de no haber mediado el daño.

1.4.6. Common Law

En el caso de la responsabilidad civil, el derecho común y el derecho romano-germánico, es donde encuentran mayores coincidencias, ya que ambos sistemas comparten principios y características en cuanto a la evaluación del daño moral.

El primer principio es la reparación integral de los daños y perjuicios “fairness” que se da cabal cumplimiento en los perjuicios de pain and suffering que comprende los daños por sufrimiento o dolor físicos y psíquicos, pasados o futuros, como consecuencia del hecho dañino e incluso el daño sufrido por un tercero como consecuencia de ser testigo del daño sufrido por otra persona encontrando límite en la exigencia de una razonable previsibilidad del sufrimiento. También se daría cumplimiento a este principio en el caso de los perjuicios loss of amenities of life o pérdida de placeres vitales o de agrado que antes formaban parte de la vida de la víctima.

Estas teorías han sido duramente criticadas por carecer de objetividad e incluso por desconocerse el verdadero rol que cumplirían las condenas a este título, ya que se sostiene que no cumple una función reparadora, viéndose reflejado este problema en lo variable de los veredictos en la materia en comento, sin permitir a las partes realizar un cálculo previo de la suma de dinero que se obtendrá en juicio. Se ha intentado solucionar este problema fijando topes o límites a las condenas, siendo criticada esta práctica por inconstitucional.

Analistas económicos del derecho han intentado crear un sistema de cálculo de la indemnización, denominado *per diem*³² reduciendo el daño experimentado por la víctima a unidades de tiempo y luego traducirlo a dinero.

Otra solución sería la creación de un banco de información que contenga las condenas de los tribunales estableciéndose un catálogo de principios por los que se rigen los sentenciadores.

Finalmente algunos recomiendan una distinción entre los perjuicios con entidad importante y aquellos estimados como leves o incluso nulos.

En definitiva el common law sigue siendo un sistema con arbitrariedad e inseguridad jurídica, entregando a los sentenciadores plena libertad para fijar los montos, pero que actualmente se encuentra en el desarrollo de herramientas, similares a las comentadas en el apartado referido al sistema español³³, para llegar a entregar mayor grado de certeza.

³² DOMINGUEZ, Carmen. El Daño Moral Tomo II. Op. Cit., p 672.

³³ Véase punto 1.4.4. página 29 de la presente tesis.

CAPITULO II: Criterios destacados en jurisprudencia.

2.1. Sana Crítica.

2.2. Criterios utilizados.

Una vez analizadas las principales doctrinas nacionales definiendo los lineamientos generales presentes en el país y pasando por una revisión del derecho comparado, se logró esclarecer lo que debemos entender por daño moral.

En el presente capítulo y como objetivo principal de esta investigación, se intentaran identificar fallos que importen para la materia en estudio, es decir, aquellos que aborden la indemnización por daño moral en materia de responsabilidad extracontractual, para lograr determinar de manera precisa la labor ejercida por los jueces a la hora de otorgar o no la indemnización de perjuicios por daño moral.

Sin antes aclarar la manera en que los sentenciadores de nuestro país deben ajustar sus fallos, que si bien, en un acápite anterior se mencionó de manera somera no se profundizo en qué consistía ni de sus debilidades o fortalezas, estamos hablando de la sana crítica en la fundamentación de las sentencias.

Por otra parte se ha decidido enfatizar en la jurisprudencia de la Corte Suprema, por ser el máximo tribunal de justicia del país, si bien en nuestro ordenamiento jurídico sus fallos no son vinculantes para los tribunales inferiores de justicia, el criterio observado en sus fallos nos sirven para entender las directrices generales presentes en la materia en estudio, ya que en virtud de sus facultades es quien da la última palabra en cuanto a la revisión de fallos de los tribunales inferiores del territorio jurisdiccional.

Finalmente se intentaran identificar y categorizar los criterios utilizados por el tribunal en comento, desatacando aquellos más utilizados.

2.1. Sana Crítica.

La prueba legal o tasada ha sido la regla general para los sentenciadores en su labor para la solución de conflictos, ya sea a la hora de valorar la prueba como de fundamentar sus fallos. Esta técnica legislativa puede resultar en una mayor y mejor certeza jurídica, ya que los intervinientes en un proceso conocen de manera clara los lineamientos a los que debe regirse el juez, sin dar lugar a interpretaciones disidentes y poco claras.

En contraste con lo anterior y con el avanzar del tiempo los ordenamientos jurídicos apuntan a entregar más atribuciones al juez a la hora de determinar el valor de las pruebas y a la hora de fundamentar sus fallos, significando a su vez, una mayor responsabilidad y confianza entregada por los legisladores. Conocida esta nueva técnica de tasación como sana crítica.

Hugo Alsina dice que *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”*³⁴

Couture define las reglas de la sana crítica como *“las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*³⁵

Siendo la sana crítica un punto intermedio entre la tasación legal y la libre convicción sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configurándose en una actividad intelectual del juez frente a la prueba. El juez no debe

³⁴ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires. Ediar S. A. Editores. 1956. p. 127.

³⁵ COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1979. p. 195.

alejarse de los medios exhibidos ni producidos en autos, ya que en ese caso estaría prefiriendo la libre convicción, fallando en su labor de resolver conflictos.

Hay que mencionar, además los elementos que componen esta sana crítica, destacando:

- i) la lógica con sus principios de identidad, una cosa solo puede ser igual a sí misma; de contradicción, una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí; de razón suficiente, las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia; del tercero excluido, si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes.
- ii) las máximas de experiencia o “reglas de la vida”, a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre.
- iii) los conocimientos científicamente afianzados según exigen los preceptos legales.
- iv) la obligación de fundamentar la sentencia, rasgo que distingue a este sistema de la libre o íntima convicción. Es sobre este punto en el que debemos poner énfasis, ya que es el de mayor relevancia para nuestra investigación.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española fundar, en su quinta acepción, significa “*Apoyar con motivo y razones eficaces o con discursos una cosa*”.

Couture al definir “Fundamentos de la sentencia” dice: “*Conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial*”³⁶.

³⁶ COUTURE, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Montevideo. Ediciones Depalma. 1960. p. 311.

El artículo 170 n°4 y 5 del Código de Procedimiento Civil y n° 5 a 10 del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, nos da un fundamento legal en cuanto a la fundamentación de los fallos, pero también debemos entender este requisito esencial de las sentencias como un imperativo constitucional, desprendiendo la intención del constituyente de elevar esta exigencia de los artículos 19 n°3 inciso 5° sobre garantías de un racional y justo procedimiento y del artículo 73 de la Constitución Política de la República relativo a la prohibición de revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones.

Esta fundamentación de los fallos es totalmente necesaria para evitar arbitrariedades en nuestro ordenamiento jurídico, entendida, de acuerdo a la Real Academia Española como *“Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”*.

Finalmente encontramos la lapidaria y gráfica opinión de Gonzalo Calvo *“...la apreciación de la prueba en conciencia (...) se ha transformado desgraciadamente, en su aplicación real en gran parte de los casos, en una mera expresión gramatical, que en el hecho suple el análisis que debe realizarse cuando se establece la existencia de los hechos, produciéndose así un retroceso en lugar de un progreso, si se tiene presente la garantía a que tienen derecho los justiciables de ser juzgados conociendo la fundamentación del fallo manifestada en los motivos que lo determinan en uno u otro sentido”*³⁷

Hecha esta salvedad podemos ver el descontento por parte del autor en el desempeño de los jueces ya que en la práctica muchas veces se alejan de la tan mencionada y exigida fundamentación, limitándose a expresar, escuetamente, que han apreciado la prueba en conciencia, lo que es inaceptable, pues no existe ninguna disposición que los

³⁷ CALVO CASTRO, Gonzalo. Nuevas Orientaciones de la Prueba. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1981. p. 142-144.

exima de la fundamentación, sobre todo, si se tienen en cuenta las expresas normas que al permitir fallar según la sana crítica les exige inmediatamente a los jueces la obligación de expresar las razones de sus fallos dictados conformes a dicho sistema de valoración.

Las consecuencias de esta práctica socavan el sistema judicial mismo desde que, entre otros aspectos, no prestigia a los jueces, estos se ven más expuestos a la crítica interesada y fácil de la parte perdedora y, además, muchas veces produce la indefensión de las partes pues estas no sabrán cómo fundamentar sus recursos ante instancias superiores al no conocer los razonamientos del sentenciador.

2.2. Criterios

En el siguiente punto se analizarán y agruparán los distintos criterios utilizados por los sentenciadores en sus argumentaciones judiciales relativas a la determinación de la indemnización por daño moral. Pudiendo observar cómo nuestra jurisprudencia justifica el otorgamiento, o deniega, la entrega de cierto monto de dinero a un daño moral en particular.

La dificultad que tienen los jueces en la adjudicación de una indemnización por daño moral en un caso concreto, se encuentra en que este daño no es cuantificable en una suma de dinero, debido a su carácter extra patrimonial, como ya se mencionó en el capítulo anterior.

Es por esta característica intrínseca y común a todos los bienes que no tienen un mercado asignado, uniendo esta dificultad a la necesidad de indemnizar en dinero, es que nos encontramos frente a una disyuntiva jurídica que lleva mucho tiempo en tela de juicio, consistente en la imposibilidad estructural de relacionar un daño incuantificable con una suma de dinero.

Dicho lo anterior, este obstáculo es conocido por la jurisprudencia, y muchas veces lo han expresado en el carácter “subjetivo” del daño moral, para posteriormente señalar uno o más argumentos para proporcionar cierto monto, su reducción o aumento.

“la jurisprudencia superior admite la subjetividad en el tema e incluso reconoce que estos fallos no pueden ser objeto de casación, ya que el juez tiene plena libertad fundándose en apreciaciones de hecho que el juez estime conveniente”³⁸

³⁸ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Op. Cit., p 313.

Avanzando en nuestro razonamiento, de la gran cantidad de premisas agrupadas, se pudo distinguir ciertos lineamientos relativamente claros, lo cual permitió clasificar esta masa de enunciados en 6 grupos de criterios:

1. Daño.
2. Particularidades de las partes.
3. Propuestas.
4. Hechos.
5. Actividad jurisdiccional.
6. Conducta del agente.

Cada uno de los criterios enunciados será estudiado de manera individual, gracias al análisis de los fallos que los esbozaron. Por ejemplo, el criterio “Daño” abarca a todas las proposiciones que se refieren al generado en la víctima, como la gravedad de las lesiones o la intensidad del dolor; el criterio “Conducta del agente” contiene a todos los argumentos que justifican el monto en la negligencia o dolo del sujeto activo.

Sin embargo, una misma sentencia puede contener en sus considerandos, o incluso en su parte resolutive, argumentos referentes a más de un criterio. De hecho, muchos fallos utilizaron enunciados referidos al “Daño” que sufrió la víctima, a los “Hechos” de la causa y a las “Particularidades” de las partes.

Así también, nos encontramos con variada jurisprudencia que sólo utilizó enunciados referidos a la “Actividad jurisdiccional” en sus fundamentaciones, resultando de esta manera que un mismo fallo puede contener más de un criterio, o incluso de manera copulativa todos los criterios expuestos.

2.2.1. Daño.

Principio fundamental del derecho privado es que para que una conducta dolosa o culposa genere responsabilidad civil, debe producir un daño en otra persona, ya que si este no existe, el derecho civil se desentiende del asunto³⁹ por más dolo o culpa que haya existido. Sin embargo, el daño no se agota en su calidad de condición, sino que es también objeto de la responsabilidad civil, ya que es precisamente la reparación de ese daño la pretensión principal en un juicio de indemnización.

El daño ha sido tradicionalmente definido por la doctrina nacional⁴⁰ como cualquier detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. En el presente apartado, nos referiremos sólo al daño corporal, siendo aquel relacionado con la privación, detrimento, menoscabo o molestia de la vida humana, integridad física o psíquica de la persona.

En esta sección de la investigación, se reúne bajo la denominación general de “Daño”, a todos los fallos que contienen argumentos referidos, de una forma más o menos directa, al daño corporal objeto de la pretensión. Todas ellas están dirigidas al detrimento mismo de la integridad física o psíquica sufrida, su privación o menoscabo, pudiendo identificar justificaciones que van desde la gravedad y ubicación de las lesiones hasta las secuelas y posibilidades de trabajo de la víctima.

Momentos del daño corporal: *pretium doloris* y perjuicio de agrado.

La gravedad de la lesión atiende al clásico *pretium doloris*, mientras que la posibilidad de trabajo dice relación más bien con la pérdida de las oportunidades de la vida o perjuicio de agrado. Esta distinción ha sido señalada por la doctrina, por lo tanto, en el

³⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago de Chile. Ediar Editores Ltda. 1983. p. 209.

⁴⁰ Barros, Alessandri, Domínguez.

estudio referente a los fallos que utilizan estos criterios, se sub clasificaran para un mejor entendimiento.

Sin embargo, esta segmentación no es tan clara en la práctica como pareciera en ámbito conceptual o doctrinal. Los términos y expresiones utilizados en algunos fallos podrían encajar en ambos grupos indistintamente, dependiendo del contexto en el que son usados. Además, en alguna jurisprudencia se utilizan ambos sub criterios conjuntamente, y en otras sólo uno, excluyendo al otro.

a) *pretium doloris*

Al momento de considerar la indemnización por un daño sufrido por la víctima en relación al *pretium doloris*, la jurisprudencia nos entrega distintos fundamentos a la hora de fallar, expresándolos de la siguiente manera:

- Ubicación de las lesiones.
- Gravedad de las lesiones.
- Dolor o padecimiento sufrido.
- Extensión del daño.
- Riesgo vital⁴¹.
- Grado de incapacidad⁴².

El enunciado utilizado con más frecuencia por los tribunales de justicia es la “gravedad de las lesiones”, seguido por el “dolor o padecimientos sufridos”; y finalmente la “extensión del daño”. Respecto a este último, contextualizando la palabra “extensión”, ella fue usada en relación con la intensidad del daño en sí mismo, y como la afectación sufrida por familiares o ámbitos laborales y sociales.

⁴¹ Rol 4149-2009, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

⁴² Rol 450-2006, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

Los demás enunciados utilizados por la jurisprudencia, son aplicados en mucha menor medida, por tratarse de casos totalmente específicos, como cuando se está en presencia del riesgo vital de la víctima, el grado de incapacidad o la ubicación de las lesiones.

b) Pérdida de las oportunidades de la vida

- Secuelas⁴³.
- Periodo de recuperación.
- Pérdida de calidad de vida.
- Pérdida de capacidad laboral.
- Evolución de las secuelas.
- Posibilidades de trabajo de la víctima.
- Tiempo transcurrido en dictar sentencia.

El argumento esgrimido con mayor frecuencia en este caso fue el de periodo de recuperación, seguido por las secuelas sufridas por la víctima, pérdida de la capacidad laboral para finalmente llegar a la pérdida de calidad de vida.

Los criterios menos utilizados por nuestra jurisprudencia a la hora de indemnizar un daño moral considerado como pérdida de las oportunidades de la vida es el tiempo transcurrido en dictar sentencia y la evolución de las secuelas.

A la hora de otorgar una indemnización, el sub criterio más observado por los sentenciadores fue el pretium doloris, ya sea de manera conjunta con el perjuicio de agrado o de manera individual, siendo la aplicación de este último de manera excepcional.

2.2.2. Circunstancias particulares de las partes.

⁴³ Rol 31492-2016, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

Sobre este punto se reúne la jurisprudencia que en la tarea de otorgar una indemnización de perjuicios, considera variables relacionadas con cualidades o aptitudes propias de las partes, es decir, con las circunstancias personales del actor y la víctima.

Los argumentos señalados, al considerar el contexto particular de las personas involucradas, presentan la dificultad de generar problemas y distorsiones en el elemento de previsibilidad de la responsabilidad civil, debido a que dichas circunstancias no pueden ser razonablemente anticipadas por un buen padre de familia, estándar de cuidado ampliamente utilizado en esta rama del derecho.

El siguiente ejemplo sirve para ilustrarnos de mejor manera, un conductor promedio no puede anticipar que dentro del automóvil con el cual colisiona va una mujer embarazada en el asiento trasero, un menor o una persona sin seguro o especialmente sensible y vulnerable.

Asumiendo lo imprevisible de estas circunstancias, y los costos asociados a ello, la dificultad apunta a determinar quién debe asumirlos. Es decir, si tales acontecimientos deben considerarse o no para fijar el actuar del responsable o para modificar la cantidad a indemnizar para quien ve afectados sus intereses.

Teniendo presente la posibilidad de prever, aunque por regla general, será la imprevisión en estos casos, debemos remitirnos a la responsabilidad contractual, específicamente relacionada con el artículo 1558 inciso primero del Código Civil el cual estipula lo siguiente: *“Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.”*

En contraste con lo indicado precedentemente, en materia extracontractual no existe un vínculo previo entre las partes, desechándose completamente la idea de la previsibilidad, resultando en una ponderación objetiva de las consecuencias mediatas de un hecho dañoso, apoyándose en criterios menos restrictivos que los indicados por el legislador para el caso en comento. Así por ejemplo, encontramos la teoría de la causa adecuada, el ámbito de riesgos creados y proximidad razonable, sin necesidad de que un criterio excluya al otro.⁴⁴

Resultado de la previsibilidad como criterio de imputación objetiva, Barros nos señala que la intensidad del daño provocada por circunstancias particulares de la víctima es un azar que debe soportar el responsable, excluyendo solo causales extraordinarias o fortuitas. Siendo la imprevisibilidad una condición necesaria, mas no suficiente, para considerar un aumento o disminución del daño como indirecto.

Razón por la cual los jueces al momento de realizar una ponderación de imputación objetiva de daños incrementados o disminuidos por aptitudes especiales de las partes, deciden aumentar o rebajar el monto. Indiscutiblemente esta decisión de los tribunales de justicia significa que se privilegiaría una indemnización congruente con la situación real, frente a la seguridad jurídica de las partes.

Así, dos personas que han provocado con su actuar daños similares, pueden quedar obligados a indemnizar montos completamente distintos.

Clasificación de particularidades.

Del conjunto de enunciados que se refieren a las particularidades de las partes como una variable para determinar una indemnización de perjuicios, se deducen ciertas

⁴⁴ Barros. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Op. Cit. p. 405.

diferencias que permiten sub clasificarlos, según la materia a que dichas particularidades atienden.

a) Laborales: Dicen relación con aspectos de la vida profesional de los actores.

- Poca calificación laboral de la víctima.
- Actividad laboral del actor o partes⁴⁵.

Resulta importante destacar que tanto la poca calificación laboral de la víctima como la actividad laboral del actor fueron ponderadas con la finalidad de incrementar la indemnización, ante las limitadas posibilidades de trabajo y de remuneración de la víctima.

Para ser más específicos, nos referiremos a un fallo ⁴⁶ particular en que los sentenciadores consideraron este criterio, haciendo referencia a la capacidad laboral del fallecido para determinar el monto a entregar a las víctimas por rebote; en el resto de los casos se trató sólo de lesiones y se refirieron, por tanto, a las capacidades laborales de la víctima directa y acreedora de la indemnización.

b) Sociales: Dicen relación con el contexto intersubjetivo de los sujetos, en específico de la víctima.

- Baja red de apoyo.
- Manejo con el mundo exterior.

Junto con las particularidades laborales, son dos de los criterios menos utilizados a la hora de considerar una indemnización de perjuicios por daño moral.

⁴⁵ Rol 1393-2007, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

⁴⁶ Rol 4871-2007, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

c) Económicas: Todas las fórmulas aquí reunidas dicen relación con aspectos financieros o patrimoniales de las partes.

- Situación socioeconómica de la persona obligada a reparar.
- Situación socioeconómica de la víctima.
- Rechazo de otras indemnizaciones por los mismos jueces (daño emergente o lucro cesante) para aumentar monto.
- Recepción de otras indemnizaciones de distinta o igual naturaleza para negar indemnización por daño moral.
- Posibilidad de adquirir seguros para los trabajadores⁴⁷.
- Gratuidad de la actividad realizada o carácter de carga pública.

La situación económica de las partes, tanto del demandado como del demandante, es la particularidad económica más frecuente. Siendo el resto de sub criterios, de menor relevancia a la hora de fallar.

d) Personales: Estas expresiones se refieren a aspectos más bien individuales de las partes, como su género, rango etario o ámbito familiar.

- Sexo.
- Edad de la víctima.
- Condiciones personales de la víctima.
- Circunstancias domésticas.
- Calidad de las personas.
- Vínculo entre víctima por rebote y la víctima directa⁴⁸.

⁴⁷ Rol 4318-2006, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

⁴⁸ Rol 18982-2017, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

El rango etario de la víctima la frase más repetida en los distintos fallos que aludieron a particularidades personales de las partes.

Debe aclararse que la inclusión del vínculo entre víctima directa y víctima por rebote se incluyó en este sub criterio en atención a que el número e intensidad de lazos que posea una potencial víctima de muerte se relaciona directamente con los aspectos más personales de un individuo. Además, resulta relevante el dato de que esta consideración no se expresó en todos los casos de muerte, sino que en sólo algunos⁴⁹, y a propósito de la cercanía necesaria para otorgar o negar⁵⁰ la indemnización.

El elemento personal de las partes el más considerado de todas las particularidades a la hora de fijar el monto de indemnización.

La situación económica de las partes fue la más mencionada, seguida las particularidades referidas al vínculo entre la víctima por rebote y la directa y la calidad de las partes. Las demás particularidades tienen una frecuencia más bien menor en los fallos estudiados.

2.2.3. Propuestas como criterios.

Este conjunto está compuesto por un variado grupo de argumentos otorgados por nuestros tribunales a la hora de decidir sobre la reparación del daño moral, todos ellos con miras a direccionar las distorsiones que se presentan en el caso concreto. La característica común de estos enunciados es la manifiesta necesidad de tomar medidas tendientes a limitar la incertidumbre, expresando reglas o principios para guiar el juicio indemnizatorio.

⁴⁹ Rol 18982-2017, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

⁵⁰ Rol 1346-2008, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

Descomposición del criterio “Propuestas”.

Los enunciados encontrados en los diferentes fallos analizados y que contienen en su formulación soluciones o caminos a seguir en torno a la problemática de la cuantificación del daño moral son los siguientes:

- Creación de tablas o baremos referidos a los montos otorgados en los distintos tipos de daños por la jurisprudencia.⁵¹
- Evitar indemnizaciones en globo⁵².
- Globalidad del monto, ante la imposibilidad de fraccionar la indemnización.
- Tener presente los montos otorgados comparativamente⁵³.
- Procurar una evaluación separada y fundamentada de cada una de las partidas de la indemnización.
- Publicaciones periódicas de indemnizaciones judiciales.⁵⁴
- Evitar la indemnización con carácter punitivo, ya que debe ser resarcitoria.
- Evitar enriquecimiento sin causa o indemnización cómo lucro.
- Elementos estadísticos sobre los montos otorgados.
- Grado de desarrollo de país.

Con respecto a los sub criterios comentados, debemos aclarar que son bastante disímiles e incluso contradictorios entre sí. Por ejemplo, la regla que llama a la globalidad del monto se contradice con las que enuncian una evaluación separada y se opone abiertamente a la de evitar la globalidad de la indemnización. Así mismo las materias a las que apuntan son diferentes; considerar el grado de desarrollo del país

⁵¹ Similar técnica a la empleada por países como España e Inglaterra, descritos en análisis al derecho comparado de la página 29, capítulo anterior de la presente tesis.

⁵² Rol 1317-2011, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

⁵³ Rol 99-2011, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

⁵⁴ *Ibídem*.

atiende a una perspectiva más bien macroeconómica, y atender a elementos estadísticos implica una concepción más interna del escenario.

Sin embargo, la mayoría de ellos tienen una frecuencia unitaria, salvo “evitar el enriquecimiento sin causa”, el “grado de desarrollo del país” y “evitar la indemnización con carácter punitivo”.

Respecto al enunciado más frecuente, en todos los fallos donde se menciona “Evitar el enriquecimiento sin causa”, se hace como justificación a una reducción o a una negativa de aumento, dando a entender que el monto indemnizatorio no puede hacer más rica a la víctima, sino que el dinero sólo debe apuntar a reparar el daño o dejarlo en una situación similar a la que gozaba antes del infortunio sufrido.

Prosiguiendo nuestro análisis y como ya se refirió, el enunciado más mencionado fue “Evitar el enriquecimiento sin causa”, pero no se desplegó en ninguno de los fallos que debe entenderse por esta institución ni cómo debe operar a la hora de determinar el quantum.

2.2.4. Hechos de la causa.

Se consideran en este caso a todos los fallos que utilizan como criterio fundante de la indemnización a los hechos mismos de la causa. Dicho de otro modo, los jueces otorgan la reparación en un caso concreto, basándose en el mismo caso, sin señalar a qué hecho se refieren en específico. Así podría atribuirse importancia a las lesiones, a la conducta del responsable, al nivel educacional de la víctima o a cualquier antecedente de hecho que conste en el procedimiento.

Evidente es la falta de rigor de la argumentación jurídica en estos casos, ya que justifican una decisión judicial en la vaguedad de “los autos”, sin especificar qué

antecedente es más o menos importante que otro al momento de tomar la decisión sobre la indemnización.

Descomposición del criterio “Hechos”.

De los 6 grupos de criterios propuestos en esta investigación, éste es el que presenta la menor dispersión en cuanto a enunciados se refiere, pues sólo dos proposiciones son las encontradas en los distintos fallos para hacer referencia a los hechos de la causa.

- Mérito de los antecedentes o del proceso⁵⁵.
- Circunstancias del hecho.

2.2.5. Actividad jurisdiccional.

El siguiente grupo reúne a todos los enunciados que recurren a la actividad intelectual realizada por los jueces para justificar la parte resolutive del juicio de indemnización de perjuicios por daño moral.

Como lo expresa la Constitución Política de la República en su artículo 76 inciso 2º, y el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 10 inciso 2º se refieren al principio de inexcusabilidad que deben respetar los jueces a la hora de fallar, entendiendo este, como aquel que le impide al tribunal de justicia no fallar un asunto llevado a su conocimiento excusándose en la inexistencia de ley que resuelva el asunto, y al no existir en nuestro ordenamiento una norma expresa que resuelva la problemática de la determinación del quantum indemnizatorio, el asunto queda de lleno entregado a la equidad del juez.

Los jueces han interpretado que esta jurisdicción de equidad, en lo que al quantum indemnizatorio del daño moral respecta, implica que dicho juicio de determinación se

⁵⁵ Rol 10649-2015, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl

encuentra enteramente entregado a la prudencia de los jueces de fondo, ya que el análisis y fijación de cierta cantidad de dinero a un daño en particular es una cuestión de hecho, y por tanto, irrevisable vía casación en el fondo.

Sin embargo, no es uniforme en la jurisprudencia la comprensión de las consecuencias de la conclusión anterior. Mientras algunos fallos entienden que de la falta de norma expresa entran a jugar otras consideraciones alusivas al “Daño”, a las “Particularidades” de las partes, “Propuestas” doctrinarias, a los “Hechos” de la causa o a la “Conducta” del agente; otro considerable grupo estima que ante la ausencia de una directriz legal, el sistema valorativo a aplicar es la apreciación en conciencia, la prudencia o buen criterio de los jueces, sin más consideraciones que su propia consideración, pudiendo encontrar expresiones tan disímiles como la mera constatación de la inexistencia de normas hasta la entrega del asunto al mero arbitrio del juzgador.

Tal como se ha mencionado a propósito de otros criterios, los enunciados aquí reunidos están constituidos casi en su totalidad por conceptos tan amplios e imprecisos que el razonamiento judicial se vuelve tautológico, el juez otorga este monto y no aquél porque el juez así lo está expresando; y la irreflexibilidad de dichas argumentaciones es inaceptable como fundamento de la resolución del juicio de indemnización por daño moral.

- Adecuación.
- Arbitrio del juzgador.
- Apreciación en conciencia.
- Congruencia entre monto y magnitud del daño.
- Cuestión de fondo o hecho privativa de los jueces de fondo.
- Discrecionalidad.
- Equitativo y/o razonable.
- Estimación de condignidad.
- Estimaciones de justicia.

- Jurispreciación.
- Parámetros lógicos y atendibles.
- Pertinencia⁵⁶.
- Ponderación de los jueces.
- Prudencia y/o equidad⁵⁷.
- Inexistencia de reglas generales al respecto.

El enunciado “Prudencia y/o equidad” es el más utilizado, sigue “Cuestión de fondo o de hecho privativa de los jueces de fondo”, y luego “Discrecionalidad” y “Estimaciones de justicia”, resultando las demás variantes en una aplicación muy reducida por parte de los sentenciadores.

En ningún fallo analizado se explica qué se entiende por estos conceptos, y tampoco nos queda claro cómo los utilizan en la determinación. En la mayor parte de los casos, luego de determinar la procedencia del daño moral, se señala que en atención a alguno de estos argumentos se otorga cierto monto, sin entrar a desarrollar una justificación más acabada.

Destacan entre todos los enunciados algunos como el “Arbitrio del juzgador”, “Apreciación en conciencia” o “Discrecionalidad”, pues implican una valoración de prueba libre o de íntima convicción. Por lo que señalar que la determinación del quantum indemnizatorio tratándose del daño moral queda entregado al arbitrio, apreciación, discreción o buen criterio del juez implica necesariamente que el monto es fijado intuitivamente.

⁵⁶ Rol 27931-2017, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

⁵⁷ Rol 6471-2006, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

Pudiendo relacionar estas deficiencias surgidas en el presente criterio, con el tema tratado al principio de este capítulo referente a la sana crítica como sistema de justificación de las sentencias.⁵⁸

2.2.6. Conducta generadora del daño.

En esta sección se reúnen todos los argumentos jurídicos esgrimidos en los tribunales de justicia con un contenido de reproche a la conducta del agente del daño, es decir, del demandado en juicio.

Lo notable de los fallos aquí reunidos es que en todos ellos se juzga manifiestamente la conducta del agente del daño en un procedimiento civil, como lo es el de indemnización de perjuicios. Por el sólo hecho de considerar como variable relevante la reprochabilidad del hecho u omisión, estos jueces exceden el ámbito de sus atribuciones y oblicuamente imponen, más que una indemnización, una pena⁵⁹ pecuniaria al demandado.

Este criterio moralizador adoptado por los jueces tiene estrecha relación con la naturaleza de la sentencia que otorga una indemnización de perjuicios, estudiada en el capítulo anterior.⁶⁰

Si bien, podríamos entender este criterio como insuficiente para justificar una indemnización de perjuicios por daño moral, debemos señalar que en ninguno de ellos se asigna sólo a la conducta generadora del daño la justificación del quantum, sino que siempre esta variable de reproche va acompañada de otros criterios antes mencionados como el daño, particularidades de las partes, hechos de la causa, entre otros criterios.

Descomposición del criterio “Conducta”.

⁵⁸ Véase punto 2.2 de este capítulo referente a la sana crítica página 38 de la presente tesis.

⁵⁹ Véase la sentencia como pena privada, pagina 12 primer capítulo de la presente tesis.

⁶⁰ *Ibidem.*, p 12.

Las expresiones presentes en los distintos fallos que aluden a la conducta del agente como un criterio relevante, y que constituyen este grupo son los siguientes:

- Reiteración de la conducta que genera el daño.
- Gravedad de hecho que la genera⁶¹.
- Gravedad de la conducta.
- Entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño.
- Estatalidad del lugar del accidente (posición de garante)⁶².
- Disposición del ofensor a reparar el daño causado.

Las expresiones más relevantes son las de “gravedad de la conducta” o “gravedad del hecho que la genera”.

Como sucedió en todos los fallos que constituyen la investigación, en los que se mencionó a la “Conducta” del agente del daño como una variable relevante para la determinación del monto indemnizatorio, se omitió el desarrollo de argumentos que explicaran o describieran al menos la influencia de esta variable en relación con las demás, como así también el sentido de las expresiones concretas en cada caso.

Respecto a la expresión “Estatalidad del lugar del accidente”, que en principio podría parecer fuera de lugar, debe indicarse que en contexto de la causa, se refiere al carácter público del recinto donde ocurrió el accidente, lo que se consideró como una agravante en la determinación del monto, pero sin realizar un análisis al menos somero sobre la implicancia en el monto de la indemnización del carácter privado o público del recinto. Respecto al enunciado “Disposición del ofensor a reparar el daño”, fue el único utilizado para disminuir el monto, pero tampoco se extendieron los jueces acerca de su atribución concreta en la disminución.

⁶¹ Rol 87790-2016, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

⁶² Rol 15206-2015, Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

Conclusión.

Finalizada nuestra investigación nos encontramos con una dificultad del todo esperada, ya que confirmamos nuestra hipótesis de encontrarnos en un ordenamiento jurídico sin mención específica al daño moral, aunque superando esta dificultad con la ayuda de los más destacados estudiosos del tema en nuestro país e interpretando de manera amplísima el artículo 2329 del Código Civil logramos acercarnos a un concepto más claro.

Gracias al estudio del derecho comparado notamos la dificultad presente en distintos países en cuanto a la indemnización del daño moral, siendo la primera la ausencia de un concepto o artículo específico referido al daño moral al igual que en nuestro país, por otra parte, destacamos las estrategias utilizadas por éstos para llegar a una conforme aplicación del derecho. El país que más llamo la atención fue España, ya que utiliza distintas técnicas, bastante innovadores por lo demás, en su labor por disminuir la tan criticada subjetividad en las indemnizaciones, tales como el uso de baremos estadísticos y el trabajo conjunto con profesionales expertos en daños extra patrimoniales.

Avanzando en el análisis de la investigación realizada se puede evidenciar la evolución presente en el derecho en el sistema valorativo de la prueba y de la fundamentación de las sentencias, ya que el legislador entrega mayor libertad a los jueces buscando una mejor aplicación del derecho a los casos concretos en virtud de los antecedentes que manejan los jueces en cada causa.

Se concluye que esta evolución es del todo positiva a la hora de buscar solución a los conflictos presentados a los jueces, ya que, gracias a la flexibilidad de la prueba y fundamentación de las sentencias, las partes encuentran respuestas solidas a sus pretensiones, y a la vez, se nos facilita la tarea que motivo el presente trabajo para identificar los criterios que justifican la indemnización del daño moral.

Podemos decir que nuestra investigación tuvo éxito, puesto que a través de nuestro análisis, se logró identificar de manera efectiva los criterios utilizados por nuestros tribunales de justicia a la hora de fallar, encontrándonos con criterios que consideran las situaciones fácticas de cada caso, por el contrario encontramos criterios que consideran las situaciones personales de las partes, entre otros, como aquel criterio que considera netamente la equidad y ponderación del juez a la hora de fallar, denominado “Actividad jurisdiccional” destacando el fundamento lógico y jurídico del sentenciador en este caso específico.

Si bien nuestra tesis sirve para orientarnos de la manera en que los jueces ponderan las distintas situaciones y antecedentes a la hora de fallar una indemnización por daño moral, no es suficiente ya que estos mismos criterios son determinados por los jueces, pudiendo guiarse por cualquiera e incluso considerar nuevos criterios para fallar, volviendo a caer en la subjetividad.

Una posible solución a la mencionada situación sería regular los criterios a través de un auto acordado por parte de la Corte Suprema exigiendo que los tribunales de nuestro país, además de obviamente fundamentar sus fallos de acuerdo a las reglas de la sana crítica, deban ajustar las indemnizaciones a alguno de estos criterios. Se propone un auto acordado y no una modificación al código a través de la dictación de una nueva ley para no alterar el sistema de la sana crítica y transformarlo en un sistema legal o tazado por las razones dadas anteriormente referentes a la evolución que ha tenido la aplicación del derecho en los distintos ordenamientos jurídicos. Del mismo modo se podría seguir el ejemplo de España e Inglaterra en la creación de baremos estadísticos con la ayuda de profesionales expertos en la materia de daño extra patrimonial.

Finalmente cabe destacar que la tarea realizada por nuestros sentenciadores tiene muchas dificultades aparejadas al amplio rango de intereses que se pueden ver afectadas las partes, pero que en definitiva, esta labor no es del todo subjetiva ni mucho

menos antojadiza como se pensó en un principio, ya que con la identificación de estos criterios notamos el cumplimiento por parte de nuestros tribunales de justicia de la fundamentación en sus decisiones y esperamos una constante evolución en nuestro ordenamiento jurídico con miras a mejorar este y otros aspectos tan importantes relativo a las indemnizaciones.

Bibliografía.

Artículos.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. Del daño moral al daño extra patrimonial: La superación del Pretium Doloris. Revista chilena de derecho n°35, p 85-106. 2008. En: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004>

DA SILVA, Antônio Cassemiro, A fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais. JusNavigandi. Teresina 5, n. 44. 2000. En: <http://jus.com.br/revista/texto/670>

FEMENIAS SALAS, Jorge. Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil. Revista de Derecho Privado N° 17, p 31-46. 2011. En: <https://es.scribd.com/document/177401894/notas-sobre-el-dano-moral>

GONZALES CASTILLO, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N 1, pp. 93 – 107. 2006. En: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>

HINESTROSA FORERO, Fernando. Derecho romano, tradición romanista y América Latina. Revista de Derecho Privado n°25, p 3-7. 2013. En: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662013000200001&lng=en&nrm=iso

NELSON, Michael. Constitutional Limits in punitive damages, How much is too much? Maine Bar Journal, Winter 2008. En: http://jbggh.com/Pages/MAN_Article_Winter_2008.pdf

PEDRIEL, María Raquel. Fundamentación de la Reparación del Daño Moral en la Jurisprudencia Argentina, con particular referencia a los Tribunales Superiores de la Provincia de Buenos Aires. Revista Jurídica. 2004. En: http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/381/1/Fundamentaci%C3%B3n_de_la_reparaci%C3%B3n.pdf

Libros.

ABELKIUK MANASEVICH, René. Las obligaciones. Tercera Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1993.

ACUÑA ANZORENA, Arturo. La reparación del agravio moral en el Código Civil. Buenos Aires. Abeledo-Perrot Editores. 1963.

ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires. Ediar S. A. Editores. 1956.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil chileno. Santiago de Chile. Imprenta Universitaria. 1943.

BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003.

COURT, DE LA FUENTE, ELORRIAGA, LOPEZ, MARTINEZ Y ROSSO. Derecho de Daños. Santiago de Chile. LexisNexis Chile. 2002.

COUTURE, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1979.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen. El Daño Moral Tomo I y II. Santiago de Chile Editorial Jurídica de Chile. 2000.

DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil. Cuarta Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1995.

GONZALES VERGARA, Paulina y CARDENAS VILLAREARL, Hugo. Sobre la prueba de la existencia del daño moral. En: Jornadas Chilenas de Derecho Civil: Estudios de derecho civil II: Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones. Santiago de Chile. Lexis Nexis. 2007.

MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil: de las fuentes de las obligaciones. Novena Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1992.

RUZ LARTIGA, Gonzalo. Explicaciones de derecho civil. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. 2012.

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. Manual de Derecho Civil: parte preliminar y general. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Conosur. 1996.

Tesis.

DIAZ CORTES, Oscar. Daño Moral y el Incumplimiento Contractual. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Copiapó: Universidad de Atacama: Facultad de Ciencias Jurídicas, 2013.

MORA URQUETA, Carlo. Responsabilidad Civil. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Copiapó: Universidad de Atacama: Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004.

