

HACIA UNA UNIFORMIDAD Y
TRANSPARENCIA DE LA FIJACIÓN DEL QUANTUM
INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL¹

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

Profesora de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más relevantes de las hondas transformaciones experimentadas por la responsabilidad civil es ciertamente aquel que ha acontecido con las revisiones introducidas al daño indemnizable que, de estar centrado en la mayor parte de las codificaciones decimonónicas sólo en las consecuencias económicas del hecho ilícito, ha sido ampliado para incorporar también a las extrapatrimoniales y no sólo cuando ellas emanan de tal ilícito sino también cuando han sido producidas como consecuencia del incumplimiento contractual.

No ha sido ésta, por cierto, una evolución exenta de debates. Antes bien, la plena aceptación en todos los ámbitos de la responsabilidad civil del daño moral, o extrapatrimonial como preferimos llamarle, ha sido fruto de un extenso y extendido enfrentamiento entre quienes, de diversos modos y con distintos argumentos, se mostraban contrarios a su reparación y los que, por el contrario, han defendido su resarcimiento. Como resultado, no

¹ Este artículo recoge parte de la investigación efectuada con ocasión de nuestro Proyecto Fondecyt N° 1040351-2004.

obstante, la mayor parte de los sistemas jurídicos reconoce, entre unos de los principios orientadores de la responsabilidad civil, el principio de indemnización de esta especie de perjuicio.

Así sucede, por cierto, con el Derecho chileno que, desde un rechazo a su indemnización, pasó muy tempranamente a su aceptación en el ámbito extracontractual aunque, curiosamente, prácticamente sin mayor debate. En efecto, el giro en la comprensión al respecto se produjo sólo a partir de una reinterpretación del texto legal. Más tarde ha sido la extensión de tal lectura en sede contractual, aunque, atendido el estado actual de nuestra doctrina especializada y jurisprudencia, hoy puede afirmarse que ella también se ha efectuado². Con todo, aquí, a diferencia de la evolución en sede aquiliana, los fundamentos han comprendido mucho más que la reinterpretación del artículo 1556 CC, piedra de tope por muchos años. A los argumentos de texto, se ha sumado abundante argumentación sistemática, de historia fidedigna y, en especial, de pura justicia material y lógica jurídica.

Con todo, llegados a este punto, las cuestiones que plantea la reparación del daño extrapatrimonial no deben entenderse del todo resueltas. En tal sentido, si bien se ha avanzado hacia la afirmación de su plena reparación, subsisten, como le hemos denominado, algunos problemas pendientes de los que nuestro sistema debe hacerse cargo. Entre ellos, resalta el de los principios que han de gobernar su reparación pecuniaria respecto de los cuales, bien podría sostenerse, que más que hablar de la existencia debe aludirse a la ausencia de los mismos. En efecto, la verdadera "lotería judicial" que se da con ocasión de la fijación del monto de la indemnización en sede

² Para más detalle, vid. nuestros artículos, C. DOMÍNGUEZ HIDALGO, "La reparación del daño moral derivado de contrato en el Derecho Civil chileno: realidad y límites", en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, vol. III, Temas de Contratos, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006, pp. 227 y ss. y "El daño moral en Chile. Contornos y problemas", en *Revista Anales Derecho UC*, vol. 1, agosto 2006, pp. 307 y ss.

civil conduce a un cierto escepticismo en cualquier intento por una sistematización o tratamiento dogmático del mismo. No obstante, la abundante experiencia comparada en este punto nos muestra cómo puede avanzarse en la materia si, al menos, existe conciencia arraigada en los operadores del Derecho que la utilidad misma de esta partida resarcitoria está sujeta al grado de certeza que su régimen resarcitorio alcance.

Desde ese prisma, este trabajo se propone analizar, en primer término, cuáles son las variables que en Chile caracterizan la evaluación del perjuicio extrapatrimonial, resaltando aquellas que son comunes a todos los sistemas de aquellas que le otorgan cierta particularidad. En segundo término, persigue mostrar cómo ciertas reconducciones pueden contribuir a despejar el misterio que la condena a este título importa en el presente.

II. UN PANORAMA GENERAL DE LA EVALUACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CHILE

La respuesta jurídica ante el daño extrapatrimonial se traduce en Chile en una reparación pecuniaria atendida la comprensión general de la responsabilidad que tiende a identificarla con ella. Se trata, ciertamente, de una asimilación incorrecta, pues olvida que lo que la responsabilidad civil impone es un deber de reparación que se cumple, en primer lugar, por la reparación específica o *in natura* y, sólo ante la inexistencia de mecanismos resarcitorios que así lo permitan, procede la reparación por equivalente, esto es la acción indemnizatoria. Debe recordarse que lo que fundamentalmente persigue la responsabilidad civil es retrotraer a la víctima a la situación en que se encontraba antes de la perpetración del daño lo que no sólo se obtiene en todos los casos sólo por la imposición del deber de pagar una suma de dinero. Por lo mismo es que, una primera rectificación importante en la materia pasaría por establecer normas que hicieran explícita esa dualidad de mecanismos resarcitorios, al menos concediendo a la víctima la posibilidad de un ejercicio opcional cuando la reparación *in natura* se hace factible, por ejemplo, cuando se trata de atentados al honor, intimidación o propia imagen

mediante la difusión de la sentencia condenatoria³. De ahí que, justamente, en los sistemas más desarrollados en la materia, se conceda una acción a la víctima para que obtenga la difusión de la sentencia y la condena del demandado a publicar a su costa la totalidad de la sentencia, o al menos un resumen del fallo. De hecho, no se trata de una posibilidad exactamente novedosa en la materia en Chile si se tiene presente que el artículo 42 de la Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo así lo contempla, cuando se trata de sentencia condenatoria recaída en proceso por alguno de los delitos sancionados en la misma.

Con todo, mientras la lectura clásica antes referida se mantenga en nuestro país, la tarea resarcitoria se traduce, en el caso del daño en estudio, en la fijación de una suma, puramente compensatoria de dinero.

2.1. El principio que gobierna la evaluación del daño extrapatrimonial

Esa tarea se gobierna, entre nosotros, por un solo gran principio rector: la evaluación está entregada a la libre apreciación prudencial del juzgador. Ese principio ha sido construido por la jurisprudencia y refrendado por la doctrina⁴; de hecho las sentencias que así le reconocen casi equivalen al número de las que son dictadas acogiendo esa parida⁵. La doctrina jurisprudencial contenida en ellas lo afirma en términos categóricos tales

³ La difusión de la sentencia debe traducirse en la obligación de que sea insertada gratuitamente por el ofensor si es el medio o a costa del mismo si es un tercero (que insultó en un medio), pues sino se transforma en un derecho impracticable en un país como el nuestro. Obliga además a precisar dónde ha de ser publicada: en el mismo medio y con el mismo grado de audiencia.

⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 228; FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 375.

⁵ Entre las sentencias más recientes, vid. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de mayo de 2004, GJ N° 273, p. 229; Corte de Apelaciones de Antofagasta 13 de diciembre de 2002, GJ N° 270, p. 183; Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de agosto de 2002, GJ N° 266, p. 211; Corte Suprema, 13 de noviembre de 2002, GJ N° 269, p. 39.

como que “la apreciación pecuniaria de la indemnización consiguiente al daño moral, se debe considerar por entero entregada a la apreciación discrecional del juez”⁶.

Desde luego, no se trata ésta de una solución original, sino la misma admitida en todos los sistemas en materia de perjuicio no patrimonial ante la evidencia que es la única aceptable ante un daño de imposible traducción dineraria exacta. De hecho, fue la única respuesta técnica admisible frente a la objeción inicialmente esgrimida en contra de su reparación que se centraba, precisamente, en esa imposibilidad. Además, ha sido ésta la solución aceptada cada vez que se está ante perjuicios incluso materiales que plantean similar dificultad como, señaladamente acontece con el lucro cesante en las personas.

2.1.1. Matices al principio de apreciación prudencial

Ese principio, casi universal, encuentra en Chile dos importantes matices.

2.1.1.2. Apreciación prudencial sólo del perjuicio

El primero deriva del acento estrictamente resarcitorio que le ha de iluminar y que, en principio, obliga a fijar el monto únicamente en función del daño efectivamente sufrido. En efecto, no admitiéndose abiertamente entre nosotros ni el uso punitivo ni el simbólico de la condena pecuniaria, el principio de reparación integral que, en la magistral fórmula francesa puede sintetizarse en “todo el daño y nada más que el daño”, el monto fijado debe guardar estricta dependencia con la pérdida concreta que se quiere reparar. Todo ello, con el acento propio del daño extrapatrimonial, donde

⁶ Corte Suprema, 4 mayo de 1948; RDJ, tomo 45, sección 1, p. 527; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 10 de octubre de 2002, GJ N° 268, p. 115; Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2002, GJ N° 268, p. 92; Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de septiembre de 2003, Rol N° 873-03.

criterio este último, que incluso cuenta con cierto apoyo doctrinal⁹ y que son parámetros que apuntan a la imposición de una sanción al responsable por el comportamiento subjetivo.

El ordenamiento jurídico impone además una importante excepción a los parámetros puramente resarcitorios, en el ámbito contractual, desde allí que la extensión del deber de indemnizar está legalmente conectada a la gravedad de la conducta desplegada por el responsable, según resulta del artículo 1558 CC. Éste es un aspecto vital a considerar cuando el daño extrapatrimonial, admitido en esa sede hoy en Chile, se trata, pues implica que el principio de reparación integral es allí sólo admitido cuando el incumplimiento es doloso y, por lo mismo, es parcialmente aceptado.

2.1.1.3. *Apreciación prudencial está entregada sólo a los tribunales de fondo*

Un segundo matiz proviene de las facultades de revisión del monto que nuestro máximo tribunal se ha otorgado, en los hechos y por distintas vías, a lo largo del tiempo lo que importa una diferencia crucial con los sistemas codificados más desarrollados en materia de responsabilidad civil.

En efecto, en todos ellos, una importante consecuencia de dejar entregada la fijación del monto de la indemnización a la prudencia judicial se traduce en que, por lo mismo, esa tarea sólo incumbe a los tribunales de instancia y no puede el tribunal de casación entrar a su revisión. Así lo acoge el Derecho francés¹⁰ o español. Tan severa es esta comprensión del principio

⁹ RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 341; LECAROS SÁNCHEZ, "La determinación del "quantum" en la indemnización del daño moral", en *Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, ConoSur, Santiago, 1996, p. 458.

¹⁰ Por todas así lo establece Cass.civ.2c.20 de diciembre 1996, D.1967, o.669, con nota Le Roy y lo resalta la doctrina especializada, VINEY, *Les obligations. La responsabilité: offre*, en el *Traité de Droit Civil de Ghestin*, vol. V, Paris, 1988, N° 62, pp. 89 y ss.

no cabe aspirar a la equivalencia exacta sino tan sólo a la compensación. De ello se deduce de inmediato la dificultad que el propio alcance de la reparación impone a su traducción dineraria. En efecto, la complejidad supone que, a diferencia de lo que acontece con el daño material, el equivalente no se fija por el juez, sino que él fija una suma que le permita a la víctima procurarse las compensaciones, y con ello equivalente, que ella juzgue suficiente.

Este acento resarcitorio no tiene un puro valor programático, en el nivel de las aspiraciones deseadas en cuanto a la responsabilidad civil, sino que de él deberían extraerse serias consecuencias. Entre ellas resalta, en primer término, la exclusión de ciertas prácticas que caracterizan, no obstante, nuestra realidad judicial como, en particular, acontece con la imposición de condenas por daño moral abultadas cuando no se han logrado acreditar perjuicios materiales importantes. Por otra parte, debiera concluir a la exclusión de todo uso punitivo de la condena a este título, consecuencia que se enfrenta, por un lado, a la realidad que se extrae nuevamente del estudio de nuestras sentencias, como, por otro, de lo que nuestro ordenamiento jurídico dispone. De la realidad, pues, de numerosas decisiones se obtiene que la suma fijada ha sido el resultado de considerar aspectos que ninguna relación guardan con el daño efectivamente sufrido. Así sucede cuando se han tenido en cuenta "la gravedad de la culpa"⁷ o un criterio más frecuente "las facultades económicas del ofensor o de la víctima"⁸,

⁷ Corte Suprema, 26 de agosto de 1941; RDJ, tomo 39, sección 1, p. 203, Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de octubre de 1991, RDJ, tomo 88, sección 4, p. 159; Corte Suprema, 26 de agosto de 1941; RDJ, tomo 39, sección 1, p. 203.

⁸ Este criterio viene afirmándose desde antiguo en ciertas sentencias como la de Corte Suprema, 30 de junio de 1915, RDJ, tomo 13, sección 1ª, p. 110, pero se mantiene en algunas más recientes 2º Juzgado civil de Rancagua, 24 de julio de 2003, Rol N° 1.888-01, "Lazo con Aguilera"; Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991, RDJ, tomo 88, sección 4, p. 141; 2º Juzgado civil de Arica, 18 de julio de 2003, "Valenzuela con Financiera Conosur", Rol N° 1.218-01.

que, en varios debates, los tribunales supremos de esos países se han opuesto a ciertas reformas o tendencias judiciales por efecto de la misma. Así, en el debate habido en torno a la imposición de baremos de daño corporal obligatorios a los jueces, el Tribunal Supremo español justamente se ha opuesto a tal medida por entender que ello supondría el cercenamiento de las facultades concedidas de modo privativo a los tribunales de fondo. Lo mismo, en la imposición de condenas simbólicas, entendiéndose que la facultad concedida a esos tribunales y privativa de ellos es sólo de reparar.

En Chile, formalmente, esa es también la comprensión seguida por nuestros tribunales. Así, se ha resuelto en múltiples ocasiones que *“la estimación de la indemnización ha de hacerse prudentialmente por los jueces de fondo”*¹¹. No obstante, en los hechos, nuestro máximo tribunal ha revisado y revisa esos montos, normalmente con una tendencia hacia su disminución. Durante mucho tiempo lo fue por vía de la resolución de la queja interpuesta contra la sentencia dictada en segunda instancia. En el presente, se efectúa, entre otros, bien mediante la facultad de casar de oficio, bien mediante el recurso de casación en la forma por infracción a las reglas reguladoras de la prueba. De ello resulta que, en nuestro sistema, la evaluación se hace, en muchos casos, en tres instancias, pese a tratarse de una típica cuestión de hecho.

Debe resaltarse que esta realidad podría prestar una importante utilidad en la uniformidad del monto indemnizatorio que, como desarrollaremos más adelante, es uno de los objetivos a desarrollar en la materia. El supremo podría emplear esa facultad que se ha concedido en fijar criterios claros de evaluación y en ordenación de los montos. No obstante, ese resultado dista de haberse producido ante la ausencia de parámetros nítidos en sus sentencias.

¹¹ Corte Suprema, 29 de enero de 2002, GJN° 259, p. 17; Corte Suprema, 4 de junio de 2002, GJN° 272, p. 117; Corte Suprema, 12 de agosto de 1981; RDJ, tomo 78, sección 4, p. 121; Corte Suprema, 18 de abril de 1950; RDJ, tomo 47, sección 1, p. 127.

2.2. Consecuencias a que ha conducido una indebida comprensión de la prudencia judicial

Ahora bien, como venimos de resaltar, la tarea evaluadora no puede sino ser confiada a la labor prudencial de los tribunales. No obstante, esa facultad, en materia de daño moral, ha conducido a prácticas y principios que sólo completan con todo esfuerzo de justicia y certeza.

2.2.1. Prácticas erradas surgidas de la prudencia judicial

En tal sentido, varias decisiones o comprensiones de nuestros intérpretes emanan de la idea de que la apreciación prudencial es una facultad concedida al tribunal para fijar el monto que decida, con absoluta libertad pero entendida ésta más bien como con cierta arbitrariedad.

Es lo que sucede, en primer lugar, con el empleo abusivo de ciertas prácticas o construcción de ciertos principios.

Sucede así con ciertas prácticas como, en primer término, con la recurrente falta de fundamentación de las decisiones pronunciadas en la materia y que resulta de dos graves defectos. Uno, de la gran cantidad de fallos donde se recurre a las indemnizaciones en globo, esto es a la fijación de una sola suma reparadora sin desglose o detalle de las partidas que ella envuelve. Se concede, recurrentemente, indemnización “por daño moral” sin indicarse cuáles son, en concreto, las consecuencias extrapatrimoniales que, bajo ese concepto, se quieren reparar. La falta de fundamento se traduce también en la nula referencia que, en muchas sentencias existe, a cuáles han sido los criterios que el tribunal ha considerado para fijar en la suma en que condena al responsable. Sólo se indica un monto, refiriendo las más de las veces que éste pretende cubrir “el dolor o padecimiento sufrido por la víctima”, pero sin que se precise, en parte alguna, qué aspectos tuvo en cuenta el tribunal para determinar que ese dolor o impacto debe cifrarse en tal o cuál cantidad.

Se tratan éstas de prácticas judiciales de la mayor trascendencia dado que ellas son las que permiten afirmar, con absoluta certeza, que en nuestro sistema el monro misterio a descifrar en cada caso, afirmación que sintetiza dos grandes consecuencias a que la ausencia de transparencia y uniformidad conducen. Uno, se traduce en la dificultad para que esta partida resarcitoria pueda ser asegurada por efecto de la imposibilidad que existe para la industria del seguro de calcular el riesgo. El segundo, se ha transformado en un incentivo a la litigación, esto es a la invocación del daño moral en toda demanda de responsabilidad civil cuando a ello se agrega el principio jurisprudencial al que aludiremos a continuación.

En tal sentido, a las prácticas recién referidas, debe añadirse, como efecto de una errada comprensión de la facultad prudencial de apreciación de los perjuicios, el principio acuñado por nuestros tribunales de que el daño moral no requiere de prueba. Como es sabido, la doctrina jurisprudencial ampliamente repetida es que *"el daño moral por el carácter espiritual que reviste no debe ser fundamentado ni probado, correspondiéndole al juez apreciarlo prudencialmente de acuerdo al mérito del proceso y a las reglas de equidad"*¹².

Resaltemos que, en nuestra opinión, esta es la doctrina que mayor incidencia tiene en las dificultades que nuestros tribunales tienen para poder evaluar adecuadamente el daño extrapatrimonial. En efecto, como es obvio, la afirmación reiterada de esta doctrina ha llevado, en los hechos a que los demandantes, más bien sus abogados, no rindan prueba alguna o rindan una muy general, normalmente una simple prueba testimonial en que los testigos se limitan a declarar que han visto sufrir a la víctima. El resultado es que nuestros tribunales, a la hora de evaluar, carecen de antecedentes que permitan ilustrarles cuál ha sido el impacto específico, las consecuencias concretas que, en el caso sub lite, se han dado. Ante esa ausencia de elementos con qué hacer la evaluación, lógico es que no quede más que hacer una apreciación subjetiva, carente de fundamento que, por lo mismo, en

¹² Por todas, vid. Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de junio de 1992, RDJ, t. 89.

muchos casos es arbitraria. Como puede observarse además la referencia al "mérito del proceso" en este punto que se contiene en la doctrina en análisis, nada representa si, en el proceso, no existe ningún antecedente adicional a las meras afirmaciones del demandante, por lo demás, normalmente contrarias por el demandado.

III. HACIA UNA CORRECTA APLICACIÓN DE LA PRUDENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

Precisados los extremos que caracterizan la evaluación judicial en nuestro sistema, con sus problemas y efectos, podemos preguntarnos si existen caminos que permitan resolverlos y corregir las deficiencias que el principio de reparación del daño en estudio presenta en este punto.

Al respecto, debe partir por resaltarse que la realidad antes descrita correspondía, en gran porción, a la existente en casi todos los sistemas, incluidos los más desarrollados en la materia. No obstante, en ellos, las críticas contra ella y, en especial, la afectación que en definitiva ella supone del objeto que tras esta partida resarcitoria se persigue —protección civil de los aspectos extrapatrimoniales de la persona— el esfuerzo desarrollado, en los últimos años, se ha concentrado, por un lado, en ordenar las líneas rectoras de la evaluación y, por otro, en desarrollar medios de auxilio a la tarea del intérprete.

Nos parece que esa misma tendencia debe ahora orientar el trabajo presente y futuro en esta materia. En efecto, como bien ha afirmado Pradel en Francia, mientras las observaciones se queden en el nivel de crítica a las dificultades que la evaluación del daño extrapatrimonial plantean, al final en ellas se esconde un rechazo al principio mismo de su reparación¹³. Por lo mismo, para que efectivamente importen un genuino interés por mejorar la teoría al respecto, debe traducirse en propuestas concretas. A ello apuntarán nuestras próximas reflexiones.

¹³ PRADEL, "Le préjudice dans le droit de la responsabilité", LGDJ, Paris, 2004, p. 117.

3.1. Líneas rectoras de la evaluación del daño moral

A tales efectos, la evaluación de este daño debe partir por orientarse por varias líneas.

1) En primer término, como toda la teoría del daño moral, debe hacerse cargo de la naturaleza especial del mismo. No basta con admitir su reparación *si, acto seguido, no se extraen las consecuencias que su carácter no patrimonial imponen. En otros términos, no se trata de adaptar el patrón empleado para los perjuicios patrimoniales a éstos, sino de deducir aquellos que su especial conformación determina. Así, de modo principal, la prueba de los mismos debe ser apreciada de modo más flexible.*

2) En segundo lugar, no puede aspirarse a la objetivación. Ella es, en este campo, una tarea imposible, porque se trata de una partida que por esencia es subjetiva. Como lo ha expresado del modo más lúcido Lambert Faivre, a diferencia de lo que acontece con el daño material que se conjuga con el verbo tener, el daño extrapatrimonial se conjuga con el verbo ser, en cuanto se conecta con cuerpo y alma¹⁴. Sólo esa consideración basta para llegar a la conclusión que, en todos los sistemas que se han dedicado al estudio del mismo, se ha admitido. No existen ni existirán jamás fórmulas matemáticas que permitan fijar un resultado exacto. Este daño siempre estará condicionado a las especiales circunstancias que se dan en cada caso.

3) Acto seguido, y en tercer término, lo anterior no significa que deba descartarse de entrada todo esfuerzo por perfeccionar su evaluación. Por el contrario, ello es un imperativo pero en el sentido de lo que sí es posible y puede aspirarse: por un lado, uniformidad en las decisiones, esto es, similares criterios y montos para el mismo caso y, por otro, transparencia en el razonamiento empleado por el juzgador para denegar o conceder tal partida.

¹⁴ LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, París, 1996, 3ª edición, pp. 197 y 198.

4) Por último, el principio de reparación integral —norte de toda reparación— puede tomarse sólo como un criterio orientador en este caso y, de ningún modo resulta aplicable de forma absoluta, simplemente porque hablar de reparación de “todo el daño” es, en este caso, un imposible. No debe olvidarse además que su fuerza específica en el tema pasa por la función que se asigne a la condena pecuniaria. Ciertamente es que —al menos formalmente— esa discusión se encuentra zanjada en nuestro Derecho y nunca ha sido discutida entre nosotros la función de la acción de responsabilidad civil. De hecho, nuestra doctrina y jurisprudencia repiten hasta el cansancio la tesis de que es estrictamente reparadora, aunque como ya hemos podido desarrollar, ello no sea finalmente exactamente cierto. Por un lado, pues el propio Código la emplea y la jurisprudencia suele asignarle una función punitiva en ciertos casos, como acontece claramente con las prácticas que antes referíamos respecto del perjuicio en estudio. Con todo, nunca con la entidad que alcanzan los denominados “daños punitivos” del Common Law.

Si es cierto además que exista una nítida opción resarcitoria, las dos otras funciones admitidas de la condena pecuniaria en materia de daño moral resultan inadmisibles: daños punitivos “*punitive damages*” o “condenas simbólicas” lo que conduce a excluir toda consideración punitiva: abandono de criterios de evaluación que la esconda y derogación o reinterpretación del artículo 1558 CC.

3.2. Auxilios posibles para el juez en su tarea evaluadora

El daño no patrimonial es de índole subjetiva y, por lo mismo, la tarea evaluadora presenta extremas dificultades. De ahí la resistencia inicial histórica a acoger esta partida resarcitoria y de ahí la dificultad que esta tarea plantea a los intérpretes, aun más difícil cuando se trata de perjuicios derivados de atentados a los derechos de la personalidad donde la procedencia de la indemnización es indiscutible. En otros términos, existiendo atentado o lesión a ellos, la existencia de perjuicio y, en consecuencia, la

precedencia de la indemnización resulta evidente, a diferencia de numerosos casos como, por ejemplo, con el daño moral derivado de despido injustificado. De ahí que, como en muchos sistemas, se establezca una presunción en tal sentido.

Deviene aún más compleja, en este caso pues, entendiéndose que todo atentado a un derecho a la persona es constitutivo de un perjuicio, el problema, acto seguido, consiste en evaluar, en cifrar económicamente el daño.

De aquí entonces, que el auxilio del legislador a la tarea evaluadora en la materia devenga fundamental. Para ello no se requieren grandes reformas, sino simples precisiones —que podrían hacerse en escasas normas— serían suficientes para ello, contribuyendo a mejorar, en general, la determinación del daño moral en Chile.

Los auxilios posibles son variados. Algunos pasan por rectificaciones en la orientación y comprensión judicial del daño moral y son, por lo mismo, factibles en corto plazo. Otros requieren del desarrollo de un conocimiento experto inexistente aún en Chile, pero al que igual puede aspirarse en el mediano plazo.

3.2.1. Auxilios de corto plazo

a) Rectificar el concepto, empleando la fórmula más correcta de daño no patrimonial y no de daño moral como antes se insistía

Una primera rectificación aconsejaría el abandono de la concepción clásica —mayoritariamente acuñada en nuestra doctrina y jurisprudencia— que asocia la noción de daño moral con el *pretium doloris* o precio del dolor, esto es, en definición más que recurrente de nuestros tribunales en “*el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito*”.

Ello dado que se trata de una concepción estrecha de este rubro resarcitorio que precisamente impide la comprensión plena de lo que se pretende indemnizar a tal título. Como se trata de una rectificación que no se ha producido de un modo general por nuestra jurisprudencia que sigue

en esa comprensión, debiera abogarse por esa reconducción en las sentencias o aún, abogarse por alguna aclaración legislativa que precise que la expresión daño moral comprenderá la indemnización de todas las secuelas no patrimoniales que haya originado el atentado.

En efecto, no debe olvidarse que, el daño moral, al igual que el material, corresponde, en su comprensión actual en los derechos más desarrollados, no “al perjuicio de la esfera inmaterial o invisible de los sentimientos y que, a diferencia del perjuicio material, no puede ser percibido por los sentidos” sino más bien a una categoría de perjuicios que precisamente tienen en común su carácter no patrimonial, esto es que importan un atentado a la persona en sus derechos o intereses no patrimoniales tales como su salud, su estética, esfera de intimidad, honor, libertad, sentimientos de afección, etc.

b) Fijar los criterios de evaluación en aquellos que permiten determinar la magnitud del daño

Asumido el que entre nosotros la indemnización cumple un rol estrictamente resarcitorio, deben adoptarse como criterios de evaluación aquellos que permiten precisar la única medida del monto indemnizatorio que es la extensión del daño. Ello implica descartar los criterios punitivos antes referidos, esto es facultades económicas del ofensor o víctima o gravedad de la conducta tenida por el responsable u otros como el “grado o intensidad del descuido en que hubiere incurrido el ejecutor del daño” que, indudablemente, constituye una consideración de la gravedad de la culpa en que el eventual responsable haya incurrido o “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia del mismo”, ambos propuestos en el Proyecto de protección del honor e intimidad en trámite, que ha sido tomado de la ley española y latamente cuestionado por la doctrina de aquel país por estos motivos. Como bien ha resaltado Yzquierdo Tolsada,⁴⁰ no es buena la inclusión como criterio del eventual beneficio obtenido por el causante de la lesión, que más bien parece una indeseable incursión de los daños punitivos en el terreno de la responsabilidad civil, o al menos, un cruce algo precipitado entre los postulados de ésta y los de la

doctrina del enriquecimiento injusto” (podría justificarse respecto del daño a la propia imagen, pero nunca en honor o intimidad; es un criterio propio de evaluación del daño material). Celebramos en tal sentido las decisiones que así lo han advertido al resolver que “la *cuantía de la indemnización se determine por la extensión del daño y no por la gravedad del delito*”¹⁵.

En otros términos, plena recepción del principio de reparación integral, esto es y siguiendo la fórmula francesa “todo el daño y nada más que el daño”. Si es puramente resarcitorio no pueden admitirse criterios punitivos porque sólo contribuyen a la incerteza y debilitamiento del sistema general de responsabilidad, es un incentivo perverso a la litigación con determinados fundamentos.

Por último, cierto es que esta tendencia se ha traducido en el Derecho comparado en la aprobación de normativa que establezca los parámetros sobre los cuales se han de regir los jueces. Así ha sucedido en Argentina¹⁶, México¹⁷, Perú¹⁸ y España, entre otros. En un país tan legalista como el nuestro, bueno sería tener esos criterios en la ley. Y en esa reforma parece inscribirse en Chile, la ley N° 19.964 de 2004, más conocida como el Plan Auge antes aludida, cuando en su artículo 41 establece expresamente los criterios que el juez debe tener en cuenta al fijar el daño moral: “gravedad del daño, modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo a su edad y condiciones físicas”. En la misma tendencia se inscribe el proyecto actualmente en trámite de protección de

¹⁵ Corte de Apelaciones de Chillán, 5 de octubre de 1970, RDJ, tomo 88, sección 2, p. 85.

¹⁶ En su artículo 522 se señala que “en los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

¹⁷ En su artículo 1916 se señala que “el monto de las indemnizaciones lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso”.

¹⁸ En su artículo 1984 se señala que “el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

honor e intimidad¹⁹, siguiendo a su modelo español, apunta en esa línea, al menos en cuanto a la precisión de los criterios.

Con todo, como se trata siempre de doctrina judicial es perfectamente posible su rectificación sin necesidad de reforma.

c) *Establecer el deber de fundamentar las sentencias*

Como ya lo hacen algunos textos legales extranjeros (C. Penal español) y es práctica asentada en el Derecho francés, debe imponerse al tribunal la obligación de fundamentar en las sentencias su evaluación precisando los criterios considerados, el modo en que ellos se ven recogidos en el monto, entre otros. Esta es una medida esencial de transparencia que tiene, junto con las anteriores, el objetivo vital de evitar la “verdadera lotería judicial” en la que la indemnización del daño moral se transforma y, en definitiva, que este rubro resarcitorio pueda efectivamente cumplir con su función. No olvidemos que esta ausencia de transparencia es precisamente fuente de la litigiosidad, dado que complota contra la transacción y los mecanismos de aseguramiento. Esta es la razón principal por la que el perjuicio moral no está aún, en general, cubierto por los seguros en Chile que ciertamente no pueden asumir un riesgo no cuantificable.

d) *El daño moral debe ser probado*

La última rectificación urgente que requiere nuestra teoría del daño moral es el principio, refrendado en infinidad de sentencias, de que esta especie de perjuicio no requiere de prueba. Toda la doctrina especializada reciente²⁰, no obstante, es contraria a esa comprensión e incluso ella ha

¹⁹ Proyecto de Ley de Protección del honor e intimidad de las personas, Boletín N° 2370-07, actualmente en trámite en el Senado.

²⁰ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Consideraciones en torno al daño...”, op. cit., pp. 155-156, DÍEZ SCHWERTER, *El daño extrac contractual...*, op. cit., pp. 141 y ss., CORRAL, *Lecciones de Responsabilidad...*, op. cit., p. 163 y, por cierto, es nuestra opinión, DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, op. cit., T. II, pp. 716 y ss.

recibido cierta recepción en las sentencias, aunque aún minoritaria²¹. Ésta es quizá la más urgente de las correcciones que nuestro sistema requiere porque ella ha determinado varios de los problemas que la partida presenta. De modo principal, ella ha generado la ausencia de elementos en el proceso que permitan efectuar la evaluación de un modo más fundado. Se trata de una doctrina, elaborada por nuestros tribunales, que les impide a ellos obtener los elementos de probanza que se requieren para que la evaluación deje de ser absolutamente personal, variable en cada juez.

No existe otro país, al menos en lo que hemos podido constatar, que establezca un principio así de entrada y ello es evidente pues, si el objeto de la responsabilidad civil es la reparación —de forma casi exclusiva en el presente— se comprenderá que es imprescindible que la existencia del daño deba ser acreditada. De lo contrario, como ha acontecido tristemente en nuestra práctica jurisprudencial, se corre el riesgo de reparar un perjuicio que nunca ha existido. Recordemos el fallo de nuestro máximo tribunal en que se ordenó indemnizar a una hija por el daño moral causado por la muerte de sus padres, unos vagabundos que hacía muchos años que no tenían contacto con ella; el fundamento fue la errada idea, repetida en varias sentencias posteriores, de que la sola condición de hija revela la existencia de un daño moral por la muerte de sus padres o a la inversa²².

Esto no significa que, partiendo del principio de que el daño moral requiere de prueba —como todo perjuicio, es más como en general con los requisitos de la acción resarcitoria— no pueda, a continuación, admitirse presunciones que, partiendo desde lo normal —que un hijo sufre por la muerte o lesión de su padre— de algún modo, alivien la carga probatoria para la víctima. Pero de ahí a afirmar que ese perjuicio se produzca siempre hay todo un paso.

²¹ Así, Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre 1992, comentada por DOMÍNGUEZ ÁGUILA, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, T. 193, 1993, pp. 159 y ss. Más reciente, Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de marzo 2006, antes citada.

²² Corte Suprema, 17 de enero 1985, RDJ, t. 82, sec. 4ª, p. 11.

Por otra parte, el razonamiento que ha estado y está detrás de la formulación del principio de que el daño moral no requiere de prueba aplica al daño por repercusión o rebote. No obstante, este perjuicio incluye y ha de incluir una serie de otras especies y es en el presente aplicable en sede contractual y en todos esos casos el razonamiento no encuentra justificación alguna: por ejemplo, cuando se trata de afectación de intereses extrapatrimoniales derivados del incumplimiento de un contrato, de la lesión a esos mismos intereses de una persona jurídica, como bien se ha resuelto en sentencia reciente²³ o cuando se trata de perjuicio de agrado, estético producido a la persona natural.

Por último, si bien es cierto no puede pedirse prueba exacta del monto del perjuicio porque ello sería equivalente a negarle la indemnización de si debe exigírsele que aporte los antecedentes a partir de los cuales puede extraerse ese *quantum*. Felizmente algunas decisiones recientes, de tribunales de instancia²⁴, parecen avanzar en línea correcta. Esperemos que esa comprensión llegue también a nuestro máximo tribunal.

3.2.3. Auxilios de mediano plazo

En línea de uniformidad, sería igualmente relevante llegar a la publicación, a lo menos anual, de las sentencias dictadas por los tribunales en materia de daño moral, ordenando en torno a hipótesis el análisis de los montos alcanzados. Esta publicación que sería enviada a los jueces, les

²³ Así, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 2004, antes citada, que decidió en torno a una demanda por daño moral interpuesta por una persona jurídica —una sociedad— se ha afirmado, en el considerando 5º, que "quien demanda el daño moral en una situación como la de autos, debe probarlo, prueba que deberá estar dirigida a establecer, según quien sea el sujeto activo, que a raíz del hecho ilícito se produjo un atentado o lesión a algún interés extrapatrimonial". Justamente, la ausencia de prueba en tal sentido, le conduce a rechazar la demanda.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 30 de mayo de 2001, Rol N° 25.892-2001. *La Semana Jurídica*, 13 al 19 de agosto de 2001. Matería Penal, Corte Suprema 9 de noviembre de 2004, Rol N° 228-03.

serviría de parámetro claro de las evaluaciones de sus pares, incidiendo en una mayor uniformidad. Su costo podría ser transferido a las compañías de seguro que son los primeros beneficiados con la uniformidad en esta materia, pues la lotería judicial que el daño moral supone en Chile es el primer desincentivo a su aseguramiento.

Por último, tratándose de daños extrapatrimoniales que provienen de atentados corporales, la elaboración de baremos, que es una herramienta cada vez más utilizada en el extranjero, debería ser estimulada. Ciertamente se necesitan médicos y abogados expertos en valoración del daño corporal que escasamente existen en Chile, sin embargo, algo podría avanzarse con la asesoría de expertos extranjeros.

Por último, una sentencia reciente²⁵ ha reconocido expresamente la necesidad de introducir estas herramientas para mejorar la tarea evaluadora al decir que *“para determinar el resarcimiento del daño y el quantum de la indemnización y dejando a un lado las discusiones dogmáticas respecto a que si la sanción civil del daño moral es una pena privada o es una reparación, simplemente debe recurrirse pragmáticamente, a todos los elementos que llevan a una indemnización que satisfaga a la víctima. Sentado lo anterior, fijar el quantum de la indemnización es una tarea de por sí ardua puesto que nos estamos adentrando en un campo netamente subjetivo en que tradicionalmente se ha dicho que el juez es soberano para determinarlo, sin quedar sujeto a parámetros objetivos que le vinculen. Lo primero que salta a la vista es la falta de criterios objetivos que pudieran servir de sustento a una indemnización equitativa y ecuatoria; en que esté ausente la arbitrariedad. Empero es de suyo complejo alcanzar la equivalencia entre la lesión a bienes morales de por sí de carácter infungible como la compensación dineraria que de por sí es esencialmente fungible... Sin embargo, ante esta imposibilidad natural, en el Derecho comparado se han ideado ciertas pautas que deben regir la reparación del daño*

²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 2005, Rol N° 90.715-2001.

*moral...*²⁶. Es de esperar que en el futuro este tipo de esfuerzos tiendan a imponerse en nuestros tribunales, aunque con nítida aplicación de las referidas pautas.

III. CONCLUSIONES

La evaluación del daño moral es ciertamente una tarea compleja por la subjetividad del mismo perjuicio. No obstante, ello no significa que no puedan elaborarse mecanismos o criterios que permitan ordenarla y transparentarla. Por el contrario, tal como ha sucedido en el Derecho extranjero, los esfuerzos presentes deben ir hacia el logro de esos objetivos.

En ese contexto se inscriben estas líneas, con la esperanza de que ellas estimulen una reflexión que parece indispensable si se quiere dar a esta partida resarcitoria plena utilidad en la tutela de la persona, norte final de la misma.

²⁶ En la sentencia se desarrollan, a continuación, las pautas elaboradas en el Derecho comparado aludiendo 1) al principio de reparación integral “Es así que aparece como una premisa la reparación integral del daño lo que lleva insito toda la problemática antes esbozada; 2) abandono de las condenas en globo “Evitar las indemnizaciones en globo y procurar una evaluación separada y fundamentada de cada una de las partidas de la indemnización”; 3) “creación de tablas o baremos para daños morales que permitan al juez un parámetro para fijar la indemnización”; 4) “Consideraciones de carácter micro y macroeconómicos, es decir, debe estar presente en todo el resarcimiento, el grado de desarrollo económico del país y la situación particular de la víctima y de la persona obligada a reparar; 5) “publicaciones periódicas de las indemnizaciones judiciales, con lo cual se consigue tener una información estadística que, en cierto modo, sirva para uniformar las decisiones semejantes”. La sentencia, entonces, contiene un esfuerzo claro por apuntar a nuevas herramientas en la evaluación; con todo, incorpora algunos elementos contradictorios, entre sí, como el aspirar al reconocimiento del principio de reparación integral y, por responsable que debe tenerse en cuenta el desarrollo económico del país y la situación del al daño como única medida. Por último, fija el *quantum* señalando que a él se ha llegado en el criterio judicial.