

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNO: IVAN HUNTER AMPUERO
PROFESOR: Sr. JUAN ANDRES VARAS BRAUN

VALDIVIA, ABRIL DE 2005



Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL IVÁN HUNTER AMPUERO

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el Profesor que suscribe viene en informar la Memoria de que da cuenta el epígrafe.

El título que encabeza el trabajo del Sr. Hunter está bien concebido: Engloba de modo satisfactorio el tema en que se inscribe el problema que pretende encarar y es suficientemente descriptivo y sintético. En efecto, él se pregunta esencialmente por el régimen al que debe encontrarse sometida la prueba en los procesos indemnizatorios, cuando se trata, específicamente, del daño extrapatrimonial -convencional aunque no muy precisamente denominado "moral" por la mayor parte de la doctrina y el foro. La pregunta tiene sentido frente a la grave dicotomía que observa la teoría y la práctica judicial: Donde la primera afirma, en general, el mantenimiento de las exigencias probatorias generales de todo daño, la segunda ha venido postulando, en Chile, una regla de excepción, sin sustento legal, que prácticamente exime de prueba al daño moral.

Con el propósito de explorar la resolución de su problema el tesista discurre por el siguiente camino. Luego de una sumaria introducción, destina un primer capítulo a realizar una síntesis acerca del concepto de daño moral en la doctrina, con el propósito de servir de necesario prólogo a la cuestión de su prueba, y de precisar, además, el objeto de la prueba en el proceso respectivo. Luego, explora -de entre las numerosas clasificaciones que de esa clase de daño ha propuesto la doctrina- aquellas que resultan relevantes para los efectos de su problema. Con esos dos capítulos queda cerrada, pues, la parte que provee al sustento fundacional del desarrollo argumental de la tesis, y con ello, queda el tesista en situación de enfrentarse directamente a su problema.

A continuación, el Sr. Hunter expone, en el Capítulo 4, el *status quaestionis* en materia de prueba del daño moral, dividiendo ese apartado esencialmente en dos acápite. El primero, dedicado a la exposición analítica de lo que el autor denomina la "doctrina del daño moral evidente", tanto en la dogmática (escasa), cuanto en la jurisprudencia (amplísima), realizando una sistematización muy adecuada del acervo (para utilizar una palabra del gusto del tesista) de sentencias. Luego, aborda la doctrina opuesta, que denomina descriptivamente como "de la necesidad de prueba del daño moral", haciendo una síntesis de los argumentos dogmáticos para sostenerla, y relatando su casi nula aceptación por parte de los jueces.

Finalmente, destina los capítulos 5, 6 y 7 a la actividad prescriptiva imprescindible en una auténtica tesis, realizando sucesivamente una crítica a la tesis de la evidencia del daño moral desde el punto de vista del sistema de responsabilidad aquiliana



Universidad Austral de Chile

Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

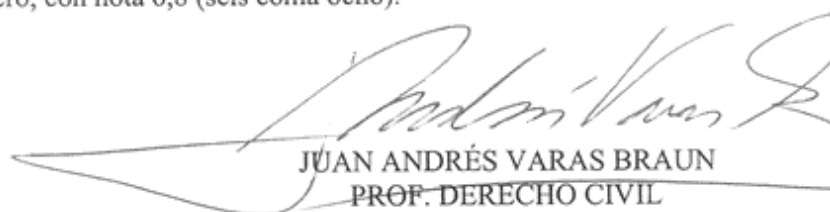
y del sistema probatorio; una distinción necesaria entre la prueba de la existencia del daño moral como cosa diversa de su ponderación o valoración; para concluir, sobre la base de la crítica y de la distinción antedichas, con la exposición de su tesis.

En cuanto al fondo, es preciso hacer notar que el tema abordado por el memorista es de una muy razonable amplitud, y se estructura al modo de una genuina tesis, formulando hipótesis frente a un problema relevante (tanto teórica como prácticamente), y que ha sido hasta aquí muy insuficientemente planteado entre los autores que se refieren al daño moral. La extensión del tratamiento de las diversas materias que aborda es la justa, y la profundidad con que se tocan la adecuada. Además, la tesis que se informa tiene el muy apreciable mérito de la síntesis y la brevedad, en franca simpatía con el modo anglosajón de plantear las ideas. El tesista se limita a realizar las introducciones estrictamente necesarias, y evita las largas referencias históricas son frecuentes en este tipo de trabajos. Si hubiera que indicar algo se eche en falta en la tesis en cuestiones de fondo, probablemente eso sería un ejercicio de situación político jurídica del problema, que apenas se insinúa en algunos puntos específicos del texto. En efecto, la cuestión de la prueba del daño moral tiene fuertes ramificaciones hacia el campo de las funciones de la responsabilidad aquiliana, particularmente en lo que dice relación con la prevención general y especial y con la función punitiva; hacia el tema de la distribución o asignación social del coste de los accidentes y la securitización; y finalmente, hacia la aplicación judicial de ciertos derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, como la integridad física y síquica –desde la perspectiva de la víctima- y la igualdad – desde la perspectiva del obligado al pago de indemnizaciones por daño moral.

En cualquier caso, y por otra parte, cabe indicar que el rigor con el que se ha emprendido el trabajo analítico es notable. Así, se ha utilizado la principal bibliografía nacional disponible, y se la ha complementado con alguna (necesariamente parcial) extranjera, por lo que la revisión bibliográfica puede considerarse como suficiente a los propósitos del trabajo. En cuanto a la forma, hay que hacer presente que el tesista tiene – las más de las veces- una redacción fluida, directa y clara, que facilita la adecuada comprensión de las tesis que sustenta. Al mismo tiempo, el vocabulario técnico -del cual no se realiza ningún abuso- se halla correctamente empleado..

En síntesis, y para concluir, se trata de una Memoria que aborda un problema jurídico interesante, de gran trascendencia teórica y práctica, inteligentemente planteada, acotada, bien desarrollada y argumentada.

En mérito de las consideraciones antes expuestas, el profesor que suscribe es partidario de calificar la Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado de don Iván Hunter Ampuero, con nota 6,8 (seis coma ocho).



JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN
PROF. DERECHO CIVIL

INDICE

1. Introducción	1
2. Concepto de daño moral	2
2.1. Enunciación del problema.....	2
2.2. Concepciones en torno al concepto de daño moral.....	2
2.2.1. Daño moral como <i>pretium doloris</i>	2
2.2.2. Daño moral como lesión a los derechos subjetivos extrapatrimoniales...	3
2.2.3. Daño moral como lesión a intereses extrapatrimoniales.....	5
3. Clasificaciones del daño moral	8
3.1. Enunciado.....	8
3.2. Daño moral puro, daño moral con consecuencias patrimoniales y daño moral derivado de daño material.....	8
3.3. Daño moral interno y daño moral externo o social.....	11
4. La prueba del daño moral	13
4.1. Enunciación del problema.....	13
4.2. La prueba en el proceso de daños.....	13
4.3. <i>Doctrina del daño moral evidente</i>	15
4.3.1. Enunciación y argumentos.....	15
4.3.1.1.El daño moral evidente y la prueba <i>in re ipsa</i>	16
4.3.1.2. El daño moral evidente y los hechos notorios.....	17
4.3.1.3.El daño moral evidente y los hechos que excluyen su existencia.....	17
4.3.2. Daño moral evidente y la jurisprudencia.....	18
4.3.3. Daño moral evidente en la jurisprudencia: Argumentos.....	20
4.3.3.1. Carácter subjetivo y espiritual del padecimiento del daño moral....	21
4.3.3.2. Carácter no patrimonial del daño moral.....	22
4.3.3.3. Atentado contra de los derechos subjetivos o atributos inherentes a la persona humana.....	23
4.3.3.4. Criterio de normalidad y los hechos notorios.....	24
4.3.3.5.Daño material que implica daño moral.....	25

4.4. <i>Doctrina de la necesidad de prueba del daño moral</i>	27
4.4.1. Enunciación.....	27
4.4.2. Argumentos para sostener la plena acreditación del daño moral.....	28
4.4.2.1. Daño moral como elemento de la responsabilidad civil.....	28
4.4.2.2. Carácter excepcional y restrictivo del daño moral.....	30
4.4.2.3. Normas adjetivas aplicables a la prueba del daño moral.....	33
4.4.2.4. El <i>onus probandi</i> y la carga probatoria dinámica.....	36
5. Críticas a la tesis del daño moral evidente	41
5.1. Atenta contra la finalidad básica de la indemnización de perjuicios.....	41
5.2. El daño moral evidente infringe las normas reguladoras de la prueba.....	43
5.3. El daño moral evidente y los hechos notorios.....	45
6. Valoración y prueba del daño moral	48
7. Nuestra postura sobre la prueba del daño moral	50
7.1. Enunciación.....	50
7.2. Aspecto subjetivo de la prueba del daño moral.....	50
7.3. Aspecto objetivo de la prueba del daño moral.....	51
7.3.1. No basta la sola acreditación de la acción antijurídica.....	52
7.3.2. Es insuficiente la prueba de una simple aflicción, dolor o molestia.....	52
7.3.3. Se debe acreditar que el actor es titular de un interés legítimo extrapatrimonial.....	53
7.3.4. Se debe acreditar la lesión al interés extrapatrimonial lícito.....	54
8. Conclusiones	56
9. Bibliografía	59

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de la prueba del daño moral y su sistema, en caso de no considerarse como evidente, y por ello, exento de actividad probatoria, ha sido una problemática discutida y cuestionada por el foro. Sin embargo, no ha sido tratado en la dogmática con la profundidad que merece su importancia dentro del proceso de daños.

El objetivo del presente trabajo es postular una solución uniforme e integradora al problema de la prueba del daño moral dentro de nuestro ordenamiento jurídico, fundando la inexistencia de un régimen probatorio especial, y la necesidad que la prueba del daño moral se sujete a las reglas generales de la prueba en el proceso civil.

Para lograr nuestro objetivo comenzaremos definiendo conceptualmente al daño moral a fin de determinar su contenido esencial que permita al litigante saber objetivamente lo que debe probar en el litigio. Expondremos las distintas clases o categorías de perjuicio extrapatrimonial que ha reconocido nuestra jurisprudencia y sus respectivas consecuencias particulares en materia de prueba.

Analizaremos descriptivamente los dos sistemas que se han establecido en materia de prueba del daño moral, comenzando por la doctrina del daño moral evidente sustentada por nuestra jurisprudencia mayoritaria, finalizando por la tesis propugnada por la dogmática del derecho de daños de la plena acreditación del agravio moral. Expondremos sus argumentos, críticas y la forma como la jurisprudencia los ha recogido en nuestro ordenamiento.

Por último, daremos a conocer nuestra postura sobre la acreditación del daño moral en nuestro sistema de daños y prescribiremos los parámetros que a nuestro juicio debe el juez tener presente en todo proceso indemnizatorio para determinar la existencia de un daño moral.

2. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

2.1. ENUNCIACIÓN DEL PROBLEMA

La conceptualización del daño moral ha sido uno de los temas más complejos y relevantes en el compendio jurídico del derecho de daños. La dificultad en la creación de un concepto único ha sido fruto de la imposibilidad de encontrar el núcleo esencial o contenido del perjuicio moral, lo que se ha traducido en la elaboración doctrinal y jurisprudencial de distintos conceptos, que han confluído en posturas sobre las características y requisitos del daño moral.

2.2. CONCEPCIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL¹

2.2.1. *Daño moral como pretium doloris*

La más elemental y básica noción de daño moral es aquella que la homologa al *pretium doloris*, sostenida arduamente por la jurisprudencia nacional, que reduce el daño moral tan sólo al dolor, afección física o espiritual, a la angustia, molestia, humillación, y en general, a todo tipo de agravio que pueda sufrir el sujeto lesionado producto del evento nocivo. La Excma. Corte Suprema, en fallo de 13 de noviembre de 1997, sostuvo que “el daño moral consiste en el dolor psíquico y aun físico, o sea, los sufrimientos que experimenta una persona a raíz de un suceso”,² en palabras que resumen bien el contenido de esta posición doctrinal.

Se trata, por consiguiente, de un daño de afección, donde la *persona natural* que sufre el dolor o molestia, como consecuencia del hecho ilícito, ve lesionados y disminuidos sus atributos o facultades morales, por lo cual debe ser indemnizado.

Esta postura tiene como principal exponente en nuestra dogmática jurídica a ALESSANDRI RODRÍGUEZ, para quien el daño moral “consiste exclusivamente en el *dolor*,

¹ Seguiremos en este tema la división que propone Diez Schwerter, por ser la que mejor representa y grafica los extremos más relevantes que se han producido en torno al concepto del daño moral. DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS: *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, pp. 81 y ss.

² C. Suprema, 13 de noviembre de 1997, en www.lexisnexus.cl, (en adelante Lexis Nexis), codificador N°14938.

pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o sentimientos, creencias o afectos. De ahí que la indemnización que lo repare se denomina *pretium doloris*.³

La principal objeción que se plantea a esta idea es la reducción que se hace del concepto de daño moral, por cuanto deja fuera del contenido de este daño, a una serie de perjuicios que no implican dolor en el sentido estricto del término, pero que constituyen un atentado contra valores de la personalidad. Es por ello que nuestra jurisprudencia ha fallado -no en pocas ocasiones- que las personas jurídicas no son entes susceptibles de ser sujetos pasivos de daño moral, ya que “como ente ficticio creado por la ley, no es sujeto de sufrimiento, dolor o afección de sentimientos, propios de una persona natural, por lo que no es posible experimentar daño moral.”⁴

Otra crítica que plantea la doctrina a esta concepción, es la confusión que exhibe entre las consecuencias del perjuicio producido al sujeto y el perjuicio o daño en sí mismo. En este sentido se dice que “el dolor o sufrimiento son las repercusiones que la lesión tiene en el espíritu o en el cuerpo, pero de ninguna manera constituyen su esencia. El daño viene, por el contrario, determinado por el atentado de ciertos derechos, bienes o intereses que el Derecho reconoce en favor de la persona.”⁵ La confusión es peligrosa porque puede hacer excluir la concesión de indemnizaciones por daño moral cuando no hay un daño o lesión material.

2.2.2. *Daño moral como lesión a los derechos subjetivos extrapatrimoniales.*

Una segunda concepción en torno al concepto de daño moral es aquella que lo vincula a la lesión de derechos subjetivos extrapatrimoniales. Aquí, según uno de sus críticos, la “distinción entre daños materiales y morales se efectúa precisando la naturaleza de los derechos subjetivos lesionados, los que pueden ser de dos órdenes diversos: ‘patrimoniales’ o ‘extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad’, el agravio a los

³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*, Tomo I, p. 220.

⁴ C. de Santiago, 16 de junio de 1999, Gaceta Jurídica, N° 228, p. 71.

⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN: *El Daño Moral*, Tomo I, p. 59.

primeros origina un daño patrimonial, en tanto que el atentado a los segundos engendra un daño extrapatrimonial o moral”⁶.

Esto significa que si el ataque y consiguiente detrimento recae sobre un derecho subjetivo extrapatrimonial el daño sería moral, en cambio cuando el agravio lo sufre un derecho de índole económica, el daño sería patrimonial.

Afirma FUEYO LANERI que “los derechos son patrimoniales o extrapatrimoniales; de la agresión a estos últimos, que constituyen el bien jurídico protegido, nace el daño extrapatrimonial que deberá repararse”.⁷

VERGARA BEZANILLA, define al daño moral como la “lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, *estabilidad y unidad familiar*, esto es, en general, en los *atributos o cualidades morales de la persona*, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia.”⁸ El concepto ensayado por el autor citado, no obstante declararse partidario del agravio moral como un atentado a los derechos de la personalidad, incluye la afectación de intereses legítimos extrapatrimoniales, que no constituyen derechos subjetivos y que no coinciden con el contenido de los mismos.

La Excma. Corte Suprema, en fallo de 26 de septiembre de 1990, reconoció al daño moral como una categoría que lesiona derechos subjetivos extrapatrimoniales, distinto del daño material, al señalar que “no es necesario rendir prueba alguna sobre la lesión del *derecho subjetivo* de los ofendidos con motivo del fallecimiento de su cónyuge y padre, respectivamente, en lo que consiste el daño moral, *porque éste no es de contenido patrimonial* y, en consecuencia, no puede quedar sujeto a las mismas reglas aplicables a la indemnización del daño emergente y lucro cesante”.⁹ Otro fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 de septiembre de 1990, señaló que “el daño moral es la lesión o agravio,

⁶ DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, *op. cit.*, p. 85.

⁷ FUEYO LANERI, FERNANDO: *Instituciones del Derecho Civil Moderno*, p. 52.

⁸ VERGARA BEZANILLA, JOSÉ PABLO: “Mercantilización del daño moral”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°1, año 2000, p. 70.

⁹ C. Suprema, 26 de septiembre de 1990, Gaceta Jurídica, N°287, p. 24.

efectuado culpable o dolosamente, de un *derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona*.”¹⁰

Esta concepción nace como reacción a la identificación que la tesis del *pretium doloris* tiene respecto a la persona natural, logrando de esa forma abarcar dentro del daño moral el menoscabo a bienes jurídicos como el honor, la reputación, intimidad personal, etc., con independencia de si originan o no un dolor o sufrimiento psíquico o espiritual al sujeto lesionado. De esa forma, las personas jurídicas podrían ser sujetos pasivos de daño moral, al ser titulares de derechos subjetivos extrapatrimoniales.

Empero, las bondades de esta concepción ceden frente a la contundencia de sus críticas. Se dice por la doctrina que “no es efectivo que la lesión de un derecho extrapatrimonial o de un derecho de la persona desencadene exclusivamente un daño moral, único caso en que la definición sería correcta, puesto que en múltiples ocasiones a ese tipo de perjuicio se une uno de tipo patrimonial.”¹¹ Vale lo dicho, para la situación inversa, es decir, el daño patrimonial puede –a menudo– causar daño moral, como sería el caso de la pérdida o menoscabo de un bien material de nuestra propiedad ante el cual estábamos unidos por lazos de afectos.

Sin embargo, la crítica fundamental que se plantea a esta concepción es que no logra otorgar protección a la lesión de los intereses legítimos extrapatrimoniales, de los cuales no todos participan del carácter de derechos subjetivos. En efecto, como lo señala VON THUR “existen derechos en cuyo destino y estructura puede faltar un interés del sujeto (...) a la inversa hay intereses que tienen protección jurídica, pero no son objetos de derechos subjetivos, porque su protección no se funda en un poder de voluntad de los interesados.”¹²

Es perfectamente posible afirmar la existencia de intereses legítimos extrapatrimoniales que no coincidan con derechos subjetivos; por lo mismo, asimilar el daño moral a la lesión de derechos subjetivos, significa dejar sin protección a todos los intereses legítimos extrapatrimoniales que no tenga el carácter de derechos subjetivos. Y a

¹⁰ C. de Apelaciones de Santiago, Lexis Nexis, N°11071.

¹¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *op. cit.*, p. 61

¹² VON THUR, ANDREAS: *Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio*, tomo I, volumen I, pp. 62 y 63.

la inversa, significa proteger derechos subjetivos que carecen de un interés de parte de su titular.

2.2.3. Daño moral como lesión a intereses extrapatrimoniales.

Una última idea en torno al concepto del perjuicio moral es la sustentada -entre otros en nuestra doctrina- por DIEZ SCHWERTER, para quien el daño moral estaría constituido por la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la persona, que serían aquellos insustituibles por un valor de moneda o cambio. La razón del autor es muy sencilla; “nuestra legislación civil no impuso ninguna exigencia específica a la idea de perjuicio moral que la aleje a la noción genérica de daño, entendido como la lesión a un interés”.¹³

Aquí la certeza del perjuicio moral pasa por la naturaleza de los intereses afectados por el evento nocivo, los cuales determinan la presencia del daño moral o patrimonial, o ambos, dado que “existe la posibilidad de que un hecho ilícito origine a la vez daños materiales y morales, desde que los intereses por él vulnerados pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales”¹⁴

Alguna parte de la doctrina nacional equipara la lesión de los derechos subjetivos extrapatrimoniales a la de los intereses extrapatrimoniales, señalando que el daño moral “es la lesión de un *interés extrapatrimonial*, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la *infracción o desconocimiento de un derecho*, cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella”.¹⁵ La asimilación no resulta adecuada, por cuanto, como dijimos, el núcleo central lo constituyen los intereses legítimos afectados, noción mucho más amplia que la de los derechos subjetivos extrapatrimoniales.

La jurisprudencia tímidamente ha ido reconociendo al daño moral como la lesión de intereses extrapatrimoniales. Así, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en fallo de 20 de julio de 2002, expresó que “el daño moral representa un perjuicio a los derechos e *intereses*

¹³ DIEZ SCHWERTER, JOSE LUIS, *op. cit.*, p. 88.

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: *Responsabilidad extracontractual*, p. 308. La cursiva es nuestra.

extrapatrimoniales de los individuos, cuya lesión puede importar un perjuicio reparable. Eventualmente el daño moral puede derivar de la lesión de un derecho patrimonial, pero, en todo caso, no puede tasarse o apreciarse con parámetros objetivos, ya que los *intereses afectados* son de naturaleza subjetiva.”¹⁶

Así, el daño moral no es más que la lesión, detrimento o menoscabo que sufre una persona –natural o jurídica- en sus intereses legítimos de índole extrapatrimonial, es decir, aquel atentado en contra de los beneficios o ventajas lícitas no mensurables pecuniariamente del cual una persona es titular. Bajo esta nomenclatura no resulta resarcible cualquier tipo de dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino que sólo aquellos que deriven inmediatamente de la lesión de intereses legítimos extrapatrimoniales del damnificado por el evento dañoso.

Para nosotros interés legítimo extrapatrimonial es toda ventaja, provecho o beneficio no cuantificable económicamente que produce una satisfacción o goce, aunque ese goce se proyecte en el plano patrimonial.

El interés legítimo extrapatrimonial *puede estar o no tutelado* adicionalmente con un poder de la voluntad configurado como derecho subjetivo. De la misma forma, la existencia de un derecho subjetivo no hace suponer un interés legítimo. Al ordenamiento le interesa la protección de los intereses extrapatrimoniales lícitos independiente de su configuración particular; por lo mismo, el menoscabo a los derechos subjetivos que no son intereses del sujeto no puede dar lugar a la producción del daño moral.

Esta concepción nos permite otorgar mayor certeza al contenido del perjuicio moral al quedar circunscrito específicamente a la *naturaleza del interés lesionado*. Así, estaremos en presencia de daño moral cuando el hecho ilícito lesione intereses extrapatrimoniales o no patrimoniales del sujeto. Por el contrario, estaremos en presencia de daño material cuando se lesionen intereses patrimoniales.

De la misma forma, esta postura permitiría en el ámbito judicial, exigir de aquel que pretende resarcimiento por daño moral, la prueba no sólo de la concurrencia del hecho

¹⁶ C. de Apelaciones de Valdivia, 20 de julio de 2002, Lexis Nexis, N°22012. En el mismo sentido C. de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2002, Lexis Nexis, N°26388, C. Suprema, 20 de octubre de 1994, Lexis Nexis N°13168, C. Suprema, 30 de abril de 2003, Lexis Nexis, N°26717, C. Suprema, 20 de octubre de 1994, Gaceta Jurídica N°174.

nocivo, sino que además de la afectación de un interés extrapatrimonial del cual era titular. Sin la concurrencia y prueba de ambos elementos no puede darse lugar a una indemnización.

3. CLASIFICACIONES DEL DAÑO MORAL

3.1. ENUNCIADO

Distinguir las diversas clases de daño moral que pueden producirse a partir de un hecho antijurídico, no es un tema ajeno, en lo que respecta a su prueba. El tratamiento diferenciado que la jurisprudencia ha realizado de las distintas maneras en que se puede manifestar el perjuicio moral, hace indispensable un estudio separado y sistemático de los mismos.

Debe advertirse que no hemos querido agotar la amplia gama de criterios clasificatorios, todos ellos de distinta importancia y mérito, sino tan sólo esbozar aquellos que estimamos relevantes para el tema de este trabajo.

3.2. *Daño moral puro, daño moral con consecuencias patrimoniales y daño moral derivado de daño material.*

Esta clasificación separa el evento dañoso de sus consecuencias. El evento dañoso es la lesión del interés protegido, en sí mismo considerado, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, en cambio las consecuencias de tal evento, son aquellos perjuicios posteriores, de orden económico o moral, que derivan de la lesión al interés.

La Corte Apelaciones de Valparaíso, en fallo de 24 de agosto de 2004, señaló que “el daño moral puede o no tener *repercusiones* patrimoniales, según si un mismo hecho produce a la víctima perjuicio pecuniario y un dolor o sufrimiento moral, o solamente produce dolor o sufrimiento moral.”¹⁷ De la misma forma, la Excma. Corte Suprema, en fallo de 3 de septiembre de 2003, a propósito del ámbito contractual, consagró la plena

¹⁷ C. Valparaíso, 24 de agosto de 2004, Lexis Nexis, N°31096.

resarcibilidad del *daño extrapatrimonial cuando está ligado a un daño material* y del *daño moral puro*, acreditado que sea su nexo causal con el incumplimiento de la obligación.¹⁸

El *daño moral puro* sería entonces aquel que se agota en el simple menoscabo o detrimento de un interés legítimo extrapatrimonial, sin tener ramificaciones o consecuencias inmediatas o mediatas en la esfera patrimonial económicamente mensurable del sujeto que lo sufre.

El *daño moral con consecuencias patrimoniales* sería aquel que vulnera los intereses extrapatrimoniales lícitos del sujeto y que produce como consecuencia mediata o inmediata una disminución del patrimonio. Infracciones a valores como el honor o la reputación muy frecuentemente pueden afectar el plano económico del damnificado.

Por último, el *daño moral derivado del daño patrimonial*, consistiría en la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, cuando éste produce además un atentado a los intereses extrapatrimoniales. Esta clase de daño se produce en todos aquellos casos en que la lesión recae sobre bienes patrimoniales con los cuales su titular estaba ligado por vínculos de afecto.¹⁹

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 30 de mayo de 2003, señaló que “debe reconocerse que, en la actualidad, la dogmática jurídica reconoce lo que se denomina el daño moral puro y daño moral con consecuencias patrimoniales, los cuales deben ser indemnizados, en la medida que se encuentran acreditados”.²⁰

Alguna doctrina, sin entrar a reconocer esta clasificación, prefiere hablar de daño moral directo e indirecto, poniendo el acento en la génesis del daño moral, el cual “se produce o puede producirse directamente cuando se lesiona un derecho extrapatrimonial, e indirectamente cuando se lesiona un derecho patrimonial.”²¹

Otra parte de la doctrina nacional rechaza por completo esta clasificación. Señalan que no existe en nuestro orden jurídico una categoría de daño moral puro o estricto que se

¹⁸ C. Suprema, 3 de septiembre de 2003, Gaceta Jurídica, N° 267, p. 73.

¹⁹ Como lo afirma RAMÓN DANIEL PIZARRO, “nada obsta a la existencia de intereses no patrimoniales, de afección, vinculados a bienes patrimoniales, cuya minoración (por destrucción, pérdida o deterioro) puede generar un detrimento espiritual a su titular.” PIZARRO RAMON DANIEL: *El daño moral*, p. 531. Ver además en este mismo sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *op. cit.*, p. 61.

²⁰ C. de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2003, Gaceta Jurídica, N°275, p. 97.

²¹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *op. cit.*, p. 313.

diferencie del daño moral con repercusiones patrimoniales, por cuanto este último perjuicio pertenece a la esfera patrimonial del sujeto por lo que se trataría de un daño material.²²

En materia de prueba del daño moral, esta clasificación acogida por la jurisprudencia nacional, ha determinado exigencias procesales diversas según se está en presencia de uno u otro daño. Así, no es de extrañar que la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 13 de septiembre de 2003, haya señalado “que el sentenciador posee cierta latitud para determinar el *quantum* de la indemnización del daño moral puro por la falta de baremos que permitan al juez un parámetro para fijar la indemnización. No sucede lo mismo en el caso *sub judice* en que las *consecuencias patrimoniales del daño moral debieron ser acreditadas* por medio de las pruebas que franquea la ley, lo que no ha sucedido en la especie.”²³

Ahora bien, no obstante que nuestra jurisprudencia reconoce esta categoría de daño, el tratamiento aplicado no se aleja de los parámetros normales de la prueba del daño material o patrimonial, exigiendo certeza de su existencia, por lo mismo, se utilizan los mismos elementos y valoraciones presentes en el sistema probatorio general. Así respecto del daño moral derivado de uno patrimonial “se requiere de una prueba más categórica, orientada a persuadir al juzgador sobre la existencia de un interés no patrimonial cierto, ligado a un bien patrimonial, conculcado por el ilícito, y de una minoración espiritual que es consecuencia de esa situación.”²⁴

El daño moral puro, por su parte, escapa de esta dinámica probatoria, estando exento de prueba.

3.3. *Daño moral interno y daño moral externo o social*²⁵.

Esta clasificación no ha sido reconocida expresamente por nuestra dogmática jurídica como tampoco por la jurisprudencia. Empero, hemos observado que sus elementos

²² VERGARA BEZANILLA, JOSE PABLO, *op. cit.*, pp. 70 y 71. En el mismo sentido, DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, *op. cit.*, p. 109.

²³ C. de Apelaciones de Santiago, 12 de septiembre de 2003, Gaceta Jurídica, N°282, p. 112.

²⁴ PIZARRO RAMON DANIEL, *op. cit.*, p. 532

²⁵ Preferimos utilizar la terminología interno y externo o social, por sobre la expresiones daño moral subjetivo y objetivo empleadas por la doctrina comparada, para desterrar cualquier atisbo de confusión con la clasificación que distingue entre los daños objetivos y subjetivos. Además esta nomenclatura representa de mejor forma las esferas que afecta el daño moral, de acuerdo a los intereses legítimos lesionados.

están presentes en la jurisprudencia nacional, que de alguna u otra forma se refieren al daño moral interno y externo o social, especialmente cuando se establecen exigencias probatorias para determinar en el proceso la verificación de uno u otro.

Podemos decir que el *daño moral interno* es aquel conocido como “*pretium doloris*” o “precio del dolor”, donde se lesiona la esfera interna del sujeto, esto es, el plano de los sentimientos y/o de la autoestima, sin que existan ramificaciones a la esfera patrimonial. En otras palabras daño moral subjetivo es el dolor, molestia y humillación que sufre una persona en su individualidad. Esta clase de daño moral ha sido reconocida sistemáticamente por nuestra jurisprudencia.

Por su parte, el *daño moral objetivo* sería aquel que sufre el individuo en su consideración social, donde se lesionan intereses extrapatrimoniales como el honor, la reputación y el buen nombre.

MAZEAUD Y TUNC, distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral “que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración”, y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral “que alcanzan al individuo en sus afectos”²⁶. Esta clasificación parte de la base de reconocer en el sujeto una esfera biológica –física y psicológica- y un aspecto social configurado por las interrelaciones humanas establecidas entre los particulares que persigue su desarrollo, económico y afectivo, en cuanto ser social.

La jurisprudencia nacional sin haber reconocido aun expresamente esta clasificación, exime de prueba al daño moral interno; por el contrario, exige prueba y certeza cuando se está en presencia del daño moral externo o social, es decir, cuando existe afectación a intereses legítimos extrapatrimoniales como el honor, la honra, la reputación comercial, el crédito u otros.

El ejemplo más notorio del reconocimiento explícito de esta categoría b constituye una sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 2 de octubre de 2001, que a

²⁶ MAZEAUD Y TUNC: *Tratado teórico y práctico de responsabilidad civil delictual y contractual*, tomo I, volumen 1, pp. 425 y 426.

propósito de una acción indemnizatoria por los perjuicios causados por la publicación errónea de un protesto de cheque en el Boletín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio, estableció que “la prueba del daño moral corresponde al que lo alega y necesariamente debe establecerla de manera que no haya duda alguna sobre su real existencia, *siendo improcedente presumirlo por el posible desprestigio derivado de una imputación equivocada concerniente al incumplimiento de una obligación.*”²⁷

Este fallo, sin entrar a reconocer expresamente esta clasificación, distingue entre el perjuicio moral interno y externo, según sea el interés legítimo extrapatrimonial lesionado, ante lo cual plantea exigencias y cargas probatorias diversas según se está en presencia de uno u otro. Así la lesión de intereses legítimos extrapatrimoniales como el honor, que constituye un daño moral externo o social, debe ser probada por quien lo alega, premisa que no se aleja de los sistemas probatorios que rigen al daño en general.

No podemos decir lo mismo respecto del daño moral interno, respecto del que sigue primando el sistema probatorio especial creado por los Tribunales, que excusa de prueba al *pretium doloris* sin esgrimir razones dogmáticas o doctrinales, al menos, en forma explícita.

Así queda plasmado en un fallo de la Excma. Corte Suprema, de 14 de junio de 2001, al señalar que existirían casos en que “el daño moral no requiere de prueba en materia extracontractual, porque las circunstancias que rodean el hecho ilícito permiten presumir la existencia de tales perjuicios, como ocurre, por ejemplo, en los casos de muerte y lesiones.”²⁸

²⁷ C. Valdivia, 30 de enero de 2002, Lexis Nexis N° 23705. C. Suprema rechazó el recurso de casación por manifiesta falta de fundamento. En el mismo sentido, C. Temuco, 20 de mayo de 2003, Gaceta Jurídica N°275, p.59.

²⁸ C. Suprema, 14 de junio de 2001, Lexis Nexis N° 18885.

4. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

4.1. ENUNCIACIÓN DEL PROBLEMA

La prueba del daño moral y su régimen, en caso de no considerarse evidente, y por ello, exento de actividad probatoria, ha sido un tema cuestionado por el foro. No obstante, no ha sido abordado por la dogmática jurídica con la profundidad que se han tratado otras temáticas dentro del derecho de daños.

Como se indicó en la introducción el problema que se plantea en este trabajo consiste en determinar si el daño moral debe o no ser acreditado, y de exigirse su prueba, si el régimen de convicción a gobernar será el mismo que el utilizado para los daños materiales, o por el contrario, debería consagrarse un sistema probatorio especial, caso en el cual se deben buscar los fundamentos que ameriten la aplicación excepcional de dicho régimen.

4.2. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN EL PROCESO DE DAÑOS

La prueba dentro del proceso de daños es uno de los temas de mayor complejidad e importancia. El propósito de mantener la pulcritud e indemnidad del patrimonio del litigante busca a su mejor aliada: la prueba. Sólo a través de ella se podrá persuadir al juez, y demostrar el verdadero detrimento de su patrimonialidad, justificar el por qué reclama y por cuánto se reclama.

Tratándose del daño patrimonial, es decir, aquel económicamente mensurable, la actividad probatoria del afectado será objetiva o imprescindible (acreditar la existencia del daño) y numérica o dependiente (acreditar el monto del daño), con las dificultades que representa el ejercicio probatorio en sí mismo.

Este escenario probatorio del derecho de daños, desde ya dificultoso y complejo, se vuelve aun más, cuando nos referimos a la prueba del daño moral, lo que a nuestro juicio resulta sumamente lógico desde el instante que no existe consenso doctrinal y jurisprudencial sobre el contenido del mismo. Solo después de saber qué se entiende por daño moral se puede estar en condiciones de establecer lo que debo probar para obtener su resarcimiento.

En orden a los sistemas probatorios del daño moral, destaca la discusión sobre la existencia de un daño moral evidente. Las opiniones sobre el asunto son disímiles y los argumentos heterogéneos. Entre las posibles respuestas hay que destacar a los que niegan la evidencia de perjuicio moral por razones sustantivas aduciendo criterios de carga probatoria en relación a los elementos de la responsabilidad civil, o alegan razones adjetivas dogmáticas para requerir su certeza material en el proceso. Otros propugnan la exención probatoria del daño moral sin contrapesos atendida su naturaleza subjetiva e intrínseca.

Cualquiera sea la situación, se trata de un extremo de suyo complejo en la prueba de los elementos que estructuran la responsabilidad contractual y aquiliana, que lamentablemente no ha tenido el profundo interés que reclama la práctica judicial, donde no todos los operadores jurídicos han constatado la brecha existente entre lo que la dogmática del derecho daños propugna y lo que por años han resuelto nuestros Tribunales de Justicia.

Un enfoque adecuado sobre el tema debería partir asumiendo que la normativa que rige al derecho de daños en nuestro país, aun no reconoce *expresamente* al daño moral como un perjuicio autónomo e independiente, por lo mismo, no existe tampoco en el ámbito normativo un régimen probatorio especial que lo regule²⁹.

En principio, esta conclusión nos debería llevar a afirmar que el daño moral tiene que sujetarse en toda su dimensión a las reglas probatorias generales que rigen al derecho de daños en nuestro país, por consiguiente, cualquiera sea su naturaleza o el hecho que lo genera, el actor que pretende obtener una indemnización fundada en la existencia del daño moral, aun cuando alegue que se trata de un perjuicio evidente, debe establecer su certeza en el proceso de acuerdo a las reglas generales. Esta solución ha sido sustentada por la mayoría de la dogmática del derecho de daños.

Sin embargo, este escenario que podríamos denominar romántico, se aparta de la doctrina impuesta por nuestros Tribunales, para quienes el daño moral no requiere ser

²⁹ Tan tímido ha sido el reconocimiento *expreso* del daño moral en nuestro sistema de daños, que a propósito de la redacción del artículo 188 inciso 4º del Código Civil, que permite demandar la indemnización de perjuicios cuando una persona ha sido citada a confesar paternidad o maternidad de mala fe o con el propósito de lesionar su honra, el proyecto de ley de dicha norma incluía la expresión “incluso el daño moral”, expresión que fue suprimida por el temor de los legisladores de que se haga una errada interpretación, ya que podría pensarse que si el legislador para este caso estimó necesario consignar en forma explícita el derecho a ser resarcido del daño moral, se debió a que en otras situaciones no procedía. Ver en este sentido, Código Civil. “Leyes anotadas y concordadas”, Diario Oficial de la Republica, p. 74

demostrado empíricamente en el pleito, regla de oro casi absoluta e indesmentible. Nadie se atrevería a afirmar, por efectivo que ello sea, que la víctima directa de una lesión o muerte, no ha sufrido daño moral por la ocurrencia del ilícito, y si pretende hacerlo, deberá cargar con la prueba de su negación. Así concebido el daño moral resulta un hecho evidente, que se presume de las circunstancias que envuelven el ilícito, cuya prueba se reduce a la demostración del hecho dañoso.

Los extremos que se han producido en torno a la prueba del daño moral demuestran la necesidad de identificar criterios que permitan a los Tribunales la adopción de decisiones y parámetros uniformes, no sólo a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio, sino que al momento de examinar los elementos de convicción de un proceso para establecer la existencia del daño moral.

A continuación se expondrán y analizarán las dos grandes corrientes que a nuestro juicio han informado a la prueba del daño moral en nuestro sistema, donde se puede advertir una fuerte brecha, y en algunos casos, contradicción, entre lo sustentado por largos años en la práctica judicial de nuestro país y la doctrina que pretende imponer la dogmática jurídica del derecho de daños.

4.3. DOCTRINA DEL DAÑO MORAL EVIDENTE

4.3.1. ENUNCIACIÓN Y AGUMENTOS.

Para esta postura doctrinal el daño moral no requiere ser acreditado en el proceso como elemento autónomo de la responsabilidad civil, bastando tan sólo la prueba del hecho ilícito fundante de la acción indemnizatoria del cual el juez pueda presumir su existencia.

El sistema del daño moral evidente prescinde de la acreditación de un hecho objetivo que haga exteriorizable su padecimiento, siendo necesario lograr la convicción del sentenciador sobre la ocurrencia de ciertos hechos, en los que, según la regla de normalidad fácilmente constatable en la vida común u ordinaria, el perjuicio moral resulta consecuencia normal del hecho ilícito. El juez apelará al normal desenvolvimiento de la dinámica de las cosas lo que le permitirá presumir daño moral una vez verificada su causa inmediata.

Los argumentos desarrollados para afirmar la existencia del daño moral evidente son de distinta naturaleza, siendo compatibles uno del otro en toda su extensión. Estimamos necesario exponer las corrientes sobre esta materia que estimamos de mayor relevancia.

4.3.1.1. El daño moral evidente y la prueba *in re ipsa*

Para esta vertiente la misión del sentenciador será realizar una estimación y valoración de los factores que rodearon las circunstancias del hecho generador y la naturaleza de los intereses legítimos o derechos extrapatrimoniales conculcados, para de esa forma alcanzar el convencimiento acerca de la idoneidad del hecho dañoso para producir daño moral.

En otras palabras, el perjuicio moral se demuestra por la sola concurrencia del acto u omisión dañosa, es decir, se trata de una prueba que surge inmediatamente de los hechos. MOSSET ITURRASPE señala al respecto que “en principio, el daño moral se prueba *in re ipsa*, vale decir se tiene por acreditada (sic) por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante, (...) surge inmediatamente de los hechos ocurridos, sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios admitidos”³⁰

Aquí la acreditación del daño moral pasa por la demostración de la *idoneidad* del hecho antijurídico, y no precisamente por la afectación de los elementos que conforman el contenido de dicho perjuicio, el cual puede incluso mantenerse incólume ante determinadas situaciones.³¹

Con todo, se puede observar que la labor del juez deja de ser marginal como en todo esquema dispositivo, teniendo un papel fundamental y crucial para el éxito de las pretensiones de las partes. Será él quien, con el criterio que ocuparía un hombre medio razonable, mediante un proceso de lógica deductiva, colegirá la existencia del daño moral a partir del establecimiento del hecho antijurídico, en forma *general y abstracta*, sin atender a

³⁰MOSSET ITURRASPE: “La prueba en el proceso de daños”, en *Derecho de daños*, tercera parte, pp. 376 y 377.

³¹ Como se verá mas adelante, ésta es una de las principales objeciones que se plantea a la doctrina del daño moral evidente, toda vez que permite en el ámbito indemnizatorio llegar a resarcir daños inexistentes, atentando contra de uno de los elementos básicos y esenciales de la responsabilidad civil.

las particularidades o singularidades de la víctima o victimario, a las que sólo recurrirá para enervar la existencia del perjuicio moral o para reafirmar su existencia jurídica.³²

4.3.1.2. *El daño moral evidente y los hechos notorios*

Otra parte de la doctrina dentro de esta misma corriente, justifica la presunción del daño moral a través de la *notoriedad de los efectos del hecho ilícito*, especialmente cuando se está en presencia de daño a la persona, ya sea se produzca la muerte de la víctima, o lesiones físicas, síquicas e incluso estéticas. “En todos estos casos, y en otros en los que la alteración del bienestar sea notoria (delitos contra el honor, la honestidad o la libertad, etc.), rige la regla general que excluye la prueba de los hechos notorios, y por ende *el daño moral se presume*, eximiéndose al actor de la carga de demostrar lo que ha sufrido.”³³

Las consecuencias inmediatas de la acción –daño moral– no necesitan demostración empírica alguna, por cuanto corresponden a hechos notorios, eventos lógicos que procesalmente no requieren de actividad probatoria, por ende, exentos de prueba.

Si bien es cierto esta noción del hecho notorio no difiere en términos sustanciales de la prueba *in re ipsa*, aquí no se pone el acento en la idoneidad del hecho, sino que en la notoriedad de las secuelas de la acción antijurídica.

4.3.1.3. *El daño moral evidente y los hechos que excluyen su existencia*

La presunción de daño moral desarrollada en el acápite precedente no es absoluta y reconoce situaciones en las cuales el victimario puede exonerarse de su obligación indemnizatoria. Se trata de la prueba de alguna *circunstancia objetiva* que permita excluir, en el caso concreto, la existencia del daño moral, logrando la convicción del sentenciador de la existencia hechos excepcionales que no obedezcan al curso natural y ordinario de las

³² Con esto queremos precisar que la presunción del daño moral evidente no considera las situaciones personales de la víctima o victimario, a las que recurrirá sólo en caso de ser necesario. Así, por ejemplo, si el afectado tiene alguna investidura que lo haga diferente a la normalidad de las personas, este hecho sería irrelevante cuando se trata de la muerte de seres queridos. Pero podría ser relevante cuando se trate de atentados en contra del honor o reputación, caso en el cual se recurrirá a las especiales características de la víctima, lo que le permitirá presumir de mayor forma el daño moral.

³³ STIGLITZ GABRIEL Y GANDOLFO ANA: *Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral*, p. 158.

cosas. Al autor del agravio sólo le cabe apelar a la ruptura de la cadena de consecuencias normales que se le imputa para enervar la acción indemnizatoria.

RAMON DANIEL PIZARRO señala que uno de los aspectos que se pueden computar para determinar la ausencia de daño moral son las llamadas *circunstancias reveladoras* con las cuales se puede establecer “la *inexistencia de un interés espiritual conculcado*, y de la consiguiente falta de detrimento subjetivo.”³⁴

Estas circunstancias reveladoras no hacen que el hecho en que se funda la presunción de daño moral deje de ser idóneo o apto bajo circunstancias de normalidad, sino que la *conducta específica* del ofendido posterior a la acción antijurídica demuestra un estado del espíritu contrario a los efectos del daño moral. Quien después de la muerte de un ser querido participa de una fiesta o celebración no puede estar legitimado para demandar daño moral.

El hecho objetivo o la circunstancia reveladora como elementos exculpatorios traen importantes consecuencias dentro de lo que podríamos denominar la dinámica subjetiva del *onus probandi*. El ofendido –originalmente beneficiado con la presunción de daño moral– será quien asuma la necesidad de probar que dicha circunstancia reveladora u objetiva no obedece a un estado incompatible o contrario a la producción del agravio moral, o bien, asumir la actividad lisa y llana de probar que ha sufrido daño moral.

4.3.2. DAÑO MORAL EVIDENTE Y LA JURISPRUDENCIA

Esta postura del agravio moral ha sido sostenida, y más aun, defendida por nuestros Tribunales de Justicia. Así lo dejó sentado la Excma. Corte Suprema, en fallo de 14 de junio de 2001, al sostener que “hacen excepción a esta regla de *onus probandi*, los casos en que el daño moral no requiere de prueba en materia extracontractual, porque *las circunstancias que rodean el hecho ilícito permiten presumir la existencia de tales perjuicios*, como ocurre, por ejemplo, en los casos de muerte y lesiones.”³⁵

³⁴ PIZARRO RAMON DANIEL, *op. cit.*, p. 241.

³⁵ C. Suprema, 14 de junio de 2001, Lexis Nexis N° 18885.

El acervo jurisprudencial no difiere en absoluto con la doctrina impuesta por el fallo citado. Para nuestros Tribunales el daño moral sigue siendo un perjuicio exento de actividad probatoria, cuya existencia depende de la valoración, estimación, evaluación, apreciación, prudencia y equidad del juez de la causa, quien es soberano no sólo para establecerlo sino que además para tarificar el *quantum* resarcitorio. La Corte de Apelaciones de San Miguel, en fallo de 11 de octubre de 1984, señaló 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.”³⁶

Como lo constata la doctrina “una de las características más particulares de nuestro sistema se encuentra constituido por la doctrina jurisprudencial antigua en conformidad a la cual el daño moral, a diferencia del material, no requiere de prueba.”³⁷

La doctrina jurisprudencial realiza un tratamiento probatorio diferenciado entre los daños patrimoniales y aquellos que no poseen la misma naturaleza, estableciendo exigencias procesales y probatorias diversas. “Numerosos fallos sostienen que en determinadas situaciones el daño moral no requiere de una acreditación por medios formales, ya que su ocurrencia se desprende de las circunstancias en las que ocurre el hecho y las relaciones entre los partícipes,”³⁸ conclusión que no se formula respecto del daño material.

Confirma este tratamiento diferenciado lo afirmado en un fallo de la Excma. Corte Suprema, de 26 de septiembre de 1990, que resolvió que “*no era necesario rendir prueba alguna* sobre la lesión del derecho subjetivo de los ofendidos con motivo del fallecimiento de su cónyuge y padre, respectivamente, en lo que consiste el *daño moral*, porque éste no es de contenido patrimonial y, en consecuencia, *no puede quedar sujeto a las mismas reglas aplicables a la indemnización de daño emergente y lucro cesante.*”³⁹

En la praxis judicial esta presunción de daño moral ha relajado el trabajo de los litigantes en su misión probatoria, lo que se ha traducido en el incremento de demandas civiles millonarias por daño moral, principalmente contra el Estado, las que han reafirmado

³⁶ C. San Miguel, 3 de junio de 1992, R.D.J., t. 89, sec. 4°, p. 158.

³⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *op. cit.*, p. 682.

³⁸ CORRAL TALCIANI, HERNAN: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, p. 164.

³⁹ C. Suprema, 26 de septiembre de 1990, Gaceta Jurídica, N°24, p. 287.

la plena procedencia del daño moral evidente, salvo excepciones honrosas, donde las exigencias procesales han sido estrictas.

FUEYO LANERI expresaba al respecto que “los demandantes pretenden en la práctica, simultáneamente daños materiales y morales, en el entendido que si no logran probar los primeros y se rechaza la demanda en esta parte, el juez podrá acoger la demanda en cuanto al daño moral, que se presume... y que el juez lo concede discrecionalmente... y por supuesto con cierta facilidad.”⁴⁰

Lo expresado precedentemente se encuentra graficado en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de abril de 2003, al señalar que “no se ha producido prueba suficiente para acreditar el lucro cesante demandado, por lo que *sólo se podrá hacer lugar a lo pedido en cuanto al daño moral*, el que evidentemente fue sufrido por el actor en forma directa y de manera indirecta por las personas que de él dependen o se le vinculan afectivamente, desde que ha de soportar de por vida un déficit físico-laboral de un elevado porcentaje, con el menoscabo económico y social consiguiente para él y su familia.”⁴¹

En nuestro país, de acuerdo al desarrollo que ha tenido la jurisprudencia sobre la materia, no es necesaria la prueba del perjuicio moral para obtener su indemnización, bastando la acreditación de los demás elementos de la responsabilidad aquiliana o delictual, de manera tal que constatados aquellos, especialmente el hecho antijurídico, el juez soberanamente presume la existencia del daño moral. Por el contrario, quien niega la existencia del agravio moral asume -en este caso- el *onus probandi* correspondiente.

4.3.3. EL DAÑO MORAL EVIDENTE EN LA JURISPRUDENCIA: ARGUMENTOS

Como lo expresamos, la doctrina del daño moral evidente ha sido arduamente sostenida por nuestra jurisprudencia y por cierta parte de la doctrina. A continuación se realizará un análisis descriptivo de los argumentos más relevantes - dogmáticos y jurisprudenciales- que se han tenido a la vista para sustentar la existencia del daño moral evidente.

⁴⁰ FUEYO LANERI, FERNANDO, *op. cit.*, p. 106.

⁴¹ C. Santiago, 8 de abril de 2003, Lexis Nexis N°31220.

4.3.3.1. *Carácter subjetivo y espiritual del padecimiento del daño moral*

Para nuestra jurisprudencia, el daño moral prescinde de un elemento objetivo que lo haga exteriorizable, quedando en el plano de los afectos o espiritualidad del sujeto, sin ramificaciones en el mundo real; por lo mismo, no es necesaria su demostración empírica, a lo menos en forma directa, escapando esta especie de daño del rigor y estrictez a la que se encuentra sometida la prueba del daño en general. El daño moral, para este argumento, podría definirse diciendo que es una “lesión o perjuicio causado en la persona moral de individuo (psíquico) y que, en consecuencia, *es de índole subjetiva.*”⁴²

La Corte de Apelaciones de Santiago, consagrando la plena resarcibilidad del daño moral, señaló que “éste es de índole *netamente subjetiva* y su fundamento se encuentra 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 física o moral del individuo y por lo tanto, la apreciación pecuniaria de éste debe considerarse por entero entregada a la estimación discrecional del juez, pues dada su índole, *es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado.*”⁴³

Alude la jurisprudencia con esta fundamentación del daño moral evidente, a una suerte de imposibilidad probatoria directa, es decir, a la existencia de un obstáculo insalvable para las partes en la producción de una prueba inmediata sobre su real verificación debido a su contenido eminentemente subjetivo y espiritual.

Extremos jurisprudenciales han llegado incluso a sumir al daño moral bajo la sombra de la arbitrariedad judicial consagrando una regla de exclusión de fundamentación de este agravio fundado en su carácter eminentemente subjetivo.⁴⁴ Ejemplo de esta mala praxis, lo constituye una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 11 de

⁴² CAFFARENA DE JILES, ELENA: *Diccionario de jurisprudencia chilena*, tomo I, p. 130.

⁴³ C. de Apelaciones de Santiago, fallo de 11 de octubre de 1984, Gaceta Jurídica N° 52, p. 57. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 1984, R.D.J. t, 81, sec. 2°, p. 121. C. Santiago, 22 de noviembre de 1944, R.D.J., t. 45, sec. 1°, p. 526.

⁴⁴ Claro está que no debemos confundir la apreciación y valoración que hace el sentenciador de acuerdo a su prudencia y equidad, con una falta de desarrollo argumentativo que haga exteriorizables y explícitos los baremos utilizados por el juez en el caso concreto para tarifar el daño moral.

octubre de 1984, que señaló que el daño moral por el carácter espiritual que reviste no debe ser fundamentado ni probado.⁴⁵

Los estados del espíritu que sufre el sujeto a consecuencia del daño moral no requieren de prueba alguna, por cuanto la afectación, menoscabo o perturbación de los sentimientos y facultades espirituales permanecen en el interior del individuo, sin que puedan demostrarse en el mundo real, descartando la convicción directa del sentenciador en este sentido, a la cual muchas veces resultará imposible arribar.

En sencillas y resumidas palabras “el daño moral, por la índole subjetiva que racionalmente cabe conferirle, no requiere ser probado, y sólo queda a la prudencial cuanto discrecional regulación del juez.”⁴⁶

4.3.3.2. *Carácter no patrimonial del daño moral*

Otro de los argumentos sustentados por la jurisprudencia para consagrar la exención probatoria del daño moral consiste en reconocer –ahora en el estadio probatorio- su naturaleza especial que lo diferencia del daño material. Sostienen nuestros Tribunales que atendiendo a su diversa naturaleza el daño moral no puede quedar sometido a las mismas reglas probatorias que gobiernan la prueba de los daños materiales, por lo tanto, resulta lógico no exigir de quien pretende su resarcimiento elemento de convicción alguno.

Se ha fallado en este sentido que “no es necesario rendir prueba alguna (...) en lo que consiste el daño moral, *porque éste no es de contenido patrimonial* y, en consecuencia, *no puede quedar sujeto a las mismas reglas aplicables a la indemnización del daño emergente y lucro cesante.*”⁴⁷

Esta vertiente argumentativa del daño moral evidente pone énfasis en la naturaleza del derecho subjetivo o interés legítimo conculcado o afectado, el que por tener un contenido eminentemente extrapatrimonial no puede quedar sujeto en su existencia y cuantificación a las normas probatorias del derecho de daños en general.

⁴⁵ C. San Miguel, 3 de junio de 1992, R.D.J., t. 89, sec. 4°, p. 158.

⁴⁶ C. Antofagasta, 10 de octubre de 2002, Gaceta Jurídica N° 268, p. 116.

⁴⁷ C. Suprema, 26 de septiembre de 1990, Gaceta Jurídica, N° 287, p. 24.

Así lo sustentó la jurisprudencia al señalar categóricamente que “si se tiene presente que en el daño moral la lesión del derecho subjetivo ofendido no es de contenido patrimonial, resulta irrefutable que el establecimiento de la reparación en dinero no puede estar sujeta a las mismas normas que son propias del establecimiento de la indemnización del daño emergente y lucro cesante; y por ello no es necesario rendir prueba alguna sobre su monto.”⁴⁸

4.3.3.3. *Atentado contra de los derechos subjetivos o atributos inherentes a la persona humana*

Este argumento jurisprudencial de considerar al daño moral como el atentado a un derecho subjetivo o atributo inherente a la persona que permita excluir, o al menos suavizar, la aplicación de las normas probatorias, ha sido uno de los más utilizados por nuestros Tribunales de Justicia. Aquí el perjuicio moral proviene en último término de “todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño.”⁴⁹

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 26 de septiembre de 1990, reflejó palmariamente este argumento jurisprudencial, señalando que “el daño moral es la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona (...) de este concepto de sigue como consecuencia necesaria que *la demostración de la trasgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral.*”⁵⁰

Otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de septiembre de 1992, se pronunció en el mismo sentido, señalando que “es indudable que los daños propiamente patrimoniales debe ser acreditados; no siendo el caso de hacerlo con el daño moral, concepto del cual se sigue como consecuencia necesaria que *la demostración de la*

⁴⁸ C. Santiago, 26 de septiembre de 1990, Gaceta Jurídica N° 122, p. 57.

⁴⁹ CAFFARENA DE JILES, ELENA, *op. cit.*, P. 130.

⁵⁰ C. Santiago, 26 de septiembre de 1990, Lexis Nexis N° 11071. Ver en el mismo sentido, C. Suprema, 26 de septiembre de 1990, Gaceta Jurídica N° 287, p. 24.

*transgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia misma del daño moral.*⁵¹

Dentro de las vertientes argumentativas quizás sea esta la que mejor se acerca conceptualmente al verdadero sentido de la prueba del daño moral. Sin embargo, el examen de la práctica judicial todavía no logra superar la ausencia de prueba respecto de la titularidad del derecho subjetivo o interés legítimo y del agravio o detrimento, elementos que requieren una actividad probatoria mas allá del presumible dolor, sufrimiento o angustia que pueda provocar un hecho ilícito.

Como premisa a seguir para la tarea probatoria el argumento jurisprudencial resulta adecuado y correcto. Lo que se extraña es un desarrollo probatorio en la práctica judicial abocado en el mismo sentido, es decir, la consagración de una exigencia por parte de los Tribunales de una plena acreditación de la *titularidad* del derecho subjetivo o interés legítimo y del *agravio* del mismo.

4.3.3.4. *Criterio de normalidad y los hechos notorios*

Para nuestros Tribunales el daño moral frecuente ser un hecho notorio, consecuencia inmediata y normal del hecho ilícito, el cual quedaría sometido a las mismas normas probatorias de los hechos notorios, es decir, estarían exentos de prueba.

Si bien es cierto nuestra jurisprudencia no desarrolla en forma expresa esta argumentación -como lo hace respecto de las otras- el fundamento que subyace no es más que la aplicación de las normas generales en materia de prueba de hechos notorios. Ello significa que el actor no debe convencer al juez que sufrió daño moral cuando éste resulta notorio de acuerdo a los parámetros de la normalidad.

Ejemplo de lo expuesto lo constituye una sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 13 de noviembre de 1997, que señaló “el daño moral debe ser reparado por el ofensor y no es necesario que se rinda prueba tendiente a acreditarlo, por cuanto es *obvio* que la pérdida de un ser querido produce aflicción y dolor en la víctima y los jueces del fondo están

⁵¹ C. Santiago, 6 de septiembre de 1992, Gaceta Jurídica N°143, p.

obligados a compensarlo en dinero.”⁵² Otra sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 11 de noviembre de 2003, señaló que de “las lesiones corporales, del daño en la integridad física y salud, *se infiere, se presume, seria y gravemente*, el daño moral de la actora.”⁵³

La exculpación de prueba del daño moral pasa por la obviedad de su producción, es decir, por la aplicación de los estándares del criterio de razonabilidad, en el sentido que constatado el hecho ilícito resulta razonable que se produzca agravio moral, lo que determina que sea notorio.

La normalidad como criterio que exime de prueba al daño moral no se ha expresado ni desarrollado como argumento, pero sí ha sido subentendido en la doctrina impuesta por nuestros Tribunales. Quien alega un hecho distinto al estado normal de las cosas debe probarlo, y lo normal es que determinados hechos ilícitos produzcan daño moral.

Dentro de este argumento de normalidad y razonabilidad también podemos incluir a la denominada prueba *in re ipsa*, terminología desconocida por nuestra jurisprudencia hasta el día de hoy. Los Tribunales mediante la apreciación de las circunstancias fácticas que determinaron la existencia del hecho ilícito extraen como una consecuencia normal u ordinaria la existencia del daño moral. Así lo estableció la Excma. Corte Suprema, en fallo de 14 de junio de 2001, al sostener que “el daño moral no requiere de prueba en materia extracontractual, porque *las circunstancias que rodean el hecho ilícito permiten presumir la existencia de tales perjuicios*, como ocurre, por ejemplo, en los casos de muerte y lesiones.”⁵⁴

4.3.3.5. Daño material que implica daño moral

El último de los argumentos vertidos por la jurisprudencia para eximir de prueba al daño moral consiste en sostener que la acreditación del daño material constituye al mismo tiempo prueba del perjuicio moral. Aquí la jurisprudencia mal entiende al daño material y lo asimila al daño corporal, como en el caso de las lesiones. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallo de 29 de noviembre de 2001, sostuvo que “el daño corporal o

⁵² C. Suprema, 13 de noviembre de 1997, Lexis Nexis N° 14938.

⁵³ C. Suprema, 11 de noviembre de 2003, Lexis Nexis N° 28974.

⁵⁴ C. Suprema, 14 de junio de 2001, Lexis Nexis N° 18885.

sufrimiento físico experimentado por las víctimas a consecuencia de las lesiones sufridas en un accidente de tránsito se confunde con el daño moral, que es también el sufrimiento que experimenta una persona a raíz de una situación o vivencia traumática que puede estar asociada a una lesión física.”⁵⁵

Lo expuesto precedentemente también ha sido sostenido por nuestra Excma. Corte Suprema, que sentó la siguiente doctrina justificativa del daño moral evidente: “Demostrada la existencia del daño material que en el caso presente consiste en las lesiones graves sufridas por la demandante al caer debido al mal estado de una vereda, según quedó demostrado por los jueces del fondo, el daño moral sufrido es innecesario demostrarlo empíricamente.”⁵⁶

La sola prueba de las lesiones permite manifestar la existencia del perjuicio moral sufrido por el actor, no exigiéndose otro elemento que la demostración procesal de un hecho externo que haya atacado y agraviado la parte somática del individuo.

⁵⁵ C. Va lparaíso, 29 de noviembre de 2001, Lexis Nexis N°23489.

⁵⁶ C. Suprema, 4 de junio de 2002, Gaceta Jurídica N° 272, p. 117.

4.4. DOCTRINA DE LA NECESIDAD DE PRUEBA DEL DAÑO MORAL

4.4.1. ENUNCIACIÓN

En contraposición a la doctrina del daño moral evidente encontramos la tesis que postula la necesidad de la plena acreditación del daño moral para fines resarcitorios. Para esta vertiente, no existen daños morales evidentes ni aún respecto de los afectados directos o inmediatos, y será quien pretenda obtener una indemnización fundada en el daño moral quien deberá establecer su existencia dentro del proceso de daños de acuerdo a las reglas generales sobre la prueba.

La dogmática del derecho de daños ha sido una fiel defensora de esta doctrina. Sin embargo, no ha existido un desarrollo sistemático y acabado sobre el tema, examen que se ha caracterizado por la liviandad al momento de desplegar los argumentos para sustentar esta escuela. Su tratamiento marginal en la literatura nacional y la falta de un desarrollo que integre las distintas ramas del derecho que inciden en la problemática del daño moral, ha imposibilitado una reflexión profunda que sea capaz de influir en el criterio jurídico que se impone en las decisiones judiciales, cuya regla sobre la materia ha sido latamente desarrollada.

Dentro de los argumentos expuestos por la dogmática jurídica y por cierta parte – mínima por cierto- de la jurisprudencia nacional, destacan puntos de común conexión que rescatan la necesidad de probar los elementos que estructuran la existencia de la responsabilidad civil, en especial, al daño moral como una especie o clase de daño.

Otros postulan la asunción por parte de los litigantes de las denominadas cargas procesales, dentro de ellas al *onus probandi* o peso de la prueba, carga mínima para el sujeto de derecho que pretende que se le reconozca su derecho a ser resarcido.

A continuación expondremos los argumentos desarrollados por la doctrina para postular y fundamentar la necesidad de la plena acreditación del daño moral dentro del proceso de daños.

4.4.2. ARGUMENTOS PARA SOSTENER LA PLENA ACREDITACIÓN DEL DAÑO MORAL

4.4.2.1. Daño moral como elemento de la responsabilidad civil⁵⁷

El perjuicio moral dentro de la responsabilidad civil en general no es más que una especie o clase de daño, al igual que el daño emergente, lucro cesante, daño directo e indirecto, previsto e imprevisto, todos ellos exteriorizaciones del daño material. La dogmática jurídica nacional y comparada, suele abordarlo en contraposición al daño patrimonial, no por existir una incompatibilidad en relación a su resarcimiento, sino por la opción de reconocer en él diferencias en su naturaleza y origen que justifican su tratamiento particular. Como bien lo ha expresado la Excma. Corte Suprema, en fallo de 13 de noviembre de 2003, “entre los daños que deben ser objeto de reparación –y con el preciso objeto que ésta cumpla su rol satisfactivo a plenitud– se encuentra el denominado tradicionalmente ‘daño moral’ que la moderna doctrina engloba en la expresión más genérica de daño extrapatrimonial, *por oposición al estrictamente patrimonial*, desglosado en sus clásicas especies de ‘daño emergente’ y ‘lucro cesante’.”⁵⁸

Esto no significa desconocer las cualidades especiales que tiene este rubro, sino que tan sólo afrontar al daño moral desde la perspectiva que ocupa dentro de la responsabilidad civil, lo que significa afirmar su sometimiento tanto a los parámetros probatorios que gobiernan la prueba de los demás elementos de la responsabilidad civil, como a los requisitos o presupuestos establecidos para el resarcimiento del daño en general.

En palabras bien resumidas de la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 3 de agosto de 1948, “son requisitos de todo delito o cuasidelito civil el dolo, culpa o negligencia de las personas a quienes se imputa el hecho ilícito, y el daño causado. *Incumbe al que alega la obligación nacida de un hecho ilícito civil, probar la coexistencia de todos los elementos constitutivos de esa obligación.*”⁵⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ expresa al respecto que “a la víctima incumbe probar el dolo o la culpa del autor del delito o

⁵⁷ Esta posición doctrinal de asumir al daño moral como presupuesto crucial de la acción que se intenta, debe ser entendida en relación a los parámetros que sustenta el *onus probandi* en nuestro derecho, por cuanto, quien alega la existencia de una obligación deberá acreditar sus elementos.

⁵⁸ C. Suprema, 13 de noviembre de 2003, Gaceta Jurídica N°104, p.281.

⁵⁹ C. Suprema, 3 de agosto de 1948, R.D.J., t. 45, sec. 1°, p. 667.

cuasidelito, *la existencia del daño*, el monto de este mismo daño y la relación causal entre ese dolo o culpa y el daño; son los hechos generadores de la obligación que demanda.⁶⁰

Corresponderá, entonces, al actor acreditar la existencia del daño moral como un elemento o presupuesto de su acción resarcitoria por responsabilidad civil, carga que asume desde el instante que interpone su acción, toda vez que tiene que demostrar al sentenciador que se dan los requisitos para acceder a su demanda, especialmente el daño moral, que muchas veces puede determinar el interés legítimo del actor en el ejercicio de su acción.

Como sintéticamente lo afirma CORRAL TALCIANI “el daño moral como requisito de la acción de responsabilidad *debe ser acreditado legalmente*”,⁶¹ palabras de escaso contenido argumentativo pero sumamente gráficas para ilustrar la forma en que se inserta el daño moral en la responsabilidad civil.

En este lineamiento el hecho antijurídico es tan sólo un presupuesto de la indemnización de perjuicios, su sola ocurrencia no puede justificar la existencia de un daño moral, cualquiera sea su índole o naturaleza, sosteniéndose en toda su extensión el principio general que todo daño debe ser acreditado para ser indemnizado.

Esta prueba del daño en la responsabilidad civil se podría calificar de *indispensable o necesaria*. Esto significa que toda falta o insuficiencia de prueba del perjuicio que invoca el actor como sustento de su demanda, trae como consecuencia el rechazo de su pretensión en sede judicial.⁶² El actor debe romper con el estado de normalidad de las cosas y demostrar que la acción u omisión le ha causado un daño y que dicho daño puede ser reparado. En otras palabras, debe constatar el estado fáctico que se enmarca en los presupuestos de hecho de las normas jurídicas aplicables al caso concreto.

Podríamos afirmar en este sentido que con cada uno de los elementos de la responsabilidad aquiliana el demandado goza de cinco presunciones formuladas en sentido negativo, presunciones que sólo pueden ser destruidas con la producción de prueba

⁶⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *op. cit.* pp. 513 y 514.

⁶¹ CORRAL TALCIANI, HERNAN, *op. cit.*, P. 166. Ver en mismo sentido, C. Santiago, 28 de julio de 1999, Gaceta Jurídica N°178, p. 289.

⁶² Ver en este sentido, FUEYO LANERI, FERNANDO: *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, p. 370.

necesaria o indispensable, por lo que será el actor quien asuma la carga de acreditar los presupuestos de la responsabilidad, principalmente, el daño.

Esto significa que las consecuencias de la falta o insuficiencia de prueba deben ser soportadas por el demandante. “La grave imprecisión de la prueba de los daños cuya reparación reclama el actor, constriñe a resolver a favor del obligado en cuanto a las deudas que de ello se sigan.”⁶³ Si el juez, después de analizar el mérito del proceso, no logra una convicción plena y satisfactoria sobre la ocurrencia del daño moral, deberá decidir el litigio a favor del deudor negando la demanda.⁶⁴

El trazado que hemos expuesto hasta el momento nos demuestra que el daño moral no puede escapar a su verdadera posición dentro de los elementos que estructuran y dan vida a la responsabilidad civil, lo que significa que como daño que se trata debe satisfacer la necesidad práctica de la carga de la prueba dentro del proceso de daños, por lo mismo, debe ser acreditado por quien alega su existencia.

De lo expuesto podemos afirmar que el presupuesto *sine qua non* para que el juez pueda proceder a la reparación del daño, sea patrimonial o extrapatrimonial, lo constituye su acreditación de acuerdo a los medios que establece nuestro ordenamiento, “lo que equivale a sostener que deberán existir en el proceso antecedentes que revelen inequívocamente su existencia y, a lo menos, las bases esenciales de su extensión.”⁶⁵ Sólo así el juez puede estar en condiciones de ordenar la reparación del daño.

4.4.2.2. *Carácter excepcional y restrictivo del daño moral*

El daño entendido como un menoscabo o disminución en el patrimonio mensurable o moral del sujeto, distinto a la acción u omisión ilícita, constituye una situación de

⁶³ *Loc. cit.*

⁶⁴ Como lo afirma PAILLÁS “la conciencia que el juez se forme en el proceso acerca del *facta probandi* debe ser plena, esto es, debe llegar a la convicción adquirida por los medios de prueba legal. Esta es una evidencia subjetiva que producirá la certeza moral del hecho.” PAILLÁS ENRIQUE: *Estudios de derecho probatorio*, p. 21.

⁶⁵ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *op. cit.*, p. 343.

producción excepcional en el orden normal de las cosas, y por ende, excepcional también para el derecho.

Los parámetros de normalidad vienen otorgados por la ausencia de perjuicios con la realización de acciones u omisiones. Es decir, sólo excepcionalmente éstas serán capaces e idóneas para modificar el *status quo* vigente y provocar una disminución del patrimonio.

Desde el punto de vista del *onus probandi*, el que alega la existencia de un daño, ruega por el reconocimiento de una obligación -derecho personal- cuyo vínculo jurídico es de por sí excepcional. Las obligaciones no pueden ni deben presumirse porque el estado normal de las cosas propugna lo contrario, y será quien alega la existencia de ella quien asume la carga de probar en toda su extensión cada uno de sus elementos.

Lo expuesto hasta el momento nos permite concluir en el plano dogmático que el daño, cualquiera sea su especie o naturaleza, *tiene una ocurrencia de carácter excepcional*, por ende, su aplicación a todo ámbito debe ser restrictiva y de derecho estricto, pudiendo el juez rechazar una pretensión indemnizatoria cuando tenga dudas sobre la real existencia del daño.

La dogmática jurídica de nuestro país ha sido la principal sostenedora de esta postura como uno de los fundamentos para exigir la acreditación del daño moral.

Así DIEZ SCHWERTER señala que “si tenemos presente que todo daño (sea de índole material o moral) es en sí excepcional y por ende de aplicación restrictiva, surge, como lógica consecuencia, que su existencia deberá ser acreditada por quien sostenga haberlo sufrido a consecuencia de un hecho ilícito y demande su reparación”⁶⁶. Concluye el autor afirmando que “no existen daños morales evidentes, ni aun respecto de víctimas directas, por cuanto *todo daño es excepcional y de aplicación restrictiva*, no escapando a estas características el de índole moral. Su existencia, por ende, deberá ser acreditada, no obstante las dificultades que ello pueda generar.”⁶⁷

⁶⁶ DIEZ SCHWERTER, JOSE LUIS, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁷ *Loc. cit.* La cursiva es nuestra.

La Corte de Apelaciones de Temuco, en fallo de 20 de mayo de 2003, sostuvo en términos similares a la doctrina reseñada anteriormente, que “el daño moral como todo daño *tiene un carácter excepcional de aplicación restrictiva* por lo que su existencia deberá ser acreditada por quien sostiene haberlo sufrido y demanda su reparación, no existen daños morales evidentes que escapen a esta exigencia, ni aun en el caso de víctimas directas.”⁶⁸

La opinión de FUEYO LANERI sobre este punto es clara y categórica, aunque no muy fundamentada. Señala el autor “que todo daño debe probarse, sea patrimonial, sea extrapatrimonial. El método y el objeto sobre que recae la prueba, y su extensión, serán diferentes según la clase de daños; pero ésa es una cuestión aparte y no hace excusable la prueba que se ha de rendir en todo caso. A mayor abundamiento, *el daño es en sí excepcional y de aplicación restrictiva*; mucho mas el daño extrapatrimonial o moral.”⁶⁹

La metodología o forma en que se producirá la prueba, el objeto sobre el cual debe recaer la actividad probatoria y la extensión de la misma, serán diferentes según se trata de daño moral o patrimonial.

Sin embargo, esta cuestión no se debe confundir ni mucho menos asimilar con la prueba de la existencia del daño, la cual siempre será indispensable o necesaria. En efecto, dentro de lo que podríamos denominar el *iter probatorio*, la exención de acreditación del daño moral tan solo se produce en la segunda fase de la prueba, o etapa de demostración del *quantum* indemnizatorio. Ahí no será necesario que el actor rinda prueba alguna. “Es posible que esta etapa final de regulación discrecional y subjetiva de cantidad haya hecho pensar erróneamente a muchos que ‘en el caso de daño moral no hay prueba’. Es simplemente una confusión.”⁷⁰

La diferenciación de las etapas de la prueba es notoria. La convicción de la prueba necesaria será una cuestión de Derecho cuando se encuentren en juego normas reguladoras de la prueba (determinar si los hechos constituyen o no daño), en contraposición a la prueba

⁶⁸ C. Temuco, 20 de mayo de 2003, Gaceta Jurídica, N°275, p.59.

⁶⁹ FUEYO LANERI, FERNANDO: *Instituciones...*, pp. 106 y 107.

⁷⁰ FUEYO LANERI, FERNANDO: *Instituciones...*, p. 108.

del monto resarcitorio que constituye siempre una cuestión de hecho privativa de los jueces de la instancia sustraída del Tribunal de casación.

4.4.2.3. Normas adjetivas aplicables a la prueba del daño moral.

Un tratamiento serio y adecuado sobre la problemática que estructura la prueba del daño moral reclama la integración e intervención de todos los elementos que pueden confluír en su acreditación. Las normas adjetivas, directamente aplicables al proceso de daños, nos orientan a pronunciarnos sobre la solución expuesta por la doctrina, es decir, afirmar la plena acreditación del daño moral.

El estudio de la prueba se relaciona con la dogmática civil y procesal, ocupando una posición mixta o intermedia entre ambos extremos. “Es así como caen bajo el ámbito del derecho civil las disposiciones relativas a la determinación de los medios probatorios, su admisibilidad, su valoración y el *onus probandi*, al paso que se preocupa el derecho procesal de todo lo que dice relación con la producción o modo externo de ofrecer y rendir la probanzas.”⁷¹

Por ello el derecho de daños no puede ni debe escapar de la dogmática normativa procesal, que está llamada a ser un instrumento del derecho material que se reclama en el pleito, el cual debe estar ligado y, muchas veces sometido, al derecho procedimental. La ficción de daño moral, o la llamada doctrina del daño moral evidente, como hemos expresado, presume la existencia de uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, a partir de otro elemento de la misma, sin tener respaldo empírico procesal del cual el juez pueda sustentarse.⁷²

Esta presunción -que más bien se trata de una ficción-, infringe a nuestro juicio una norma básica dentro de los procesos dispositivo y de verdad formal, cual es, el Art. 160 del Código de Procedimiento Civil. Este precepto adjetivo más que una norma positiva

⁷¹ RIOSECO ENRIQUEZ, EMILIO: *La prueba ante la jurisprudencia*, tomo I, p. 22.

⁷² Debemos recordar que la doctrina del daño moral evidente prescinde por completo de la prueba del perjuicio extrapatrimonial, el cual se tiene por acreditado por la sola ocurrencia del hecho ilícito sin que exista en el proceso antecedente alguno que determine una vulneración a un interés legítimo extrapatrimonial.

cuyo destinatario es el juez, establece un verdadero principio, una regla básica y fundamental del derecho procesal civil, conforme a la cual las sentencias deben pronunciarse conforme al mérito del proceso, esto es, de acuerdo a las pruebas que las partes han rendido.

La Excma. Corte Suprema, en fallo de 23 de junio de 1972, señaló que “es regla fundamental del derecho procesal que los *Tribunales deben sujetarse en la dictación de sus fallos a lo alegado y probado*. Para acoger lo pedido por el actor deben las sentencias atenerse a lo que éste pruebe en el litigio, salvo en cuanto la ley autorice al juez para proceder de oficio.”⁷³

La naturaleza del juicio civil, estructurado como un proceso eminentemente dispositivo, no permite que los hechos que hayan de servir de base a la sentencia se averigüen por medio de una suerte de proceso inquisitivo, donde el juez deja el papel de mero espectador y aplicador de la ley, para sumir un rol preponderante e indispensable para el interés de la acción puesta en litigio.⁷⁴ La acreditación del daño moral en la doctrina del daño moral evidente no depende del valor probatorio determinado *ex ante* por el ordenamiento a cada medio de prueba en particular, sino que de una suposición subjetiva e individual sobre la trascendencia de un hecho para elucubrar la existencia del perjuicio extrapatrimonial.

Con esto no queremos negar la facultad de la función judicial para apreciar y ponderar cada uno de los medios de prueba, oficio que resulta necesario e indispensable para la racionalidad de la decisión judicial, sino tan sólo reprochar la amplísima facultad no reglada del juez para la determinación del agravio moral.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 8 de julio de 1941, volvió a remarcar la función del sentenciador en su sujeción a la estrictez del mérito del proceso. De

⁷³ C. Suprema, 23 de junio de 1972, en R.D.J. T., 69, sec. 1º, p. 92.

⁷⁴ La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 8 de julio de 1941, graficó la función del juez dentro de la acreditación de los hechos jurídicos que pueden concurrir en un pleito. Señaló al respecto que “el actor debe precisar y probar el hecho constitutivo de su derecho; el demandado debe probar los hechos extintivos o impeditivos de su excepción; *en estas dos cuestiones los litigantes tienen la iniciativa y su papel es siempre activo; el Juez en cuanto al hecho no puede tener iniciativa alguna.*” C. Santiago, 8 de julio de 1941, R.D.J., T. 39, sec. 2º, p. 41. La cursiva es nuestra

acuerdo a este fallo “el juez no tiene iniciativa alguna en cuanto a los hechos del juicio, su decisión se basa exclusivamente en lo que han acreditado las partes y sólo puede esclarecerlos, pero no puede sentar un hecho que las partes no probaron y derivar de él efectos de derecho.”⁷⁵

RIOSECO ENRIQUEZ, comentando la sentencia citada, reconoce la correcta aplicación que se hace del principio dispositivo, base de nuestro sistema probatorio. Señala el autor que “las partes alegan y prueban los hechos, no correspondiendo al juez iniciativa en estas etapas, pues sólo incumbe darlos o no por establecidos y únicamente conforme a lo alegado y probado.”⁷⁶ En este mismo orden de ideas el establecimiento del daño moral corresponde a una actividad propia de las partes y no al juez, quien sólo debe constatar si en el proceso se encuentran elementos para determinar la existencia de un interés legítimo extrapatrimonial y si éste ha sido lesionado.

La importancia de este precepto legal dentro del sistema de la prueba en general, ha forjado abundante y copiosa jurisprudencia sobre su contenido y alcance. La Corte Suprema, hasta el año 1969 aproximadamente determinó –con ciertas excepciones- que la infracción del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, constituía un vicio de casación formal que podía servir de base para la interposición de dicho recurso, rechazando de plano, hasta el día de hoy, que su transgresión pueda fundar un recurso de casación en el fondo.

Como norma ordenatoria litis, el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, no autoriza la procedencia del recurso de casación en el fondo por su sola contravención, lo que no significa que no pueda servir de base para sustentarlo, cuando existen normas reguladoras de la prueba vulneradas en el establecimiento de los hechos.

Por otra parte, la norma del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, representa una figura de especial característica, por cuanto representa una mixtura de elementos heterogéneos según sea a quien se le va aplicar. En efecto, para el sentenciador esta regla procesal básica, constituye una obligación legal –deber jurídico- que tiene que

⁷⁵ C. Santiago, 8 de julio de 1941, R.D.J., t., 39, sec. 2º, pp. 41 y 77.

⁷⁶ RIOSECO ENRIQUEZ, EMILIO, *op. cit.*, p. 112

respetar al momento de dictar su sentencia, obligación que genera un deber tanto en sentido negativo como positivo. Negativo, en la medida que le está vedado al fallador considerar lo que no se encuentra presente en la materialidad del proceso, y positivo, porque le impone al juez el deber de considerar *todo* lo que está en el proceso.

Para las partes, el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, representa tan sólo una necesidad práctica –no deber jurídico– que se traduce en la *carga* de acreditar el hecho constitutivo de su acción como presupuesto de su resarcimiento, ya que el juez sólo podrá apreciar la efectividad del agravio del interés legítimo extrapatrimonial, si se encuentra acreditado en el proceso, tanto en su existencia como en su lesión.⁷⁷

AEDO BARRENA sostiene categóricamente que “nuestro sistema probatorio en materia civil se rige por el principio de la pasividad, es decir, las partes son las que aportan las pruebas en el proceso. Por consiguiente son éstas las que entregan los elementos de convicción al juez y éste no está autorizado para eximir a una de las partes de acreditar los hechos que reclama.”⁷⁸

Lo expuesto hasta el momento nos demuestra que la normativa procesal chilena reclama por una solución a la prueba del daño moral que concilie los principios básicos del derecho procesal, y que se condiga con las bases del principio dispositivo y de aportación de prueba de parte, lo que significa limitar el campo de acción del juez en materia probatoria dejando a las partes la tarea e iniciativa de ella. Esto demuestra que la prueba del daño moral, en el proceso de daños, debe ser completa y efectiva, debe surgir completamente del mérito del proceso y de la verdad formal. Esto no obsta la plena aplicación de los incidios judiciales como medio de prueba válido.

4.4.2.4. *El onus probandi y la carga probatoria dinámica.*

La decisión judicial requiere de la apreciación y valoración de circunstancias que no se encuentran a disposición del juez sino que de las partes del proceso o en poder de

⁷⁷ Sobre la diferencia entre necesidad práctica y necesidad jurídica o deber jurídico en el derecho procesal, ver PAILLÁS ENRIQUE, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁸ AEDO BARRENA, CRISTIÁN: *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual.*

terceros ajenos al mismo. Esto determina que los litigantes deban asumir determinadas cargas dentro del proceso acordadas por el ordenamiento *ex ante* según sus pretensiones, dentro de las cuales –y quizás la más importante– se encuentra la carga de la prueba, también conocida como el *onus probandi*.

En sencillas palabras, se entiende por *onus probandi* o peso de la prueba “la necesidad en que se encuentra un litigante o interesado, de probar los hechos o actos que son el fundamento de su pretensión.”⁷⁹ Esta actividad de las partes no implica un deber de probar –necesidad jurídica– sino más bien una carga, tomando los litigantes sobre sí el riesgo de la prueba y asumiendo las consecuencias adversas propias del interés que conlleva la inactividad probatoria. La parte que no logra la convicción del sentenciador sobre un determinado hecho sobre el cual tenía que rendir prueba se expone a una virtual e inminente derrota en la litis.

Desde antiguo se ha venido intentando reglar adecuadamente el difícil tema de la carga de la prueba. Este ha constituido en nuestro derecho un principio invariable; las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar los resultados de la omisión de ese imperativo del propio interés. El actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos del derecho que invocaba, y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que oponía a aquéllos.

Este criterio rígido del *onus probandi* se encuentra consagrado positivamente en el artículo 1698 del Código Civil, tratado a propósito de la prueba de las obligaciones, cuyo alcance como criterio rector aplicable a todo el ordenamiento resulta a estas alturas indubitado⁸⁰. Este precepto rescata la norma subjetiva básica de la carga de la prueba, asumiendo la parte que alega una obligación la necesidad práctica de establecer su existencia en sus elementos configurativos básicos.

Este derecho dogmático, excesivamente influido por la consideración del proceso como un combate judicial, no podía tener como correlato sino una férrea imposición del *onus probandi* en la cabeza de quién afirmaba un hecho. Así, el juez al decidir el conflicto a

⁷⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL: *La prueba sustantiva en materia civil*, p. 51.

⁸⁰ Véase, *ad ex.*, LARRAÍN RÍOS, HERNÁN: *Teoría general de las obligaciones*, p. 457; ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC: *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general*. Tomo II, p. 412; y PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *op. cit.*, 56.

favor o contra del actor deberá preguntarse “a quién” le correspondía probar tal o cual hecho constitutivo, impeditivo o extintivo, para luego hacer caer sobre quien no logró su convicción los efectos de la insuficiencia o imperfección probatoria.

Hoy en día, la literatura y jurisprudencia de otras latitudes reconoce en la tradicional figura de la carga de la prueba, un criterio flexible, adaptable a las exigencias de cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza de los hechos alegados o rechazados por las partes, a la facilidad o dificultad en la producción de la prueba, etc.

Este cambio en la estructura rígida del *onus probandi* obedece al reconocimiento del proceso como un mecanismo cuyo objetivo final es la decisión justa del litigio a través de la verdad material, previa conciliación con el principio dispositivo, de igualdad de las partes y de aportación de prueba de parte.

La búsqueda de la verdad material en el proceso civil, ya no por el Juez sino que por los litigantes, facilitan la labor de la judicatura profesional y, por añadidura, se amplían considerablemente las posibilidades que el Juzgador llegue a un grado de certeza o convicción moral mayor arribando a soluciones más justas.

Este elemento teleológico del proceso encontró para el cumplimiento de su objetivo a la denominada *carga probatoria dinámica*, que consiste en imponer el peso de la prueba a aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado.⁸¹ Así entendida, ésta puede recaer en el actor o en el demandado, según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes.

Para esta nueva nomenclatura y visión de la distribución de la carga probatoria, el *onus probandi* no depende solamente de la invocación de un hecho, ya sea constitutivo, impeditivo o extintivo de la pretensión, sino más bien se apela a la *posibilidad de producir la prueba*.

Esta desigualdad fáctica puede obedecer a diversas causas. Puede que la dinámica de los hechos del litigio determinen una natural condición de superioridad de una de las

⁸¹ Sobre la carga probatoria dinámica, ver LÓPEZ MESA, MARCELO J.: “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española”, en www.eft.com.ar/doctrina/articulos/libros_carga_de_la_prueba.htm (11/04/05)

partes respecto de la otra, la cual se halla en mejores condiciones de acercar prueba al proceso; pueden existir razones de superioridad técnica, de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes. En fin, puede que la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, determine la necesidad práctica de una de las partes de probar dicho hecho. Todas estas causas generan el *traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar*.

El principio de igualdad requiere una verdadera materialización no sólo en el ámbito de la norma, sino que además en el plano ontológico, lo que implica conceder a las partes iguales derechos, posibilidades y cargas procesales, de manera que no quepan la existencia de privilegios o desventajas absolutas o relativas a favor de alguna de las partes. La carga probatoria dinámica no es más que una fiel representante de la materialización del principio de igualdad de los litigantes.

Ahora bien, si aplicamos el principio de la carga probatoria dinámica al proceso de daños, especialmente cuando se reclama resarcimiento del perjuicio moral, debemos concluir que le corresponde al actor o demandante la carga de acreditar la existencia de daño moral, cualquiera sea el hecho que lo genera, toda vez que se encuentra en mejores condiciones de producir y ofrecer al juez la prueba necesaria o indispensable.

Por el contrario, exigir del demandado actividad probatoria en torno a la no existencia de daño moral implica romper con el principio de igualdad, enfrentando a una de las partes a una carga en el hecho prácticamente imposible de satisfacer, por cuanto la prueba de los hechos relevadores o circunstancias objetivas exculporias, se encuentran en la mayoría de los casos en manos del otro litigante. Generalmente el demandado “no ha tenido vinculación alguna anterior con el actor y, en consecuencia, ignora las condiciones personales y familiares de éste, haciéndose materialmente imposible controvertir sus pretensiones, aunque los hechos en que éstas se apoyan carezcan de fundamento en la realidad.”⁸²

Será el actor quien evidentemente se encuentra en mejor posición de producir prueba del agravio moral, tanto de la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo

⁸² VERGARA BEZANILLA, JOSE PABLO, *op. cit.*, p. 72.

del cual era titular, como del agravio o menoscabo del mismo. La dinámica de los hechos del litigio determinen una natural condición de superioridad del actor por sobre el destinatario de su pretensión, cuya resistencia se vuelve inviable de exigirle la prueba.

Este escenario de la carga probatoria dinámica no resulta incompatible con los parámetros arraigados y conocidos por nuestra dogmática sobre la carga probatoria. El *onus probandi*, como hemos expuesto anteriormente, debe recaer siempre en el actor, misma solución que se llega por el camino de la carga probatoria dinámica. Sin embargo, las razones son heterogéneas. En este caso la aplicación de los parámetros de justicia, verdad material e igualdad de las partes, exigen del actor la prueba de un hecho, que de acuerdo a la dinámica del litigio y su posición, está en mejores condiciones de producirlo.

5. CRÍTICAS A LA TESIS DEL DAÑO MORAL EVIDENTE

La tesis sustentada por nuestra jurisprudencia mayoritaria sobre la existencia de un daño moral evidente adolece en nuestra opinión de graves defectos en su planteamiento, imperfecciones que se pueden sustentar tanto del punto de vista material como del adjetivo o procedimental.

A continuación expondremos las que a nuestro juicio constituyen las críticas más significativas y contundentes a la tesis del daño moral evidente.

5.1. *Atenta contra la finalidad básica de la indemnización de perjuicios.*

El juicio indemnizatorio en general busca conseguir de la judicatura una decisión tendente a la obtención de una reparación económica equivalente a la disminución del patrimonio del sujeto afectado, de manera que éste no puede ni debe significar en caso alguno una fuente de lucro para el actor. De esta forma “la responsabilidad civil aparece vinculada esencialmente al *daño* que sufre una o mas personas individualizables y al deber que tiene alguien de compensarlo o repararlo con medios equivalentes.”⁸³

Este escenario, sin embargo, no puede ser aplicado estrictamente a la indemnización del daño moral, ya que el resarcimiento tiene una naturaleza diversa a la compensatoria, mas cercana a una pena civil que se le impone al hechor, o a una satisfacción que se le otorga al damnificado.⁸⁴

Sea cual sea la postura que se adopte sobre la función de la indemnización en materia de daño moral, lo cierto es que ésta solo será procedente en la medida que se encuentre *acreditada e indubitada en el proceso la existencia de un perjuicio moral*, entendido éste como la afectación, de cualquier índole o magnitud, a los intereses legítimos

⁸³ CORRAL TALCIANI, HERNAN, *op. cit.*, 20.

⁸⁴ Las discusiones en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización del daño moral aparecen a estas alturas en cierta medida ya superadas por la dogmática del derecho de daños, existiendo consenso en su naturaleza eminentemente satisfactoria, cuya función radica en procurarle al damnificado satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas, reparándose el mal causado aunque sin borrar del patrimonio moral de la víctima los devastadores efectos del hecho dañoso. Sin embargo, no podemos negar que el daño moral cumple variadas funciones dentro de nuestro orden jurídico, especialmente para la jurisprudencia, que reconoce en él una especie de sanción civil, cercana a la noción de daño punitivo. No obstante, los Tribunales no han explicitado esta función punitiva solapándola bajo los fines resarcitorios del daño moral. Véase en este sentido, STIGLITZ GABRIEL Y GANDOLFO ANA, *op. cit.* p. 52.

extrapatrimoniales de la víctima. Sólo de esa forma se puede decretar el pago de una indemnización de perjuicios.

En la tesis del daño moral evidente la prueba del perjuicio se corresponde con la demostración de la idoneidad y aptitud del hecho antijurídico para provocar un estado de agravio espiritual o sufrimiento psíquico del sujeto, y *no* precisamente por el establecimiento de un *menoscabo a un interés legítimo* del cual la víctima era titular y que formaba parte de su patrimonio moral.

El derecho no está llamado a resarcir todos los estados espirituales de dolor o aflicción que pueda padecer una persona producto de un hecho ilícito, sino tan sólo aquellos que *deriven inmediatamente de la infracción a intereses legítimos extrapatrimoniales*. En el ámbito probatorio el actor asume la necesidad práctica de demostrar al sentenciador; por una parte, su calidad de titular de un interés legítimo y, por la otra, la acreditación de la pérdida o disminución de dicho interés, prueba que podríamos calificar de necesaria e indispensable, sin la cual no puede existir daño moral, y por ende, indemnización alguna.

En la práctica judicial de nuestro país nada de esto ocurre. Ni los litigantes ni el juez realizan actividad alguna para establecer la existencia de un interés legítimo agraviado, limitándose el trabajo judicial a la afirmación de que tal hecho o circunstancia “*ha producido daño moral*” o “*ha tenido que producir un daño moral*”, formulas casi sacramentales, que a estas alturas tienen un espacio obligado en la estructura considerativa de las resoluciones judiciales y demandas indemnizatorias.⁸⁵ Establecido determinado hecho como susceptible de causar dolor, sufrimiento o angustia, automáticamente corresponde dar lugar a la indemnización de perjuicios por daño moral, incluso en extremos donde no se han acreditado dichos estados de espíritu.

De lo expuesto se puede fácilmente colegir que bajo el amparo de la tesis del daño moral evidente resulta perfectamente posible la indemnización de un daño moral que no se ha producido, es decir, supuestas víctimas que mantienen incólumes sus intereses legítimos

⁸⁵ Véase en este sentido, DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, *op. cit.*, p. 143.

extrapatrimoniales y que no obstante ello, obtienen el pago de una indemnización que se transforma en ese escenario en un lucro o ganancia económica que repugna con la función que cumple la indemnización de perjuicios y que significa un enriquecimiento injusto e indebido.

La doctrina ha señalado que la sola lesión a un derecho extrapatrimonial no puede significar la constatación automática de un daño moral, ya que con ello se *desnaturaliza la función reparadora de la responsabilidad civil*. “La sola transgresión de un derecho patrimonial o no patrimonial no es bastante para sostener la reparación, es necesario que se acredite que la violación ha causado un daño; una pérdida efectiva, un menoscabo de las condiciones materiales o inmateriales de la persona afectada.”⁸⁶

El carácter resarcitorio o satisfactivo que tiene el daño moral imprime en el juez el deber de acordar su reparación sólo cuando éste se encuentre acreditado en el proceso en forma autónoma al acto u omisión ilícita. Por el contrario, si el sentenciador ignora cuál fue el interés extrapatrimonial lesionado, no sabrá lo que hay que resarcir o satisfacer, por lo que tiene el mismo deber de rechazar la pretensión.

En este sentido podemos decir que el principio de la reparación integral del daño causado,⁸⁷ no sólo reconoce una *faz positiva* en orden a sostener la reparación de todo el daño sufrido por la víctima. Sino que además contiene una *prescripción negativa* de rechazar la indemnización de daños que no se hayan producido. No resulta justo obligar al victimario a indemnizar más daños que lo que su acción ha producido, principio que se vulnera cada vez que se otorga una reparación por daño moral sin prueba o antecedente alguno sobre su existencia.

5.2. El daño moral evidente infringe las normas reguladoras de la prueba.

⁸⁶ CORRAL TALCIANI, HERNAN, *op. cit.*, 166.

⁸⁷ Acerca de la discusión en torno a la factibilidad de la aplicación del principio de reparación integral al daño moral, véase PIZARRO RAMON DANIEL, *op. cit.*, pp. 382 y ss.

La presunción de daño moral sostenida por la tesis del daño moral evidente produce una inversión de la carga probatoria violando –por consiguiente- las normas reguladoras de la prueba.

Sostiene AEDO BARRENA que “la ficción de daño moral (...) viola las normas reguladoras de la prueba, pues el juez exime de la prueba quien en derecho debió acreditar su pretensión. Se produce pues la inversión del peso de la prueba, enfrentándose el demandado a la prueba del daño moral como si se tratara de una presunción simplemente legal.”⁸⁸

La uniformidad de la jurisprudencia nacional ha señalado que “el concepto de leyes reguladoras de la prueba se refiere a la obligación de ponderar la prueba reunida, a resolver utilizando solamente los medios probatorios que la ley establece, *a respetar el onus probandi* y a no exceder los márgenes de la apreciación que ley previene.”⁸⁹

Cada vez que los sentenciadores presumen la existencia del daño moral, sea cual sea el fundamento para ello, invierten el peso de la prueba, toda vez que eximen de la carga probatoria a quien en Derecho le correspondía.⁹⁰ Es el actor el que asume, desde el momento de interponer su pretensión, la necesidad práctica de establecer la existencia de los hechos constitutivos de la situación jurídica que reclama, dentro de ellos la existencia de un menoscabo real y efectivo de un interés legítimo extrapatrimonial.

Sostener esta postura puede resultar extremo para un acervo jurisprudencial caracterizado por la presunción de daño moral, ya que implica afirmar que el grueso de las sentencias dictadas en materia indemnizatoria donde se ha presumido la existencia de un daño moral, podrían ser casadas por existir infracción de ley sustantiva con influencia en lo dispositivo del fallo.⁹¹ Sin embargo, hasta el momento no hemos descubierto ningún caso

⁸⁸ AEDO BARRENA, CRISTIÁN, *op. cit.* Véase en el mismo sentido, VERGARA BEZANILLA, JOSE PABLO, *op. cit.*, p. 72.

⁸⁹ C. Suprema, 17 de julio de 1997, R.D.J. t. XCIV, sec. 4º, segunda parte, p. 128.

⁹⁰ La uniformidad de la jurisprudencia ha señalado que “se entienden vulneradas las leyes reguladoras de la prueba, fundamentalmente cuando los sentenciadores invierten el *onus probandi*, rechazan medios probatorios que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley le asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran el orden de precedencia que la ley le diere”. C. Suprema, 23 de diciembre de 2002, Rol N° 1.054-02.

⁹¹ En materia penal la situación resulta mas grave aun. En la mayoría de los casos en que se determina la indemnización de un daño moral en sede criminal, la comisión del hecho ilícito resulta acreditada por medio de presunciones judiciales, mismas en las que se basa la sentencia para dar por establecido el delito o

en que se haya anulado una sentencia civil por dicha infracción; ni aun los litigantes se atreven a plantear casaciones en el fondo por infracción al *onus probandi*. La falta de reflexión sobre el tema a nivel de la práctica judicial resulta sorprendente, y a la vez, desmotivadora.

5.3. El daño moral evidente y los hechos notorios.

Uno de los argumentos más fecundos para sostener la presunción de daño moral consiste en sostener la obviedad y notoriedad en su acaecimiento de acuerdo a la dinámica y aptitud del hecho ilícito. Se dice que resulta notoria y evidente la existencia del perjuicio moral ante la ocurrencia de determinados hechos, apelándose a la simple cadena de consecuencias normales.

Sin embargo, la doctrina del daño moral evidente no respeta los parámetros bajo los cuales los hechos pueden calificarse de notorios y eximirse de prueba. En efecto, MOSSET ITURRASPE señala que los hechos notorios “como eximente de carga probatoria, es un concepto relativo limitado en el tiempo y en el espacio, entrañando una cuestión circunstancial o de hecho que hace (sic) a la privativa valoración de los jueces.”⁹²

Esta característica de los hechos notorios como causal eximente de prueba, se contradice con el carácter *abstracto y generalizado* de la tesis del daño moral evidente.⁹³ La presunción de daño moral que realizan los sentenciadores en nuestra práctica judicial no es limitada ni por el tiempo ni por el espacio, sino que aplicable a toda persona media racional. Así quedó establecido en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de noviembre de 1991, que señaló que “las lesiones y menoscabos a los sentimientos de una persona debe ser producidos por actos o hechos que *determinen en la generalidad de las*

cuasidelito civil, existiendo remisiones expresas de las consideraciones de la parte civil del fallo a las motivaciones contenidas sobre la existencia del delito penal. Se dice comúnmente que habiéndose establecido la responsabilidad penal del demandado, en los términos que se indicaron en la sentencia, es procedente que se haga efectiva a su vez la responsabilidad civil. Esto significa que cuando los sentenciadores presumen la existencia del daño moral por la ocurrencia del hecho ilícito –prueba in re ipsa- extraen una presunción de otra presunción, ya que el hecho ilícito también resultó acreditado por medio de las presunciones, situación insostenible.

⁹² MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, p. 294.

⁹³ Ver capítulo IV, N° 4.2.2.

personas tal detrimento; esto es, deben ser hechos o actos que por sí mismos puedan generar ese daño moral y no que el menoscabo deriva de una especial sensibilidad de la víctima.”⁹⁴

La tesis del daño moral evidente no es relativa, sino que se impone como una regla absoluta que no atiende a las particularidades de la víctima, situación que para nosotros resulta errada, ya que lo notorio para una persona puede no serlo para la otra.⁹⁵

Por otro lado, cuando se afirma la normalidad como criterio definitorio para eximir de prueba al daño moral también se adolece del mismo defecto. Como lo señala PEÑAILILLO ARÉVALO “este criterio presenta la dificultad de que no es posible precisar, al menos en abstracto, qué ha de entenderse por el estado normal de las cosas. Entonces deberá analizarse la situación concreta de que se trata en el contexto de las circunstancias en que se desenvuelve y, con ello, será el juez quien tendrá que establecerlo (y ahí puede surgir la arbitrariedad).”⁹⁶ Se pueden aplicar a este criterio de normalidad las mismas inconsistencias que las utilizadas para la notoriedad.

Pero la crítica fundamental que se le puede hacer a este argumento de la tesis del daño moral evidente, es que confunde la lesión del interés legítimo extrapatrimonial con sus posibles y eventuales consecuencias en el plano de los afectos. Se dice a este respecto, por ejemplo, que la muerte de un ser querido o las lesiones, provocan dolor y aflicción, por lo tanto, son causantes de daño moral. Esta conclusión no resulta correcta, ya que aquellos estados espirituales son consecuencia de algo y no necesariamente del daño moral en sí mismo. Lo notorio y normal que deduce el sentenciador de la idoneidad del hecho antijurídico en nuestra práctica judicial, son tan sólo sus consecuencias inmediatas y no la lesión de intereses legítimos extrapatrimoniales.

⁹⁴ C. Santiago, 5 de noviembre de 1991, R.D.J. t. 88, sec. 2º, p. 136.

⁹⁵ En este sentido se puede ir mucho más allá. Se dice que para que un hecho tenga el carácter de notorio es necesario que no haya sido negado o controvertido en el litigio por la contraparte, en cuyo caso el juez puede eximirlo de prueba. De lo contrario, aun cuando se trata de un hecho notorio, de igual forma debe ser acreditado, cuando ha sido negado en su existencia por el contradicтор. Ver sobre el punto, PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL, *op. cit.*, p. 52.

En el plano de la dogmática normativa también encontramos limitaciones a la aplicación de este argumento. Primero, no existe una norma de aplicación general que exima de prueba a los hechos notorios, refiriéndose a ellos tan sólo el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, para el fin preciso de permitir al juez la resolución de plano de los incidentes que se funden en hechos de pública notoriedad.

Estimamos que para nuestra normativa procesal, un hecho puede estar exento de prueba cuando además de notorio tiene el carácter de público, ya que la simple notoriedad por ser un concepto relativo cae bajo la esfera de la discrecionalidad judicial no reglada, lo que puede resultar sumamente peligroso en un proceso dispositivo y de verdad formal, cuya prueba se encuentra entregada a la iniciativa de las partes.

6. VALORACIÓN Y PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Hablar de la valoración y prueba del daño moral significa referirse a dos temas que procesalmente se suceden uno del otro; la existencia del perjuicio moral y monto del mismo. El juez primero debe establecer la existencia del daño moral dentro del proceso de daños, para luego y en base a ello determinar el *quantum* resarcitorio.⁹⁷

La prueba de la existencia del agravio moral constituye la primera etapa dentro del proceso de daños, su objetivo será lograr la convicción del sentenciador en cuanto a la existencia de un interés extrapatrimonial lícito vulnerado. Aquí la actividad de las partes será fundamental, principalmente del actor, quien deberá reunir la mayor cantidad de elementos probatorios que permitan satisfacer la carga procesal que asumió.

En esta etapa –de prueba necesaria o indispensable- la actividad del juez se limita al de un simple aplicador de la ley, dándole a cada medio de prueba que obra en el proceso el valor que el ordenamiento le ha asignado *ex ante*, función judicial característica de un sistema probatorio eminentemente reglado como el nuestro. La misión del sentenciador aplicando las normas reguladoras de la prueba será de Derecho, estableciendo los hechos que servirán de base a su decisión.

La segunda etapa de la prueba en el proceso de daños -una vez constatada la existencia de un agravio moral- será la de valorar su contenido, fase en la cual la actividad probatoria de las partes no resulta fundamental, pudiendo incluso no existir prueba de ninguna índole. Se trata de una cuestión de hecho, entregada completamente a los jueces de la instancia.

Es sólo en esta etapa de la prueba del derecho de daños que valen como argumentos los defendidos por la tesis del daño moral evidente. El carácter espiritual y subjetivo del daño moral, atentatorio en contra de los atributos inherentes a la persona humana,

⁹⁷ Sobre la valoración del daño moral existe abundante literatura tanto nacional como comparada; por lo mismo, no estimamos indispensable referirnos al tema en forma pormenorizada, no obstante, reconocer su importancia y los esfuerzos desplegados por los operadores jurídicos en la búsqueda de una solución que reduzca al mínimo la discrecionalidad judicial. Al respecto puede verse, CORRAL TALCIANI, HERNAN, *op. cit.*, 167; FUEYO LANERI, FERNANDO: *Instituciones...*, p. 108; PIZARRO RAMON DANIEL, *op. cit.*, p. 277 y ss; y DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, *op. cit.*, p. 663 y ss.

constituye un obstáculo insalvable para sostener una valoración objetiva del mismo, dejándose entregado a la sabiduría del juez para determinación del monto del daño, en ausencia de baremos legales u otras formulas que fomenten la igualdad de trato a los ciudadanos.

En este sentido, la práctica judicial debe tender a la creación de baremos uniformes para evaluar el daño moral, de manera de desterrar la arbitrariedad al momento de la fijación del monto resarcitorio. Esto nos permite lograr una mayor certeza jurídica y una protección al principio de igualdad, es decir, que para casos similares se otorguen indemnizaciones similares.

7. NUESTRA POSTURA SOBRE LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

7.1. ENUNCIACIÓN

Un estudio prescriptivo adecuado sobre la prueba del daño moral debe abordar esta problemática desde los dos puntos de vista en que se concreta la carga probatoria; la faz objetiva y la faz subjetiva⁹⁸. Es decir, no basta que el ordenamiento determine tan sólo cuál de las partes tiene la necesidad de probar (aspecto subjetivo) sino que además resulta indispensable que se determine aquello que se debe probar (aspecto objetivo).

El primer aspecto es propio del derecho procesal civil, común para todos los juicios de idéntica naturaleza. El segundo aspecto de la carga probatoria, sin embargo, constituye una materia de fondo, sustancial o de normativa aplicable, esencialmente relativa para cada caso particular, y que depende del presupuesto de hecho normativo que sirve de fundamento a la pretensión.

A continuación expondremos los criterios que a nuestro juicio deben gobernar ambos aspectos de la carga de la prueba en relación a la acreditación del daño moral.

7.2. ASPECTO SUBJETIVO DE LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Esta fase responde a la pregunta ¿quién debe probar? Para nosotros la premisa básica y elemental sobre la prueba del daño moral en el proceso de daños, es que ésta le corresponde a quien alega su reparación, es decir, al actor. Será la parte que ejerce la pretensión civil indemnizatoria la encargada de acreditar la existencia del daño moral en sus elementos esenciales.

El daño moral no es más que una especie de daño en general, por lo que como elemento de la responsabilidad civil que da nacimiento a la obligación de indemnizar debe ser acreditado legalmente por quien alega su existencia en el proceso de daños.

Frecuentemente será el actor la parte que se encuentre en mejores condiciones procesales y materiales de ofrecer al sentenciador la prueba necesaria e indispensable del

⁹⁸ Sobre el objeto y carga de la prueba, véase GÓMEZ LARA, CIPRIANO: *Derecho procesal civil*, pp. 107 y ss.

agravio moral; por lo mismo, toda insuficiencia o imperfección en su producción deberá ser soportada por ella. No cabe presumir la existencia del daño moral ni aun tratándose de víctimas directas, por cuanto el acaecimiento de todo daño es en sí excepcional en el orden jurídico, no escapando a estas características el daño moral.

El juez, al momento de dictar su sentencia, debe analizar el mérito del proceso, y determinar si los elementos que se encuentran presentes en él permiten desvirtuar las presunciones negativas de que goza el demandado con cada uno de los elementos de la responsabilidad, especialmente, la inexistencia de daño moral.

Ahora bien, el demandado no debe conformarse con una actitud pasiva frente a la actividad probatoria de su contraparte. Nada le impide allegar antecedentes al proceso que demuestren hechos cuya calificación pueda estimarse incompatible con la producción de un daño moral, mas aún, estimamos que debe producir dicha prueba cuando cuenta con los antecedentes fácticos del acaecimiento de la circunstancias reveladora.

Así el *onus probandi* deja de ser una figura cerrada, y toma un constante dinamismo dentro de un mismo litigio, ya que el demandado –que en principio no necesita acreditar nada- también puede encontrarse en la necesidad de asumir una actividad probatoria en contrario a la producción del daño moral, lo que le puede resultar sumamente perjudicial si no sabe *a priori* qué debe probar.

7.3. ASPECTO OBJETIVO DE LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

Tan importante como quién debe probar es saber lo que se debe probar. La faz objetiva de la carga probatoria o de contenido material, debe ser asumida por quien la tiene en su faz subjetiva. Sin perjuicio de ello, ambos litigantes deben realizar actividad probatoria en este sentido, con efectos diversos cuando no cumple con este deber propio del interés. Si el actor no sabe qué probar, lo más probable es que su pretensión indemnizatoria sea desestimada por el sentenciador; en cambio, si el demandado o victimario no sabe qué

probar, el efecto no será precisamente una condena en su contra, sino que dependerá de la actividad probatoria realizada por su contraparte.

En cuanto al contenido de la prueba del daño moral, estimamos que el juez debe tener presente los parámetros que se expondrán a continuación que le permitirán establecer su existencia en el proceso de daños y otorgar una indemnización legalmente procedente.

7.3.1. No basta la sola acreditación de la acción antijurídica.

La prueba del hecho ilícito es tan sólo uno de los presupuestos generales del nacimiento de la obligación de indemnizar, uno de los elementos que dan vida a la indemnización de perjuicios, pero en caso alguno, significa la prueba del daño moral en sí mismo. Las circunstancias en las que se desarrolló el caso concreto y que motivan una pretensión indemnizatoria pueden servir de parámetros o baremos –entre otros- para la determinación del monto resarcitorio, pero jamás para configurar la existencia del daño moral.

La acción antijurídica y el daño son elementos heterogéneos dentro de la responsabilidad que no se pueden confundir ni refundir. De la acción injusta puede resultar daño moral como también puede que no resulte dicho perjuicio.

La *idoneidad y aptitud* de un determinado hecho ilícito para causar daño moral, no permite presumir su existencia, sino tan sólo *verificar la relación de causalidad* o nexo causal entre la acción y el resultado.

7.3.2. Es insuficiente la prueba de una simple aflicción, dolor o molestia.

Para que el juez pueda determinar la existencia de un agravio moral no resulta suficiente la acreditación de una aflicción, dolor o molestia provocada por un hecho ilícito. La existencia del *pretium doloris* no resulta homologable necesariamente a la existencia del agravio moral considerado aquel en forma aislada, sino que constituye una exteriorización de un estado espiritual que puede obedecer o no al acaecimiento del perjuicio moral.

Las molestias y dolores son eminentemente relativas, dependen de la especial condición de la persona para enfrentar el sufrimiento al que se ve expuesto y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias *puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto*, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no.

Su utilización como criterio para determinar procesalmente la existencia del daño moral puede resultar incluso injusto para la víctima, lo que se daría en todos aquellos casos en los que sin haber dolor hay, sin embargo, daño moral.

La existencia de un dolor o padecimiento físico o psíquico, suficientemente acreditado en el proceso, servirá de parámetro que podrá utilizar el sentenciador para la fijación del monto resarcitorio, pero no determinan por sí solos la existencia de un daño moral. Estimamos además que pueden servir de base para el establecimiento de una presunción judicial, por cuanto si se acredita la existencia de un dolor o padecimiento puede presumirse gravemente la existencia de un detrimento en algún interés.

7.3.3. *Se debe acreditar que el actor es titular de un interés legítimo extrapatrimonial*

Esto constituye el núcleo esencial o central de la prueba del daño moral. Lo que le corresponde al actor es lograr la convicción del sentenciador en orden a que gozaba de un interés extrapatrimonial legítimo del cual era titular. Lo que se trata es acreditar un *hecho, conjunto de hechos o algún estado fáctico vigente* y no repudiado por el derecho, al momento de la acción ilícita, de los cuales el sentenciador pueda desprender la existencia de un interés legítimo extrapatrimonial.⁹⁹

En base a determinadas circunstancias de hecho, acreditadas efectivamente en el proceso mediante la prueba necesaria e indispensable, el juez realizará *una calificación jurídica*, que le permite decidir si existía en la situación precisa un interés extrapatrimonial.

⁹⁹ El objeto de la prueba en el daño moral no dejan de ser los hechos materiales. Estos serán los que la parte demandante debe acreditar en el pleito, de manera que su trabajo no escapa a los parámetros generales de la prueba en el derecho. Con esto se salvan los fundamentos recogidos por nuestra jurisprudencia para consagrar al daño moral evidente, por cuanto no existiría una imposibilidad probatoria, como se ha afirmado.

Para ello el actor puede recurrir a todos los medios de prueba que le franquea la ley, en especial, deberá apelar a las presunciones judiciales como medio de prueba indirecto.

Creemos que en este punto no debería existir demasiado problema para el litigante encargado de la convicción según la regla del *onus probandi*, ya que se trata de acreditar el estado extrapatrimonial de la víctima anterior al hecho antijurídico y las ventajas, beneficios o provechos no pecuniarios de que gozaba, estado del cual será el mismo sentenciador el que podrá apreciar los intereses legítimos extrapatrimoniales cuya titularidad detentaba el actor. La única limitación vendrá dada por los intereses en que se funda la demanda, no pudiendo indemnizar aquellos cuya reparación no fue solicitada.¹⁰⁰

Como calificación jurídica de que se trata la determinación de si existió o no un interés extrapatrimonial legítimo en el caso específico será una cuestión de Derecho revisable mediante el recurso de casación en el fondo, por lo que deja de ser un tema que dependa del mero arbitrio o discrecionalidad del fallador.

7.3.4. *Se debe acreditar la lesión al interés extrapatrimonial lícito*

Esta exigencia nada de novedosa tiene. La labor del actor será acreditar la lesión, detrimento o menoscabo en el interés extrapatrimonial legítimo por cuyo resarcimiento reclama, para lo cual debe establecer la existencia de una *disminución o privación* de cualquier índole o naturaleza.

El daño moral se constata cuando se produce cualquiera de las dos circunstancias señaladas, las que deben ser de una entidad significativa, o a lo menos superior, a una tolerancia mínima del daño. Lo importante es que el patrimonio moral de la víctima no sea el mismo que el que existía antes del ilícito. Para acreditar esta disminución podrá el actor servirse de todos los medios de prueba que franquea la ley.

¹⁰⁰ En este ejercicio de calificación jurídica puede el juez encontrarse con intereses extrapatrimoniales legítimos que no han sido objeto de la pretensión indemnizatoria. El sentenciador, aun cuando verifique su existencia y detrimento, no podría -sin incurrir en el vicio de casación formal de *ultra petita*-, otorgar una indemnización por ellos, ya que se apartaría de la causa de pedir del pleito.

La determinación de la existencia de una lesión o detrimento en el interés legítimo extrapatrimonial será una cuestión de hecho privativa de los jueces de la instancia. De la misma forma, la determinación si dicha lesión constituye o no daño moral será una cuestión de Derecho.

8. CONCLUSIONES

a) No existe consenso doctrinal ni jurisprudencial sobre un concepto unívoco de daño moral. Nuestra jurisprudencia mayoritaria asimila el daño moral al *pretium doloris*, postura que no comparte la dogmática jurídica para la que el perjuicio moral estaría constituido por la lesión a los derechos subjetivos o intereses extrapatrimoniales legítimos de la persona.

b) El contenido o núcleo esencial del daño moral está constituido por la existencia de una lesión, menoscabo o detrimento a un interés extrapatrimonial lícito, entendido éste como toda ventaja, provecho o beneficio no cuantificable económicamente y que sirve para alcanzar una satisfacción o goce, que puede ser a su vez, patrimonial o extrapatrimonial.

c) Nuestra jurisprudencia nacional ha reconocido implícitamente en numerosas sentencias diversas categorías o clases de daño moral, planteando exigencias procesales diversas cuando se está en presencia de uno u otra.

d) El tratamiento jurisprudencial aplicado al daño moral con consecuencias patrimoniales y al daño moral derivado de daño patrimonial no se aleja del sistema que rige la prueba del daño material en general. El perjuicio moral puro, por su parte, está exento de prueba en nuestro sistema judicial.

e) Los problemas y discusiones suscitadas en torno a la prueba del daño moral tienen una génesis conceptual. Al no existir consenso sobre el concepto de daño moral se desconoce el núcleo esencial que se debe probar en juicio.

f) En materia de prueba del daño moral han primado dos grandes sistemas; el sustentado por nuestra jurisprudencia mayoritaria del daño moral evidente o de exención de prueba del agravio extrapatrimonial, y el propugnado por la dogmática jurídica del derecho de daños de la plena acreditación del daño moral para fines resarcitorios.

g) Para la mayoría del acervo jurisprudencial patrio, el daño moral no requiere ser acreditado en el proceso como elemento autónomo de la responsabilidad civil, bastando tan

sólo la prueba del hecho ilícito fundante de la acción indemnizatoria del cual el juez pueda presumir su existencia.

h) En la doctrina del daño moral evidente la función del juez consiste en realizar una estimación y valoración de los factores que rodearon las circunstancias del hecho ilícito para de esa forma alcanzar el convencimiento sobre la producción del daño moral.

i) El victimario en la doctrina del daño moral evidente, para excluir la existencia del daño moral, debe acreditar la existencia de alguna circunstancia objetiva o hecho revelador que le permita romper con el curso natural y ordinario de las cosas.

j) Para nuestra dogmática jurídica no existen daños morales evidentes ni aun respecto de las víctimas directas o inmediatas. El que pretende obtener una indemnización fundada en el daño moral deberá establecer su existencia dentro del proceso de daños de acuerdo a las reglas generales sobre la prueba.

k) El daño moral no es más que una clase o especie de daño en general, por lo que como elemento de la responsabilidad civil - excepcional y restrictiva- debe ser acreditado legalmente por quien lo alega.

l) La obligación de los sentenciadores de resolver el litigio conforme al mérito del proceso implica que la prueba del daño moral debe surgir necesariamente del proceso y de la verdad formal que en él consta, sin que sea posible presumir su existencia.

m) Resulta perfectamente posible aplicar a nuestro sistema jurídico el criterio de la carga probatoria dinámica, lo que significa que el actor debe asumir la necesidad práctica de acreditar el daño moral por ser la parte que se encuentra en mejores condiciones de rendir prueba a su respecto.

n) Prueba y valoración del daño moral son conceptos heterogéneos que no se pueden asimilar. La determinación si existió o no daño moral constituye una cuestión de Derecho. La valoración del daño moral corresponde a un tema de hecho.

ñ) Para la prueba del daño moral no basta la sola acreditación de la acción antijurídica o de una simple aflicción, dolor o molestia. Se debe establecer que el actor es titular de un interés legítimo extrapatrimonial y que dicho interés fue lesionado por la acción antijurídica.

o) En la misión de acreditar el daño moral los litigantes pueden utilizar todos los medios de prueba que reconoce el ordenamiento, ya que se trata de acreditar hechos de los cuales el juez pueda calificar jurídicamente la existencia de un interés extrapatrimonial conculcado.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, CRISTIÁN: *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*, Editorial Libromar, Valparaíso, Primera Edición, 2001.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*, Editorial Jurídica Ediar- Cono Sur, Tomo I, Segunda Edición, Santiago, 1983.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Y VODANOVIC H, ANTONIO: *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Primer Edición (sexta de la obra), Santiago, 1998.
- CAFFARENA DE JILES, ELENA: *Diccionario de Jurisprudencia Chilena*, Tomo I, Editorial Jurídica Cono Sur, Segunda Edición, Santiago, 1984.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN: *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2003.
- DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS: *El daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 1997.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN: *El Daño Moral*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Primera Edición, Santiago, 2000.
- FUEYO LANERI, FERNANDO: *Instituciones del Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Edición, Santiago, 1990.
- FUEYO LANERI, FERNANDO: *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile,..... Edición, Santiago.....
- GACETA JURÍDICA DE LOS TRIBUNALES.
- GÓMEZ LARA, CIPRIANO: *Derecho Procesal Civil*.
- LARRAÍN RÍOS, HERNÁN: *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Lexis Nexis, Primera Edición, Santiago, 2003.
- LÓPEZ MESA, MARCELO: “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española”, en [www. eft.com.ar/doctrina/articulos/libros_carga_de_la_prueba.htm](http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/libros_carga_de_la_prueba.htm), abril de 2005.
- MOSSET ITURRASPE: “La prueba en el proceso de daños”, en *Derecho de Daños*, Tercera Parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1996.

PAILLÁS ENRIQUE: *Estudios de Derecho Probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 1979.

PEÑAILLO ARÉVALO, DANIEL: *La prueba sustantiva en materia civil*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2002.

PIZARRO RAMÓN DANIEL: *El Daño Moral. Prevención, Reparación y Punición*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires de Argentina, 1996.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA.

RIOSECO ENRÍQUEZ, EMILIO: *La Prueba ante la jurisprudencia*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago, 2002.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 1999.

STIGLITZ GABRIEL Y GANDOLFO ANA: *Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral*, .

VERGARA BEZANILLA, JOSÉ PABLO: “Mercantilización del daño moral”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°1, año 2000.

VON THUR, ANDREAS: *Derecho Civil. Los derechos subjetivos y el patrimonio*, Volumen I, Tomo I, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998.