



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Tesistas:

Doris Pérez Retamal.

Claudia Castillo Pinaud.

Profesor guía: Mauricio Tapia Rodríguez.

Santiago, julio de 2012.

ÍNDICE

Introducción	p. 1
Capítulo I “Indemnización por Daño Moral. Conceptualización y finalidad.”	p. 3
A. Conceptualización del daño moral. Directrices doctrinarias y jurisprudenciales chilenas	p. 3
	p. 6
B. Función de la responsabilidad civil en general y de la indemnización por daño moral en particular	p. 6
1. Función de la Responsabilidad Civil: Aspectos temporales	p. 6
1.1 Perspectiva retrospectiva	p. 7
1.2 Perspectiva Prospectiva	p. 7
2. Finalidad de la indemnización por daño moral en particular	p.10
2.1. La indemnización por daño moral constituye una pena privada	p.12
2.2 La indemnización por daño moral es una satisfacción de remplazo	p. 12
2.3 Interpretación ecléctica	p. 13
C. Posiciones comparadas en la valoración y criterio para determinar la cuantía de la indemnización por daño moral.	p. 14
1. Estados Unidos	p. 15
2. Argentina	p. 17
3. Brasil	p. 19
4. España	p. 21
5. Francia	p. 22
Capítulo II “Metodología y descripción general de la muestra”	p. 27

A. Universo de jurisprudencia	p. 27
1. Primer factor: Daño específico	p. 29
2. Segundo factor: Espacial	p. 31
3. Tercer factor: Temporal	p. 34
B. Obtención de información relevante	p. 35
Capítulo III “Criterios usados por la Jurisprudencia en la determinación del quantum indemnizatorio por daño moral. Descripciones, sistematización y análisis.”	p. 39
A. Descripciones generales de la muestra	p. 39
1. Resultado dañoso	p. 40
2. Conducta desplegada	p. 41
3. Monto indemnizatorio	p. 41
3.1. Análisis de los fallos con resultados de muerte de una víctima	p. 43
3.2. Análisis estadístico de valores otorgados en los 83 casos de muerte de una víctima	p. 45
3.3. Distribución del monto de la indemnización entre “víctimas por rebote” en casos de resultado de muerte de una víctima	p. 46
3.4. Distribución del monto de la indemnización de acuerdo con la “Conducta” desplegada por el agente en los casos de muerte de una víctima	p. 48
3.5. Distribución del monto de la indemnización por “Tribunales Superiores” en casos de resultado de muerte de una víctima.	p. 48
3.6. Distribución del monto de la indemnización por “Materia” en casos de resultado de muerte de una víctima dictados por Cortes de Apelaciones	p. 49
B. Estudio descriptivo de los criterios justificadores del quantum indemnizatorio	p. 50
1. Daño. El criterio de responsabilidad civil por excelencia.	p. 53
1.1 Momentos del daño corporal: <i>Pretium doloris</i> y perjuicio de agrado.	p. 55

1.2 Comportamiento e importancia del criterio “Daño”	p. 61
1.2.1 Presencia del criterio “Daño” por tipo de daño	p. 61
1.2.2 Importancia relativa del criterio “Daño” por Tribunal Superior	p. 62
1.2.3 Importancia del criterio “Daño” por materia en los fallos dictados por Cortes de Apelaciones	p. 63
1.2.4 Importancia del criterio “Daño” en relación a la Conducta	p. 63
1.2.5 Importancia del criterio “Daño” en el monto otorgado	p. 64
1.3 Síntesis	p. 65
2. Circunstancias particulares de las partes. Inseguridad jurídica o concreción del daño.	p. 66
2.1 Clasificación sustantiva de las particularidades	p. 69
2.2 Comportamiento e importancia del criterio “Particularidades”	p. 77
2.2.1 Presencia del criterio “Particularidades” por tipo de daño	p. 77
2.2.2 Importancia relativa del criterio “Particularidades” por Tribunal Superior	p. 78
2.2.3 Importancia del criterio “Particularidades” por materia en los fallos dictados por Cortes de Apelaciones	p. 78
2.2.4 Importancia del criterio “Particularidades” en relación a la Conducta	p. 79
2.2.5 Importancia del criterio “Particularidades” en el monto otorgado	p. 80
2.3. Síntesis	p. 80
3. Propuestas como criterios. Mera descripción de soluciones	p. 81
3.1 Descomposición del criterio “propuestas”	p. 82
3.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio “Propuestas”	p. 84
3.2.1 Presencia del criterio “Propuestas” por tipo de daño	p. 84
3.2.2 Importancia relativa del criterio “Propuestas” por Tribunal Superior	p. 84
3.2.3 Importancia del criterio “Propuestas” por materia en los fallos dictados por Cortes de Apelaciones	p. 85
3.2.4 Importancia del criterio “Propuestas” en relación a la Conducta	p. 86
3.2.5 Importancia del criterio “Propuestas” en el monto otorgado	p. 86
3.3 Síntesis	p. 87

4. Hechos de la causa. Falta de precisión necesaria	p. 87
4.1 Descomposición del criterio “Hechos”	p. 88
4.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio “Hechos”	p. 89
4.2.1 Presencia del criterio “Hechos” por tipo de daño	p. 89
4.2.2 Importancia relativa del criterio “Hechos” por Tribunal Superior	p. 90
4.2.3 Importancia del criterio “Hechos” por materia en los fallos dictados por Cortes de Apelaciones	p. 91
4.2.4 Importancia del criterio “Hechos” en relación a la Conducta	p. 91
4.2.5 Importancia del criterio “Hechos” en el monto otorgado	p. 92
4.3 Síntesis	p. 93
5. Actividad jurisdiccional	p. 94
5.1 Descomposición del criterio “Actividad jurisdiccional”	p. 95
5.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio “Actividad jurisdiccional”	p. 97
5.2.1 Presencia del criterio “Actividad jurisdiccional” por tipo de daño	p. 98
5.2.2 Importancia relativa del criterio “Actividad jurisdiccional” por Tribunal Superior	p. 98
5.2.3 Importancia del criterio “Actividad jurisdiccional” por materia en los fallos dictados por Cortes de Apelaciones	p. 99
5.2.4 Importancia del criterio “Actividad jurisdiccional” en relación a la Conducta	p. 100
5.2.5 Importancia del criterio “Actividad jurisdiccional” en el monto otorgado	p. 101 p. 101
5.3 Síntesis	
6. Conducta generadora del daño. Oblicuo juicio de reproche.	p. 102
6.1 Descomposición del criterio “Conducta”	p. 103
6.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio “Conducta”	p. 104
6.2.1 Presencia del criterio “Conducta” por tipo de daño	p. 105
6.2.2 Importancia relativa del criterio “Conducta” por Tribunal Superior	p. 105

6.2.3 Importancia del criterio “Conducta” por materia en los fallos dictados por Cortes de Apelaciones	p. 106
6.2.4 Importancia del criterio “Conducta” en relación a la Conducta	p. 107
6.2.5 Importancia del criterio “Conducta” en el monto otorgado	p. 108
6.3 Síntesis	p. 108
7. Sin expresión de criterios	p. 109
7.1 Comportamiento e importancia relativa de la “Ausencia de criterios”	p. 110
7.1.1 Frecuencia de la ausencia de criterios por tipo de daño	p. 110
7.1.2 Importancia relativa de la ausencia de criterios por Tribunal Superior	p. 111
7.1.3 Importancia de la ausencia de criterios por materia en los fallos dictados por Cortes de Apelaciones	p. 112
7.1.4 Importancia de la ausencia de criterios en relación a la Conducta	p. 112
7.1.5 Importancia de la ausencia de criterios en el monto otorgado	p. 113
7.2. Síntesis	p. 114
C. Síntesis General	p. 115
Capítulo IV “Descripción general del escenario y conclusiones”	p. 128
Bibliografía	p. 134

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto investigar y sistematizar los argumentos que han dado nuestros Tribunales Superiores de Justicia para justificar los montos otorgados como indemnización por el daño moral derivado de perjuicios corporales.

Para llevar a cabo esta tarea, se utilizó un método cuantitativo consistente en la recolección de datos relevantes a partir de fallos seleccionados para este trabajo, para luego pasar a una etapa de análisis lógico-jurídico que, finalmente, permitió agrupar y describir los criterios argumentativos jurisprudenciales utilizados.

Como resultado de la investigación, se encontraron lineamientos jurisprudenciales claros y se pudo establecer que existen líneas argumentativas mucho más usadas que otras, sin perjuicio de que no se encontró uniformidad en cuanto a la justificación de los montos por este tipo de indemnizaciones, y en este último punto se centra una de las principales conclusiones de esta investigación, la que consiste en que los jueces no justifican jurídicamente las sumas que otorgan por como indemnización por daño moral.

INTRODUCCIÓN

¿Qué es lo que hacen los jueces cuando determinan el quantum indemnizatorio por daño moral?, ¿qué variables consideran al otorgar cierta cantidad de dinero y no otra?, o ¿cuál es la importancia relativa de dichos lineamientos al momento de fijar la indemnización?, son sólo algunas de las inquietudes que motivan este trabajo, y el fundamento de tales interrogantes no es otro que la gran y diversa cantidad de respuestas en torno a ellas.

Este escenario un tanto gris, característica compartida con otros ámbitos del Derecho, en lo que al daño moral respecta deviene particularmente complejo, ya que por su especial naturaleza, el camino que va desde la constatación del daño hasta su determinación en una suma de dinero como indemnización no está del todo claro.

Para poder dar respuesta a estas preguntas, se vuelve indispensable un análisis jurisprudencial longitudinal, que muestre de la manera más clara posible cómo se desarrolla y articula el razonamiento judicial a la hora de indemnizar el daño moral. Serán los resultados de este análisis los que nos permitirán, a través del filtro de herramientas estadísticas cuantitativas, tener una vista panorámica del escenario, y desde allí formular conjeturas, correlaciones, influencias y descripciones.

Sin embargo, en atención a la temporalidad, claridad conceptual y límites metodológicos, esta investigación se enfocará exclusivamente en el perjuicio corporal y sus consecuencias extrapatrimoniales o morales. Así también, con el objetivo de limitar el universo de fallos a estudiar, únicamente se utilizaron los fallos de la Corte Suprema, y de las Cortes de Apelaciones de Antofagasta, Concepción y Santiago, elección en que primó un criterio territorial y de volumen. Por último, para acotar aún más la muestra de investigación, pero sin quitar representatividad a las conclusiones del trabajo, se hizo un corte entre los años 2000 a 2010, por lo que quedaron excluidos los fallos que no estuvieran firmes y ejecutoriados entre estos años.

Así las cosas, aun cuando se sometieron a análisis aproximadamente 1000 fallos de los Tribunales Superiores de Justicia, utilizando los criterios recién mencionados, esto es, centrándose exclusivamente en sentencias relativas a daños corporales, dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y que se hallasen firmes y ejecutoriados entre los años 2000 y

2010, el universo de jurisprudencia quedó reducido a sólo 310 fallos, y por lo tanto, esta investigación se restringirá sólo a estos últimos, y a estos casos también se referirán todas las conclusiones a las que arribemos, tal como se explicará en el capítulo II.

Sin perjuicio del protagonismo de la sección de descripción y análisis de los fallos, se vuelve imprescindible un acercamiento teórico a la discusión del fin o función de la responsabilidad civil. Pues aun cuando dicha problemática es conocida, como también las distintas soluciones y posiciones al respecto, los resultados del análisis jurisprudencial serán el barómetro que medirá las posturas de la jurisprudencia respecto a la función que debiera tener la responsabilidad civil en general, y la indemnización por daño moral en particular.

Desde ya adelantamos que es posible que no encontremos dentro de la jurisprudencia a estudiar tendencias muy marcadas sobre los asuntos que aquí nos ocupan, pero esperamos de todos modos revelar correlaciones que permitan identificar ciertas directrices o estilos recurrentes dentro del total de la muestra de investigación. Teniendo esto presente, nuestro principal propósito es descriptivo, dirigido a ilustrar el desarrollo argumentativo de los jueces, cuáles son las variables que consideran en esta tarea, si alguna de ellas es más utilizada que otras y en qué casos ello ocurre.

Capítulo I.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL, CONCEPTUALIZACIÓN Y FINALIDAD

En el siguiente apartado se describirán sucintamente los lineamientos teóricos generales de la determinación del quantum de la indemnización por daño moral, a través de un acercamiento a los conceptos y posturas principales. Esta aproximación resulta necesaria para un apropiado análisis y comprensión de este trabajo, especialmente del capítulo tercero, donde se encontrarán los resultados de la investigación jurisprudencial, los que siempre serán mejor interpretados a la luz de las discusiones teóricas respectivas.

Primero, se expondrá someramente el escarpado camino de la conceptualización del daño moral, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacional, para luego introducirse en la discusión sobre la función de la responsabilidad civil y de la indemnización por daño moral, describiendo los distintos cursos que puede tomar una misma institución dependiendo de la perspectiva político-judicial desde donde se la observe. Por último, se realizará una sucinta exposición de derecho comparado en torno al tratamiento de la cuantificación del daño moral.

A. Conceptualización del daño moral. Directrices doctrinarias y jurisprudenciales chilenas.

La responsabilidad civil es uno de los tantos sistemas dentro del gran espectro de soluciones¹ para asegurar al ser humano en la compleja sociedad actual². Una de las particularidades de este modelo de distribución de riesgos es que su elemento central es el daño, viniendo a constituir éste su “origen y medida”³. En razón de lo anterior, la amplitud o restricción del concepto mismo de daño incide directamente en la cobertura de este modelo. Por ejemplo, si entendemos por daño sólo una disminución del patrimonio, cuando un sujeto provoque en otro un resultado

¹ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 24.

² Sobre la explosión de riesgos en la historia contemporánea véase: Ashton, T.S., *El curso de la Revolución Económica en La Revolución Industrial*, Santiago, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1990, p 167-190. También: Hobsbawm, Eric, “La Revolución Industrial”, *La Era de la Revolución 1789-1848*. Buenos Aires, Editorial Crítica, 1997, p. 34-60.

³ *Ibidem*, p. 216.

dañoso que no disminuya sus bienes evaluables en dinero, no se generará obligación alguna en el autor, pues no habrán buenas razones para traspasar los efectos dañosos de dicha acción u omisión desde la víctima al autor, debiendo el primero, como es la regla general, asumir sus propios riesgos.

En nuestro país hasta principios del siglo pasado, el daño moral no se comprendía dentro del concepto de daño indemnizable, por lo que la persona que lo sufría debía inexorablemente cargar con él, pues en realidad no sufría daño alguno para el Derecho. De hecho, la primera sentencia que contempló implícitamente el daño moral en Chile se dictó el año 1907 por la Corte Suprema⁴, describiendo dichos daños como sentimientos y valor de afección. No fue sino hasta el año 1922 en que la Corte Suprema reconoció definitivamente el daño moral, constituyendo este fallo el punto de inflexión en la materia⁵.

Hoy en día, la jurisprudencia ha ampliado el concepto de daño moral, llegando a entenderlo como “la lesión efectuada culpable o dolosamente a un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra”⁶ o, de forma más amplia aún, como cualquier “menoscabo a un bien no patrimonial”⁷ o a “(...) la vida interior de quien ha sufrido el daño”⁸.

Mientras en la jurisprudencia la tendencia es a ampliar el concepto de daño moral, o lo que es lo mismo, a expandir el ámbito de riesgos cubiertos por el modelo de responsabilidad civil, la doctrina parece no estar del todo conteste en el contenido específico de este tipo de daño.

Siguiendo a autores como DOMÍNGUEZ, las corrientes conceptualizadoras del daño moral pueden clasificarse en dos grandes grupos, dependiendo si lo definen negativa o positivamente.

En cuanto a las definiciones negativas, éstas implican necesariamente el conocimiento del contenido de un extremo, para así llenar de contenido al extremo desconocido, con todo lo que no se subsuma en el primero. Es así como gran parte de la doctrina y la jurisprudencia ha

⁴ Domínguez Hidalgo, Carmen, *El daño moral*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 33.

⁵ Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *Op. cit.*, p. 296.

⁶ C. Suprema, 7 agosto 2008, G. J. N° 338, p. 154. L. P. N° 39624 (C. 3°).

⁷ C. Apelaciones de Antofagasta, Secretaría Civil, 22 julio 2009. Rol 279-2009, (C. 5°, 2° inst.) En: www.poderjudicial.cl.

⁸ C. Suprema, 8 junio 2005, G. J. N° 300, p. 148, L. P. N° 32184 (C. 5°, 2ª inst.).

definido el daño moral como “la afectación a bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial”⁹. Sin embargo, la gran dificultad de ésta y de toda definición negativa, es la delimitación de sus contornos, por lo que desde esta perspectiva el daño moral viene a ser un verdadero cajón de sastre.

Por otra parte, las distintas definiciones positivas dan al daño moral un contenido en sí mismo, ya sea como *pretium doloris* (o precio de las lágrimas), como un menoscabo a los bienes de la personalidad, o como la diferencia neta entre el estado del espíritu anterior y actual al hecho dañoso. Sin embargo, todas las definiciones de daño moral necesariamente aluden a elementos extrapatrimoniales o no patrimoniales, ya sea definiéndolos de manera positiva como bienes de la personalidad, estados espirituales, psicológicos o simplemente dolor.

Sin perjuicio de las distinciones recién mencionadas, tanto en el estado actual de la doctrina como de la jurisprudencia nacional, el concepto negativo de daño moral es el que más se utiliza a la hora de discurrir sobre el contenido de este particular daño, y el que parece también más correcto. En lo que a este trabajo respecta, se entenderá por daño moral, a cualquier lesión o detrimento en la esfera *extrapatrimonial o no patrimonial de una persona*.¹⁰

Adicionalmente, debe sumarse a la dificultad de unificar el sentido de este concepto, el fenómeno de la fragmentación del mismo.¹¹ Puede observarse, tanto en la doctrina nacional como en la comparada, que la expresión “daño moral” muchas veces resulta estrecha para incluir variadas situaciones de daños extrapatrimoniales más delimitados, como los daños estéticos o los perjuicios sexuales, que por su especificidad, han requerido un tratamiento especial, o al menos, una consideración separada al momento de determinar el monto a indemnizar.

El camino de la fragmentación no es muy claro en la jurisprudencia nacional, donde muchas veces sólo se hace una mención ligera a las posibles consecuencias extrapatrimoniales específicas de cierto hecho, pero sin una consecuente y necesaria argumentación y justificación

⁹ Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Op. Cit, p. 287.

¹⁰ *Ibidem*, p. 287.

¹¹ Tapia R., Mauricio, *Fragmentación Moderna del Daño Moral*, Borrador Inédito para el Curso de Responsabilidad Civil del Magister en Derecho de la Universidad de Chile, Segundo semestre 2010.

al respecto. Así las cosas, la mayoría de las veces no queda más que intentar adivinar qué parte de la indemnización global atiende a este daño específico.

B. Función de la responsabilidad civil en general y de la indemnización por daño moral en particular.

En esta sección expondremos las principales perspectivas sobre la función que tiene o que debería tener la institución de la responsabilidad civil, como también el papel que juega la indemnización por daño moral en el derecho privado, y fuera de estos márgenes también.

1. Función de la responsabilidad civil: Aspectos temporales.

Si fijamos imaginariamente un punto en el presente, donde se sitúe un conflicto entre particulares que haya generado un daño indemnizable, el juez¹² o cualquier observador podrá trazar una línea hacia el pasado y otra hacia el futuro. La primera dice relación con el concepto de justicia correctiva aristotélica¹³, cuya particularidad es mirar a las partes en un plano de igualdad, sin importar sus méritos, virtudes o torpezas, pues sólo se enfoca en el daño, y siendo la acción u omisión dañosa la que rompió dicho equilibrio, nace en el agente del daño la necesidad jurídica de restablecer dicha igualdad. Si seguimos la segunda línea, aquella que va hacia el futuro, podemos encontrar, entre otros¹⁴, dos caminos: El de la eficiencia, expuesto de manera ejemplar por POSNER¹⁵ y por los actuales *lawyers economists*; o el de la moralidad, con LON FULLER como uno de sus principales expositores. Estos caminos, a pesar de sus diferencias, coinciden en que ambos tienden a la determinación de conductas humanas, ya sea

¹² Para un estudio de la analogía entre el discurso judicial y el científico en cuanto a la prospectividad y retroactividad del mismo, véase: Mendonca, Daniel, *Las Claves del Derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.

¹³ Barros Bourie, Enrique, *Justicia y Eficiencia como fines del derecho privado patrimonial*, Presentación Universidad Austral, Apuntes de clases del curso de Responsabilidad Civil Extracontractual, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Primer semestre 2006, Además: Barros. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *Op. cit*, p. 40 y ss.

¹⁴ La bifurcación ofrecida dice relación con lo acotado de este trabajo más que con la realidad de la discusión. Acerca de los fines de la responsabilidad: Deutsch, Edwin. “Die Zwecke des Haftungsrechts”, en *Juristenzeitung 1971*, En: Barros Bourie, Enrique, *Justicia y Eficiencia como fines del derecho privado patrimonial*, *Op. cit*, p. 2.

¹⁵ Posner, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998

porque puede ser más eficiente prevenir daños que repararlos, o porque el derecho debe propender a inculcar en los sujetos ciertos principios morales mínimos de convivencia.

1.1 Perspectiva retrospectiva:

Dentro de la doctrina, encontramos la posición que propugna que la justicia conmutativa es la que debe llenar de sentido las normas al momento de ser aplicadas al caso concreto por los jueces. La responsabilidad civil, en palabras de PANTALEÓN, no es un instrumento de ingeniería social como pretenden los *lawyers economists*, sino que se trata de una “*institución elemental del derecho civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia conmutativa*”¹⁶ entre dañante y perjudicado, ya sea dejando el daño a cargo del segundo (lo que es la regla general) o poniéndolo a cargo del primero mediante la obligación de indemnizar. Dicha obligación de indemnizar tiene sentido sea útil o no. En palabras del mismo autor, “*indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia del bolsillo*”¹⁷. Las buenas razones para sacar de un bolsillo a otro las consecuencias de un daño no pasan por un juicio de utilidad, sino que por uno de justicia.¹⁸

Contestes también a una mirada retrospectiva están autores como DE ÁNGEL¹⁹, quien en su Tratado expone fielmente las ideas de Pantaleón respecto a la materia. Lo mismo WEINRIB²⁰, quien sigue la tesis de que la justicia correctiva explica al derecho privado desde dentro, evitando así convertir a esta institución en parásito de otras disciplinas como la Economía. Dentro de la doctrina nacional, uno de los principales exponentes de esta corriente es BARROS, quien señala que el fundamento de la responsabilidad extracontractual no es otro que la justicia correctiva, alejando esta institución de otras como la seguridad social y el derecho penal.²¹

1.2 Perspectiva prospectiva:

¹⁶ Pantaleón, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También las administraciones públicas), *En: La responsabilidad en el derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N°4, 2000.

¹⁷ *Ibidem*, p. 190.

¹⁸ *Ibidem*, p. 174.

¹⁹ De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

²⁰ Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 1995, p. 19.

²¹ Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Op. Cit*, p. 40 y ss.

Con todo, también nos encontramos frente a la corriente que señala que la responsabilidad civil tiene un fin distinto o adicional a la restitución de la igualdad entre particulares. Aquí podemos señalar como expositor paradigmático a FULLER²², quien a pesar de no referirse en concreto a la responsabilidad civil, sí lo hace respecto al derecho mismo, y propone que su fundamento es “*generar en los humanos un impulso moral hacia el deber ser para una correcta vida en común*”, debiendo la norma internarse necesariamente en la moralidad del individuo, motivar sus comportamientos y someterlos al imperio de las leyes.

Compartiendo la prospectividad, pero con un fundamento puramente económico, SALVADOR y CASTIÑEIRA²³ no aceptan que la responsabilidad tenga sólo una función restitutoria. A partir del énfasis de la distinción entre castigar y prevenir, y de la convicción de que la responsabilidad civil no puede negarse a prestar una función motivadora de conductas diligentes a la sociedad, concluyen que no habría impedimento alguno para que el Derecho de Daños no pudiese contribuir a la disminución cuantitativa y cualitativa de los accidentes.

LUHMANN²⁴, por otra parte, a pesar de referirse a la prevención al tratar la función del subsistema jurídico dentro del sistema social, pone acento en que dicha prevención de conductas es una prestación que hace el subsistema jurídico a otros, una utilidad marginal, pero nunca su función principal, por no poder el sistema jurídico aprender de su derrotabilidad. Si la función del Derecho fuese la prevención, a diario y con cada comisión de delitos, el sistema sería derrotado, de modo que la función del Derecho se limita, frente a lo ignoto del futuro²⁵, a “*reafirmar contrafácticamente la expectativa normativa*”. LARENZ²⁶ por su parte, comparte esta perspectiva de función secundaria de la prevención en el Derecho, pues aun cuando la prevención sea deseable, el principio rector del Derecho de Daños es que la víctima debe ser compensada, no que los eventuales agentes de daño sean prevenidos.

²² Fuller, Lon, *The morality of Law*, Yale University Press, London, New Haven, 1969.

²³ Salvador, Pablo y Castiñeira, María Teresa, *Prevenir y Castigar*, Madrid, Editorial Marcial Pons, España, Madrid, 1997, p. 113.

²⁴ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002

²⁵ *Ibidem*, p. 629, También en: Paulus, Nelson, “Observando riesgos, Una propuesta desde la teoría de los sistemas sociales”, En: *Observando Sistemas, Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann*. Chile. Ril Editores, 2006, p. 304 y 305.

²⁶ Larenz, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1987, En: Salvador, Pablo y Castiñeira, María Teresa, *Op. cit*, p. 118 y ss.

Sin perjuicio de los matices en las posturas expuestas, la idea de que la indemnización sea mayor a los daños generados por la acción u omisión tiene una lectura clara, y ésta es que la primera pasa a ser una pena civil, impuesta para desincentivar conductas similares en el futuro, ya sea por su reprochabilidad o por su ineficiencia.

La conclusión anterior tiene dos grandes e insalvables inconvenientes. En primer lugar, dicha acción se hace efectiva en un procedimiento civil de indemnización y, en segundo lugar, la indemnización no se encuentra descrita y especificada en la ley con anterioridad a la trasgresión del deber de cuidado del agente.

Conforme a lo anterior, cuando una persona ha sufrido un daño indemnizable, debe seguir las reglas de procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil²⁷.

En segundo lugar, no existe en el Derecho Civil una tipificación de las conductas que generan responsabilidad civil, más bien, se señala en el artículo 2329 del Código del ramo que todo daño generado con culpa o dolo debe ser indemnizado. Ésta es una de las diferencias principales entre el delito civil y el penal, ya que este último no existe si no está previamente descrito en la ley, “*nulla poena sine lege*”.

Resulta entonces, que el límite para conceder a la responsabilidad civil una función determinadora de conductas, es nada menos que la transgresión a Derechos Fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, el principio de legalidad, reconocido en el inciso 8° del artículo 19 N° 3, y la garantía del debido proceso, en el inciso 5° del mismo artículo y número. En cuanto al principio de legalidad, la indemnización tendría todas las características de una pena, pero sin estar descrita en la ley, de tal forma que el posible agente del daño no puede adelantar las consecuencias concretas de su transgresión. En cuanto a la garantía del debido proceso, la indemnización se ventila en un procedimiento que no guarda las garantías propias de

²⁷ En caso de daños generados por la comisión de un delito, en conformidad con el artículo 59 del Código Procesal Penal, la acción civil podrá ser impetrada tanto en sede civil como en penal, pero en este último caso, bajo condición de que se trate de una contienda entre la víctima y el imputado, y siguiendo los jueces penales las reglas del procedimiento civil en cuanto a la carga de la prueba. Lo anterior tiene como gran consecuencia que la parte demandante (querellante) y la demandada (imputado) discuten en un plano de igualdad, pues el Ministerio Público, representante del *ius puniendi* estatal, desaparece de la disputa.

un procedimiento penal²⁸, imponiéndose una pena civil al demandado sin que se le resguarde en un mínimo aceptable del *ius puniendi* estatal ejercido de hecho por un juez civil, incompetente para ello.

Como conclusión, podemos aseverar que la seguridad jurídica posible en un sistema que entregue a la responsabilidad civil una función sancionatoria o preventiva, en donde la víctima recibe una indemnización acrecentada por factores distintos al daño propiamente tal, es insuficiente para un Estado Democrático de Derecho. Si un individuo realiza un hecho que se encuentra tipificado en la ley penal, podrá como ciudadano prever sus consecuencias, ya que la ley se encarga de expresarlas *ex ante* para cada hipótesis²⁹. Pero si realiza una acción u omisión que, sin ser un delito penal, genera un daño, sólo podrá saber (y sólo ésa es su carga) que debe reparar ese daño en su integridad, tal como expresa el artículo 2329 del Código Civil. El individuo no estará en posición de anticipar qué debe indemnizar, viendo vulneradas de este modo sus garantías fundamentales, si el juicio de responsabilidad civil incluye variables como la reprochabilidad de la conducta, eficiencia de la indemnización o utilidad de la actividad generadora del daño³⁰.

2. Finalidad de la indemnización por daño moral en particular.

Expuestos ya los lineamientos elementales sobre la finalidad de la responsabilidad civil, podemos entrar en la discusión sobre la finalidad que debería tener la indemnización por daño

²⁸ Esta conclusión también es aplicable a los procedimientos indemnizatorios llevados a cabo por jueces penales, ya que podría pensarse que éstos tienen mayores facultades para imponer una indemnización-pena. Sin embargo, ello se apoya en un error de conceptos, ya que los daños que se derivan de un delito tienen la misma naturaleza que los daños que se derivan de una acción u omisión no tipificada. Por ejemplo, la muerte será la misma, ya se haya producido por un homicidio calificado o en un accidente de tránsito. La diferencia está en que en materia civil sólo se atiende al resultado dañoso, y en materia penal, antes de realizar este mismo juicio (si la víctima decide demandar en esta sede el daño por rebote, conforme a los artículos 109 letra c) y 261 del Código Procesal Penal) se hace uno de reprochabilidad de la conducta. Por tanto, ambos tipos de jueces realizan la misma actividad a la hora de determinar el quantum de la indemnización. Posteriormente se hará mención a opiniones que difieren de esta tesis, y que consideran que el dolo influye en la determinación del daño.

²⁹ Salvo el problema de las leyes penales en blanco. Véase al respecto el artículo 63 de la Ley N° 20.000, donde se expresa que será un reglamento el que señalará cuáles serán las sustancias y especies vegetales cuya producción, tenencia, tráfico, porte o posesión se sanciona.

³⁰ Tanto es así que, con un criterio meramente económico, se debería aceptar que en ciertas ocasiones podría ser más eficiente no indemnizar el daño y dejar a la víctima sin reparación, aun cuando el agente haya actuado negligentemente.

moral. A pesar que desde ya adelantamos que la conclusión aquí es la misma que en el apartado anterior, las dificultades propias que impone la fisonomía de este tipo de daño hace necesario un análisis especial.

Tradicionalmente se ha entendido como función de la indemnización el cese del daño y la restitución del estado de cosas preexistentes al momento del delito o cuasidelito, que éste destruyó³¹. Sin embargo, en muchas ocasiones la reparación no podrá ser en especie, por no poder restablecerse dicho estado anterior de manera satisfactoria, deviniendo así más bien en una compensación. Con todo, esta compensación tendrá como norte dejar a la víctima en el mismo estado en que se encontraba antes de serlo, es decir, buscar la equivalencia entre la compensación y el perjuicio sufrido.

El concepto de indemnización recién expuesto se condice directamente con la noción de daño patrimonial, un daño efectivo y certero en la generalidad de los casos, el cual se manifiesta en la diferencia entre el estado económico de la víctima después del accidente y la situación en que hipotéticamente habría estado si aquél no se hubiere producido. El cálculo del monto de la indemnización en este caso es relativamente simple: Se compara la situación actual con la hipotética³² (excluyendo la problemática que puede suscitar la determinación del lucro cesante o la “pérdida de oportunidad”) y se obtiene que la compensación del daño será la diferencia entre ambas.

El esquema anterior se difumina cuando los daños recaen sobre bienes no patrimoniales, que son aquellos no susceptibles de evaluación pecuniaria. A primera vista, notamos que el cálculo usado en los daños patrimoniales no puede ser aplicado para determinar el daño moral, ya que la rectificación de las situaciones no es posible y la compensación sobre la base de aquélla tampoco. Se puede advertir que, aun estando de acuerdo en que el perjuicio por daño moral debe obtener una respuesta de parte de Derecho Civil, la problemática consiste precisamente en determinar el contenido de dicha respuesta.

³¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Tomo II. Santiago, Ediar Editores, 1983. p. 533.

³² Barros Bourie, Enrique, *Curso de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Universidad de Chile, 2001. p. 94 a 95.

En otras palabras, la cuestión radica en dilucidar cuál es la *función de la indemnización por daño moral*. Al respecto existen principalmente dos posturas bien definidas, y una más bien ecléctica.

2.1 La indemnización por daño moral constituye una pena privada.

Constituiría esta indemnización una verdadera pena privada porque en primer lugar, se persigue castigar al responsable por la lesión causada y mediante esa sanción desincentivar futuras acciones en el mismo sentido, y segundo, porque se encuentra establecida a favor de la víctima y no del Estado, diferenciándose así de las penas públicas³³. El carácter reparatorio estaría ausente, a favor de uno ejemplar y desincentivador.

La institución de los daños punitivos en el *common law*³⁴ es el paradigma de esta postura, y han sido entendidos expresamente como aquellos que se “*indemnizan en contra de una persona para castigarle por su conducta ultrajante*”³⁵ (...). Se consideran en forma adicional e independiente a la indemnización compensatoria, y tienen un fin claramente sancionatorio³⁶.

2.2 La indemnización por daño moral es una satisfacción de reemplazo.

El fundamento de esta postura consiste en que la idea de pena privada se opone drásticamente con la función que le es atribuida a la responsabilidad civil, la cual consiste en el restablecimiento del equilibrio roto por el hecho dañoso.

Para esta posición, de la imposibilidad de reparación en especie o de compensación no se sigue el retiro de la indemnización por daño moral de las filas de la justicia correctiva, sino que lleva al reconocimiento de que la suma otorgada por este concepto viene a satisfacer a la víctima por un daño irreparable por la vía del Derecho Civil, incluso por la del Derecho Penal.

³³ Domínguez, *Op. cit.*, p. 89.

³⁴ La influencia de los *punitive damages* en América Latina En: Racimo, Fernando, “En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6 N° 1, Buenos Aires, Argentina, 1995.

³⁵ Restatement of the law of tort, Art. 908, En: Domínguez, *Op. cit.* p. 100.

³⁶ Salvador, Pablo y Castiñeira, María Teresa, *Op. cit.*, p. 164.

Sin embargo, dicha imposibilidad de evaluación en dinero o en bienes commensurables ha llevado a férreos defensores de la justicia correctiva como fundamento y fin de la responsabilidad civil, a afirmar que en el caso del daño moral, sí debemos considerar la reprochabilidad de la conducta. De hecho, PANTALEÓN³⁷ señala que es precisamente al momento de fijar el quantum de la indemnización que debemos tener presente el disvalor de la conducta en el caso concreto. De esta forma, “la indemnización debe ser relativamente mayor en caso de conducta dolosa o gravemente imprudente del dañante, y menor relativamente en caso de culpa levísima o de responsabilidad sin culpa, porque, a causa de ello, será relativamente mayor o menor el daño moral mismo (...)”

Desde otra perspectiva, BARROS³⁸ también propone la consideración del dolo en la determinación del quantum del daño, pero sólo a propósito del juicio de causalidad, pues una conducta dolosa tendría como efecto expandir los riesgos creados e imputados objetivamente en un examen ex post. El daño en materia de responsabilidad civil es el mismo, sin importar si éste se generó dolosamente³⁹. La muerte será la misma, ya se haya generado con dolo o culpa.

2.3 Interpretación ecléctica.

Sin renunciar a la función reparatoria del Derecho Civil, estas posiciones pretenden expandirla para lograr una mejor comprensión de la especificidad de este daño y adicionarle un carácter prospectivo al mismo. A continuación se expondrá el razonamiento de la Bundesgerichtshof⁴⁰, y luego la teoría de RADIN⁴¹.

a. Consideración de todas las variables del caso:

La Corte alemana ha considerado que el principio rector a la hora de determinar la indemnización por daño moral consiste en que todas las circunstancias del caso deben ser

³⁷ Pantaleón, En: DE ÁNGEL, *Op. cit*, p. 61.

³⁸ Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *Op. cit*, p. 404.

³⁹ Este examen resulta fundamental en materia penal.

⁴⁰ Fallo Tribunal Supremo Alemán, En: MARKESINIS, B.S. *German Law of Obligations*, Vol. II, Oxford University Press, London, 1997.

⁴¹ Radin, Margaret Jane, *Contested Commodities*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, United States, 1996.

tomadas en consideración.⁴² La situación económica de las partes⁴³, el grado de culpabilidad de autor del daño⁴⁴ y la existencia o no de seguros. En relación con el daño mismo, se debe tener en cuenta la magnitud, la duración y su gravedad⁴⁵, o si la causa de la acción injuriosa es resultado del ejercicio legal de una profesión o de una mera actividad placentera para el ofensor⁴⁶.

b. Nueva conceptualización de justicia correctiva:

La perspectiva expuesta por RADIN⁴⁷ comparte con la argumentación de la Bundesgerichtshof la convicción de que no basta con la idea de justicia correctiva, pero en vez de incluir todas las variables del caso como lo hace el Tribunal Supremo alemán, reformula la idea misma de justicia correctiva haciéndola compatible con bienes no avaluables en dinero.

Expone la autora que una *noncommodified conception of compensation*, implica que la indemnización no puede ser vista como una rectificación o una restitución cuando se trata de daños morales, pues el perjuicio y el dinero en este caso son conceptos inconmensurables⁴⁸. Es ante la constatación de esta imposibilidad de compensar el daño moral en dinero, que esta posición se aleja del concepto tradicional de justicia correctiva, y la reemplaza con la idea de *redress*, que consiste en que el dinero pasa, de compensar el daño, a representar el respeto público de la existencia de derechos y el público reconocimiento del disvalor de la falta del ofensor.

C. Posiciones comparadas en la valoración y criterios para determinar la cuantía de la indemnización por daño moral.

⁴² Fallo Tribunal Supremo Alemán, *Op. cit.* p. 946.

⁴³ A juicio del tribunal, resultaría muy importante considerar el estándar de vida al cual estaban acostumbradas las partes, sobre todo la víctima, Fallo Tribunal Supremo Alemán, *Op. cit.* p. 952

⁴⁴ Si el acto injurioso fue causado por una pequeña negligencia, la víctima podría aceptarlo como parte de su destino, lo cual concurre a favor del agresor. Pero no sucede lo mismo si fue resultado de un grave descuido o de la malicia del ofensor, *Ibidem*, p. 952.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 958 a 959.

⁴⁶ En clara oposición a lo expuesto por Tapia, *Op. cit.* p. 4.

⁴⁷ Radin, *Op. cit.* p. 187.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 188.

Cómo ya se expuso anteriormente⁴⁹, una de las consecuencias de las especificidades del daño moral es que las indemnizaciones que se otorgan en virtud de él pueden, en muchos casos, ser muy disímiles para casos que son bastante análogos, lo que provoca un grado de inseguridad jurídica y desconcierto razonables, que hacen parecer al sistema jurídico poco creíble e incluso ineficiente.⁵⁰

Sin embargo, una mirada comparada siempre es reveladora y, como tal, resulta ineludible si se pretende entender un poco más acerca de lo que aquí nos convoca: La problemática de la cuantificación de la indemnización por daño moral.

A continuación, se hará una breve referencia a diferentes sistemas de determinación de monto indemnizatorio por daño moral usados en algunos países de distintas tradiciones jurídicas, con el objeto de contextualizar la discusión fuera de los límites nacionales.

1. Estados Unidos de América

Tal como en nuestra tradición jurídica, en Estados Unidos se ha llegado al convencimiento que es necesario indemnizar a la víctima de un hecho ilícito, pero no sólo por los perjuicios económicos efectivamente causados, sino también por los daños morales. Todo aquello con un límite claro, que es dejar a la víctima en el lugar que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso, evitando así un enriquecimiento injusto.⁵¹

Lamentablemente, los daños extrapatrimoniales no pueden ser compensados en un sentido literal, de restitución integral, y por ello los tribunales buscan una *fair and reasonable compensation*, en un contexto social, económico e industrial determinado.⁵²

⁴⁹ Ver *Supra*, p. 6.

⁵⁰ Barrientos Y., Marcelo, *El Resarcimiento por Daño moral en España y Europa*, Salamanca, 2007, p. 419 [consulta en línea: 20 octubre 2011]

⁵¹ Herrera L., María Carolina y García M., Laura, “El concepto de los daños punitivos o punitive damages” [en línea] *Revista Estudios socio jurídico*, Enero-Junio 2003, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf> [Consulta: 10 de agosto 2011].

⁵² Barrientos, *Op. cit.* p. 422.

Hasta aquí, el camino se aviene bastante al nuestro, pero se escinden definitivamente en el momento en que se comienzan a definir soluciones, optándose en esta tradición por la institución de los daños punitivos.⁵³

El concepto de *punitive damages* o daños punitivos, se basa en la idea de pena pecuniaria privada, que por disposición de la ley, se manda a pagar además de la reparación integral que corresponda por el daño ocasionado, a quien “con malicia o grave indiferencia por los derechos ajenos ha provocado un perjuicio a la víctima de ciertos ilícitos, obteniendo con dicha conducta beneficios o ahorro de gastos”.⁵⁴ Bajo esta perspectiva, es el mismo ofendido por el hecho dañoso el beneficiado con una suma de dinero mayor al daño efectivamente producido.

La finalidad de este modelo, por una parte, es castigar al ofensor y disuadirlo tanto a él como otras personas, de no cometer hechos de la misma naturaleza. Por contrapartida, la víctima recibe un monto de dinero adicional que, formalmente, es mayor al daño efectivamente causado, exceso que se acepta y, de hecho, se busca.

Sin embargo, y como en todo esfuerzo doctrinario, existe discusión acerca de las circunstancias que deben presentarse para que la aplicación de esta institución proceda, pudiendo diferenciar tres teorías.⁵⁵

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

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

⁵³ Herrera L., María Carolina y GARCÍA M., Laura, *Op. cit.* p. 211.

⁵⁴ Álvarez, Agustín, “El daño moral colectivo”, Comentario al Fallo Casa Millan, [en línea], *Iurisletter* N° 160, Poder judicial de Chubut, Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba, Abril 2010, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-dano-moral-colectivo/?searchterm=el%20da%C3%B1o%20moral%20colectivo>, [Consulta: 1 de agosto 2011]

⁵⁵ Herrera L., María Carolina, García M. Laura, *Op. cit.*

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

A las dificultades intrínsecas de una institución como los daños punitivos, se suma la eventual discrecionalidad en su aplicación, ya que es el jurado quien decide si corresponde o no utilizarlos en el caso concreto. Por lo anterior, se ha vuelto necesario que las autoridades judiciales entreguen criterios o directrices, para así morigerar la posible comisión de injusticias o excesos en la determinación del monto indemnizatorio. En el desarrollo de esta tarea, la Corte Suprema estadounidense ha establecido tres directrices a seguir para que los montos otorgados por daños punitivos no violen la garantía del debido proceso⁵⁶:

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

b. La relación cuantitativa entre los *punitive damages* y los daños compensatorios.

c. La comparación con otras multas civiles para determinar la razonabilidad del monto otorgado.

De esta forma, se pretende limitar los márgenes de aplicación de esta institución, evitando así la comisión de excesos, que son los que en definitiva la han desprestigiado.

2. Argentina

En materia de indemnización por daños morales, el ordenamiento jurídico argentino no provee expresamente los criterios para fijar la indemnización, razón por la cual entregan su determinación enteramente a la apreciación y criterio judicial. Una excepción a esta regla general podemos encontrarla en materia de derecho laboral, donde las indemnizaciones legales

⁵⁶ Nelson A, Michael, *Constitutional Limits in punitive damages, How much is too much?* [en línea], Maine Bar Journal, Winter 2008, http://jbgh.com/Pages/MAN_Article_Winter_2008.pdf, [Consulta: 28 de Julio 2011].

se encuentran establecidas como tarifas fijadas con anterioridad, de modo que resulta mucho más sencillo para los jueces determinar el monto indemnizatorio, siempre que se encuentren las partes dentro del supuesto legal.⁵⁷

Ante tal situación, se pueden identificar dentro de la doctrina transandina cierta controversia al momento de fijar criterios para determinar la indemnización, y entre las distintas tendencias, podemos mencionar las siguientes:⁵⁸

a. La cuantificación del daño se encuentra íntimamente vinculada a los padecimientos sufridos por la víctima. En ese sentido, la reparación procura el restablecimiento de la situación anímica de la víctima mediante el equivalente del dinero que torna factible brindarle a ésta la posibilidad de compensar con satisfacciones placenteras las aflicciones pasadas. Es decir, “el dolor con placer se paga”.⁵⁹

b. Otra de las teorías es la de la sanción ejemplar, la cual critica a la anterior por caer en un materialismo sin sentido. Establece que hay una diferencia radical entre la naturaleza del daño patrimonial y el moral, diferencia que debe reflejarse en una distinta cuantificación del daño. Por tanto, resulta de toda obviedad vincular la personalidad del victimario, la condición de su patrimonio y a la gravedad de la falta cometida al momento de determinar la cuantía, que no es otra cosa que una pena civil mediante el cual el ordenamiento reprueba la falta del ofensor.

c. Una última tesis, que podría ser considerada como mixta, se acerca a la teoría resarcitoria, pero señala que al momento de justificar el quantum de la indemnización, los jueces deberían tener presente su efecto disuasivo, sin que ello implique necesariamente concebirla como una pena privada.

⁵⁷ Las pautas para fijar las indemnizaciones por accidentes del trabajo en el derecho civil, [en línea], http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf, [consulta: 11 agosto 2011].

⁵⁸ Pedriel, María Raquel, *et al*, “Fundamentación de la Reparación del Daño Moral en la Jurisprudencia Argentina, con particular referencia a los Tribunales Superiores de la Provincia de Buenos Aires”, [En línea], *Revista Jurídica*, 2004, [http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/381/1/Fundamentaci%C3%B3n de la reparaci%C3%B3n.pdf](http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/381/1/Fundamentaci%C3%B3n%20de%20la%20reparaci%C3%B3n.pdf), [consulta: 10 octubre 2011].

⁵⁹ Menares, Nathaly, *Algunas notas sobre la valoración de los daños corporales en el derecho chileno y comparado*, Tesis, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007, p. 10.

Dentro de la jurisprudencia, y alejándonos de los aspectos más estructurales de la discusión, podemos distinguir dos posturas extremas en la determinación del método utilizado para fijar el monto de los daños sufridos. La primera considera adecuada la aplicación de fórmulas para llegar a una indemnización justa; la segunda, en cambio, niega la idoneidad de dichas fórmulas cómo método válido.⁶⁰

Sin embargo, y sin ánimo de relegar las diferencias de criterio, la Corte Suprema de Justicia ha optado, en general, por no considerar fórmulas rígidas a la hora de determinar el monto de la indemnización.⁶¹

En el fallo “Aróstegui”⁶² se expone ejemplarmente esta última postura, estableciendo la Corte que no se deben aplicar fórmulas matemáticas ni tampoco utilizar criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de materia laboral. En el caso concreto, la fórmula matemática de la cual surgía la indemnización, consistía en una operación que consideraba factores como la edad, el porcentaje de incapacidad, la remuneración que hubiera recibido el lesionado, y el interés puro que se habría devengado entre el periodo de la ocurrencia del hecho dañoso hasta la jubilación. Se determinó por el tribunal que, aun cuando dichas fórmulas puedan tener un valor indicativo, la reparación no puede en caso alguno quedar limitada a la pérdida de ganancias de la víctima o a su vida laboral.⁶³

3. Brasil

En el ordenamiento jurídico de brasileño, hay también controversia doctrinaria y jurisprudencial en torno a la fijación del quantum indemnizatorio para el resarcimiento de los daños morales,

⁶⁰ Aciarri, Alejandro y Testa, Matías, “Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes”, [En línea], *Selected Work of Hugo Alejandro Aciarri*, Enero 2009 , http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/36, [consulta 4 julio 2011]

⁶¹ Las pautas para fijar las indemnizaciones por accidentes del trabajo en el derecho civil, [en línea], http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf, [consulta : 11 agosto 2011].

⁶² CSJN Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal [En línea], <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/csjn/030afallos.htm>, [consulta 4 julio 2011].

⁶³ Las pautas para fijar las indemnizaciones por accidentes del trabajo en el derecho civil, [en línea], http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf, [consulta : 11 agosto 2011].

pues no hay dispositivos legales específicos que sirvan para calcular objetivamente (con una base determinada) el valor pecuniario del bien dañado.

Encontramos también aquí la discusión relativa a si la indemnización debería tener un fin meramente resarcitorio o más bien punitivo. Para exponer la controversia, nos apoyaremos en el autor brasileiro DA SILVA⁶⁴ quien expone que debe hacerse una distinción en cuanto fijamos la indemnización con un criterio de resarcimiento o con un criterio de punición.

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

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

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

Por otra parte, si entendemos que la indemnización debe ser asumida como una pena privada, las reglas cambian por completo, en tanto ya no se siguen los mismos criterios anteriores, pudiendo los valores de la indemnización incrementarse sin límites,⁶⁵ pues de esta forma se

⁶⁴ Da silva, Antônio Cassemiro, A fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais, [en línea] *JusNavigandi*, Teresina 5, n. 44, 1 agosto 2000, <http://jus.com.br/revista/texto/670>, [consulta: 21 julio 2011]

⁶⁵*Ibidem*.

desincentivarían las posibles ofensas, a través de una indemnización que necesariamente debe ser significativa en relación al patrimonio del ofensor.

4. España

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

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

No obstante, la particularidad de este sistema es que es el único país de la Unión Europea que posee un baremo vinculante de responsabilidad civil. Esta incorporación se produjo a través de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 1995, la cual introdujo un Anexo llamado “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, que en realidad no es otra cosa que un baremo y a pesar de que ha sido objeto de variadas críticas y polémicas dentro de la doctrina, las sentencias del Tribunal Constitucional le han otorgado valor vinculante, manteniendo su constitucionalidad⁶⁶.

Este sistema de baremo establece un detallado régimen normativo de predeterminación y cuantificación legal de los daños a las personas o daños físicos ocasionados en los accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor. Dicho método establece ciertos límites que operan acotando los razonamientos y cuantías para determinar las correspondientes indemnizaciones por tales daños, a través de la aplicación generalizada de los criterios y tablas que propone al efecto.⁶⁷

⁶⁶ Martín Casals, Miguel, “Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales, Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas”, *Segundo Congreso Nacional de Responsabilidad Civil*, [en línea], <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>, [consulta: 11 agosto 2011].

⁶⁷ Barrientos, *Op. cit.* p, 437.

El determinar así este tipo de daños particulares resulta muy relevante si se considera que es vinculante para los jueces, tanto en su apreciación como determinación, ya sea en procesos civiles o penales, siempre que se trate de las indemnizaciones de daños personales producidos por este tipo de accidentes. Sin embargo, si el baremo quiere ser utilizado en casos que exceden del ámbito de los accidentes producidos por circulación de vehículos a motor, la función es simplemente orientadora, pero en caso alguno vinculante.⁶⁸

No existe en España la costumbre de publicar tablas con las indemnizaciones concedidas por los tribunales en los casos concretos, a pesar de que sí se utilizan tablas en el uso interno de los mismos jueces. Por esta misma razón el uso de baremos y tablas que otorgan criterios estándar a la determinación de la indemnización es un tema que se encuentra constantemente en la contingencia española.⁶⁹

5. Francia

Éste es uno de los países donde encontramos mayor desarrollo en torno a las complejidades que vienen aparejadas al concepto de daño moral, destacándose por la capacidad de innovar constantemente en los comentarios y conclusiones jurisprudenciales.⁷⁰

Como punto de partida, podemos señalar que los jueces tienen una gran discrecionalidad para determinar el monto de la indemnización. Sin embargo, en este país la doctrina se ha encargado de crear tablas con baremos no legales, que contemplan aspectos tales como edad, discapacidad, sexo, entre otros,⁷¹ tablas que son consideradas por los tribunales, aunque no los vinculan.

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

⁶⁸ Barrientos, *Op. cit.* p. 471.

⁶⁹ Casal, Martín, *Op.cit.*

⁷⁰ Barrientos, *Op. cit.* p. 67.

⁷¹ *Ibidem*, p. 69.

⁷² Tapia, *Op cit.* 2010.

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

a. Lesiones temporales o precio del dolor

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

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

Primero, se comienza con una evaluación médica, donde se valora la intensidad y duración del dolor de acuerdo a una escala específica. Sin perjuicio de lo anterior, la apreciación del precio del dolor corresponde al juez, y es éste quien deberá juzgar cuál es aquél. Lo que queda a la evaluación de los expertos es sólo la entidad del dolor.⁷³

Por ejemplo, podemos mencionar que el tope límite de indemnización que se ha alcanzado en Francia para el *pretium doloris* ha llegado a los 46.000 euros, aunque normalmente las cifras no van más allá de la tercera parte de esta suma, incluso, se han otorgado indemnizaciones simbólicas de un euro.⁷⁴

b. Lesiones permanentes o perjuicio de agrado

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

⁷³ *Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées*, Université de Reims Champagne-Ardenne, [en línea] http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf, [consulta: 16 septiembre 2011].

⁷⁴ Barrientos, *Op. cit.* p. 461.

Esto es lo que conocemos como el *préjudice d'agrément*, o perjuicio de agrado, que sería la pérdida de los goces ordinarios de la vida, cualquiera sea su naturaleza y origen, es decir, el conjunto de sentimientos, molestias y frustraciones resentidas en todos los aspectos de la existencia cotidiana en razón de la lesión y sus secuelas.⁷⁵

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

La primera parte es similar y consiste en una valoración médica (baremo médico). Esta etapa se caracteriza por la intervención de peritos médicos que valoran y describen las lesiones sufridas por la víctima. Si la lesión es fácilmente identificable y cuantificable, puede ser que el perito proponga una cantidad indemnizatoria. En cambio, si la incapacidad carece de importancia en los ingresos de la víctima, por cualquier motivo, ya sea que no tenga ingresos o que sea dificultoso evaluar con precisión, se recurre a un método de valoración en abstracto.⁷⁶

Para poder cuantificar su valor, se utilizan escalas, y dentro de éstas la más utilizada y conocida es el baremo Rousseau. Este instrumento consiste en un documento en el que se enumeran las distintas secuelas, y se propone para cada una de ellas un porcentaje de valoración de la incapacidad. Por ejemplo: del 40% al 75% en el caso de tetraplejía; del 55% al 60%, por la amputación de una pierna; el 25% por la amputación del pulgar derecho. Aun cuando el baremo es tan solo indicativo, goza de gran autoridad entre el sector médico-forense y ha obtenido el reconocimiento tanto del Ministerio de Justicia como del Tribunal de Casación.⁷⁷

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

⁷⁵ *Ibidem*, p. 75.

⁷⁶ Menares, Nathaly, *Op. cit.*

⁷⁷ Casals, Martin, *Op. cit.*

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

El segundo método, llamado *Calcul au point*, multiplica la tasa de incapacidad por un valor llamado “punto de incapacidad”. El valor monetario del punto se obtiene por referencia a las indemnizaciones concedidas en casos parecidos⁷⁸, y se halla en función creciente del porcentaje de la lesión y en función decreciente de la edad de la víctima. Así, por ejemplo, con una gravedad correspondiente al 5% de cierto índice acordado, el punto puede valer 3.000 o 5.000 FF⁷⁹, según si la víctima tiene 70 años o tan solo 10.

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

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

Un ejemplo de lo anteriormente expuesto es la jurisprudencia la Cour d'Appel de Lyon del año 1975 que estableció lo siguiente: “Es a los jueces que corresponde a la vista de los elementos que les son otorgados buscar si un tal perjuicio de agrado existe”.⁸⁰

Además de estos dos conceptos, el *préjudice d'agrément* y el concepto de *préjudice de souffrance*, se consideran en la doctrina y jurisprudencia francesa otros tales como la *incapacite permanente*, el *préjudice esthetique*, y el *prejudice sexual*, entre otros. El perjuicio estético se

⁷⁸ Casals, Martin, *Op. cit.*

⁷⁹ FF: Franco, moneda de curso legal en Francia, antes de la entrada en circulación del euro el 1 de enero de 2002.

⁸⁰Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne,[en línea] http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf, [consulta: 16 septiembre 2011]. Traducción de las tesis.

refiere a aquellos perjuicios que van a resultar de los dolores físicos, de los sufrimientos psíquicos, las diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado.⁸¹ El perjuicio sexual, a su vez, se relaciona con la merma en la capacidad de la víctima para tener una vida sexual que tendría cualquier persona media en su situación de no haber mediado el daño.⁸²

⁸¹ Barrientos, *Op. cit.* p. 86.

⁸² *Ibidem*, p. 90.

Capítulo II

METODOLOGÍA Y DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA MUESTRA

Para lograr el objetivo principal de este trabajo, que consiste en determinar qué es precisamente lo que hacen y cómo llevan a cabo los jueces la determinación del monto indemnizatorio por daño moral, se volvió imperativa la búsqueda de un sistema de investigación que permitiese manejar y hacer legible una gran cantidad de información relevante, en un espacio y tiempo determinado que permitiese un análisis razonable.

El método óptimo sería aquel que permitiese extraer variables de importancia desde los fallos, posibilitando el tránsito desde una sentencia definitiva, con sus considerandos y parte resolutive, a un conglomerado de datos objetivos y, por sobre todo, susceptibles de análisis cuantitativo. De esta forma es como la simplificación de información devino en el norte de la lectura de cada fallo, y el método cuantitativo en el esqueleto de esta investigación.

En primer lugar, se acotó el objeto de análisis en el ámbito temporal, espacial y cualitativo, conviniendo investigar la jurisprudencia dictada entre los años 2000 y 2010, por ciertos Tribunales Superiores de justicia nacionales, y referida exclusivamente a indemnizaciones por daño moral derivado de daños corporales⁸³. Posteriormente se confeccionó un instrumento uniforme de trabajo que permitiese, por una parte, discriminar la jurisprudencia de interés de la que no, y, por la otra, extraer de la jurisprudencia las variables relevantes en atención a los objetivos propuestos, como por ejemplo, el monto otorgado en cada caso.

A continuación se describirá la composición de la muestra que sirve de sustento a esta investigación, indicando su estructura y la importancia relativa de cada uno de sus elementos, para después explicar el sistema de extracción de datos de fallos y la sistematización de los mismos.

A. Universo de jurisprudencia.

⁸³ Los criterios para limitar y acotar en universo de trabajo se explican en el acápite del factor respectivo.

La confección de la muestra de investigación de este trabajo obedece al sistema de “muestreo intencionado”⁸⁴, que implica una elección de ciertos datos a analizar, dejando otros fuera, en atención a los fines que se proponen para la investigación, en este caso, el daño moral consecuencia de perjuicios corporales. Dicha elección de datos, en este trabajo, está influenciada principalmente por dos exigencias; la primera, representatividad; la segunda, fijación de límites al objeto de estudio.

Por representatividad, entendemos aquella característica de un conjunto de datos que permite que extrapolemos con cierto grado de certeza las conclusiones a que lleguemos a partir de ellos. Algunos de los requisitos para que podamos otorgar representatividad a una muestra son, entre otros, el número de datos que usemos, la diversidad de los mismos⁸⁵, la población a la que los datos seleccionados pertenezcan, entre otros factores. Por otro lado, resulta necesario acotar la investigación a las herramientas metodológicas disponibles y a los intereses de motivan este trabajo.

De esta forma, para lograr un equilibrio entre la representatividad y la necesidad de fijar límites razonables a esta investigación, se partió por escoger un periodo de tiempo a estudiar, estimándose que 10 años de jurisprudencia logran captar de manera aceptable la continuidad de las decisiones judiciales, es decir, el primer paso fue delimitar el universo de jurisprudencia temporalmente. En segundo lugar, atendiendo a un criterio jerárquico, se estimó como imprescindible contar con la jurisprudencia de la Corte Suprema, y sumando un criterio territorial en conjunto con el número de fallos disponibles⁸⁶, se escogieron tres Corte de Apelaciones de distintos sectores del país, una de la zona norte, representada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, otra de la zona sur, representada por la Corte de Apelaciones de Concepción, y otra de la zona central, representada por la Corte de Apelaciones de Santiago. De

⁸⁴ Véase: Hernández Sampieri, Roberto, *Metodología de la investigación*, Editorial MacGraw-Hill, México, 2010.

⁸⁵ Por ejemplo, las conclusiones a las que se arriben del estudio de la población chilena durante los años 90 son mucho más extensas que si se estudia sólo a hombres de 25 a 30 años, o conjunto de viviendas de cierto sector de Santiago.

⁸⁶ Debemos también mencionar ciertos criterios que obedecen más bien a hechos públicos y notorios, como que en el sector de Antofagasta se dan más accidentes (sobre todo laborales) debido a la actividad minera, o que la calidad de los fallos de la Corte de Apelaciones de Concepción han llevado a que se le llame “La Suprema Chica” (*sic*).

esta forma se pretendía alcanzar el objetivo de una mayor representatividad del territorio nacional.

Al final del análisis de fallos, y aplicando los criterios recién expuestos, el universo de jurisprudencia que conforma la muestra de trabajo quedó reducido de alrededor de 1000 fallos estudiados a sólo 310, que fueron los que en definitiva cumplieron con las características que se ajustaban a los intereses de esta investigación.

En conclusión, el presente trabajo se realizó a partir de 310 sentencias firmes y ejecutoriadas de conformidad al artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, dictadas por Cortes de Apelaciones de Antofagasta, Santiago, Concepción y por la Corte Suprema, relativas a las consecuencias extrapatrimoniales de perjuicios corporales.

Es a partir del estudio de estos fallos que, en el capítulo tercero, se describirá en extenso la actividad realizada por los jueces en la fijación de la indemnización. De momento, sólo nos referiremos a la composición interna de la muestra, paso previo y necesario para una adecuada comprensión de los resultados.

A continuación, analizaremos en detalle el factor cualitativo, que consiste en el daño producido y por el cual se solicita la indemnización en cada caso. Posteriormente describiremos la distribución de la muestra atendiendo al factor espacial, para posteriormente indicar la misma distribución pero en su ámbito temporal.

1. Primer Factor: *Daño específico*.

Todos los fallos que constituyen el universo a analizar sólo tratan sobre el daño moral generado por un daño corporal, entendiéndose este último como la privación, detrimento, menoscabo o molestia de la vida humana, integridad física o psíquica de la persona.⁸⁷

El daño corporal puede tener muchas expresiones físicas, las que pueden ir desde una pequeña contusión en un brazo hasta el término de la vida misma. No obstante, dentro de todas las

⁸⁷ Barros, *Tratado*, *Op. cit.* p. 233 a 234.

posibilidades de daños corporales imaginables, es el más grave el que menos variación en sí mismo presenta. La muerte no es distinta de un caso a otro, sino que es la cesación de la actividad homeostática de un ser vivo, sea cual sea ese individuo (sin perjuicio de las particularidades que produjeron el resultado fatal). En cambio, las lesiones, tienen la característica de ser especialísimas, no existiendo un caso igual a otro. No resulta razonable aseverar con certeza que dos contusiones son equivalentes, ya que dependerá de la ubicación de éstas, la contextura de la víctima, el objeto que la provocó, entre muchos otros factores.

La particularidad de cada lesión imposibilita su procesamiento como variable de referencia, ya que sólo vuelven más heterogénea la superficie de medición. Sin embargo, no queremos dejar de lado a todos estos fallos, y para al menos realizar una descripción de ellos, se redujeron todas las lesiones en las 4 categorías otorgadas por los artículos 494 número 5 y 395 y siguientes del Código Penal⁸⁸:

- Lesiones graves gravísimas (artículo 397 número 1°): Se entiende por ella a las que dejan al “ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.”;
- Lesiones simplemente graves (artículo 397 número 2° y artículo 398): Son aquellas que provocan “enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días.”;
- Lesiones menos graves (artículo 399): reúne a “las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes”, es decir, que no sean calificadas de graves gravísimas o simplemente graves.”, y;
- Lesiones leves (artículo 394 número 5°): son todas aquellas lesiones que “no se hallaren comprendidas en el artículo 399”, es decir, que no sean calificadas como menos graves.

⁸⁸ La calificación la realiza el juez en el caso concreto, y es sin duda un asunto de hecho susceptible de prueba. Sin embargo, la dificultad en la clasificación de una lesión en alguna de estas categorías y la propiedad del sistema nacional es tema extensamente discutido en Derecho Penal. Véase: Politoff, Sergio; Grisolia, Francisco y Bustos, Juan. *Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 210 y ss

A pesar de las ventajas que otorga la clasificación recién expuesta para cuantificar las lesiones corporales que no tienen resultado de muerte, no puede obviarse su artificialidad, ya que esconden tras de sí las especificidades de cada daño. Es precisamente teniendo presente esta prevención, que en todos los casos en que se utilice el daño como punto de referencia para medir la importancia de otras variables (principalmente el monto otorgado en cada caso), sólo se utilizarán los fallos en que el daño consista en la muerte de la víctima, por ofrecer éste un terreno más bien plano desde donde poder realizar correlaciones.

En conclusión, los casos de lesiones podrán ser descritos, pero no se utilizaran como referente para comparar otras variables.

2. Segundo Factor. *Espacial*.

Los Tribunales Superiores convenidos como fuentes de jurisprudencia fueron escogidos con un criterio geográfico, que permitiese otorgar la mayor representatividad posible a la muestra, como así también de acuerdo con la importancia relativa de cada uno de ellos en atención al número de fallos disponibles. La inclusión de la Corte Suprema, en cambio, atiende más bien su rol de unificador de jurisprudencia⁸⁹.

Los Tribunales seleccionados fueron los siguientes:

- Corte Suprema;
- Corte de Apelaciones de Antofagasta;
- Corte de Apelaciones de Concepción, y;
- Corte de Apelaciones de Santiago.

1) Gráfico de distribución de causas por Corte

⁸⁹ RDJ, Presentación, Año 1, octubre 1903 a octubre 1904.

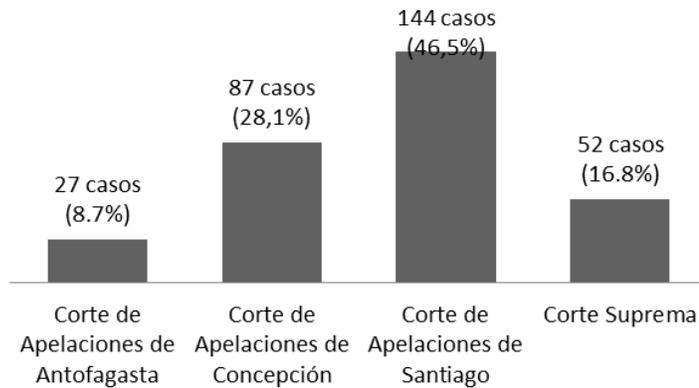


Gráfico N°1

En este gráfico podemos observar que el universo de trabajo se encuentra constituido por un total de 310 sentencias firmes y ejecutoriadas, y el 46.5% de ellas corresponde a sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, lo que equivale a 144 fallos. La Corte de Apelaciones de Antofagasta y de Concepción aportan con el 8.7% y 28.1% de los casos respectivamente, concurriendo las Cortes de Apelaciones en general con el 83.2% de todas las causas. A su vez, los fallos de la Corte Suprema constituyen el 16.8%, equivalente a 52 casos.

2) Gráfico de distribución por materia de las causas de Cortes de Apelaciones.

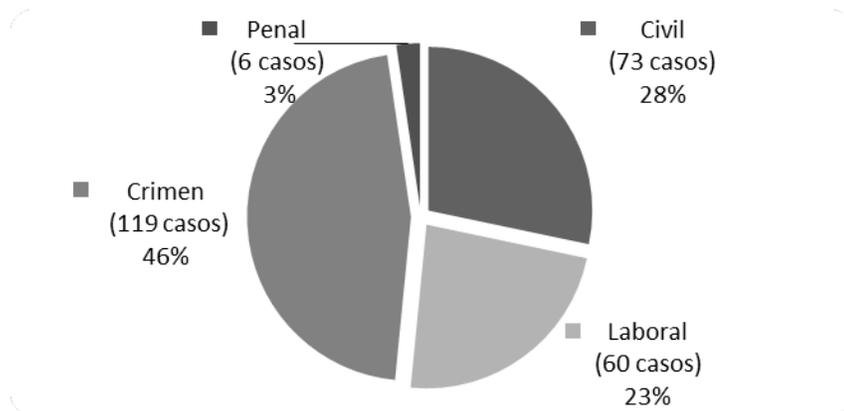


Gráfico N°2

La distinción por materia entre los 258 fallos dictados por Cortes de Apelaciones obedece, en primer lugar, a una necesidad técnica, que consiste en que el sistema de acceso a las sentencias que componen la muestra de investigación, a saber, el sitio electrónico oficial del Poder Judicial⁹⁰, requiere previamente seleccionar la materia de cada causa para acceder a ella, requisito que no aparece tratándose de la Corte Suprema.

⁹⁰ Página electrónica oficial del Poder Judicial de Chile [En línea] <http://www.poderjudicial.cl>.

La consideración de este portal electrónico resulta del todo relevante, ya que a través de él se puede acceder a la lectura de los fallos y confirmar el estado procesal de cada causa, discriminando así entre sentencias definitivas firmes y ejecutoriadas y sentencias definitivas pendientes.

En segundo lugar, esta clasificación nos ayudó a recopilar de manera más eficiente los casos de lesiones corporales, pues pueden excluirse, por ejemplo, causas de Policía Local o Cobranza Laboral. Por último, debe prevenirse que la diferencia entre causas criminales y penales sólo dice relación con la distinción entre las tramitadas conforme al antiguo procedimiento penal y las seguidas por las normas del nuevo proceso penal. En lo sustantivo, no hay mayores diferencias.

La razón por la cual los fallos dictados por la Corte Suprema no fueron considerados en esta clasificación, consiste en que ella cuenta con Secretaría única, pero, por sobre todo, el sistema electrónico oficial del Poder Judicial, en la sección de dicho tribunal, no considera la distinción por materias.



Lo anterior se aprecia claramente en la página electrónica oficial del poder judicial de Chile, www.poderjudicial.cl, en el sistema de búsqueda avanzada de causas para Cortes de Apelaciones, donde al momento de ingresar el “recurso” se da una serie de opciones dependiendo de la materia de que se trate.

Dentro del sistema de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la opción “Recurso”, las opciones otorgadas responden a las materias en que se dividen las causas. En esta Corte, la

materia “Trabajo-menores-p.local” y “Reforma Procesal Penal” corresponden a las denominaciones “laboral” y “penal” expresadas en el gráfico N° 2 de distribución por materia.

Similar situación ocurre al ingresar al sistema de las Cortes de Apelaciones de Concepción y Antofagasta.

Algo distinto ocurre al ingresar en la sección de la Corte Suprema, donde en “recurso”, sólo se



otorga la opción única, aun cuando se realice una distribución por salas para su funcionamiento ordinario o extraordinario, de conformidad al artículo 95 y siguiente del Código Orgánico de Tribunales.

Imagen N°2

3. Tercer Factor: *Temporal.*

Los fallos usados para el desarrollo de la investigación corresponden a los dictados en el periodo que va desde el 1 de enero del año 2000 hasta el 31 de diciembre del año 2010, con dos fallos residuales dictados a principios del 2011.

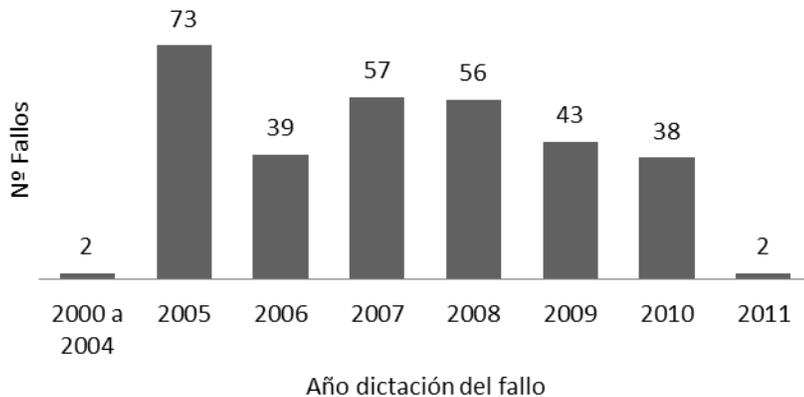


Gráfico N°3

Se observa que el mayor número de fallos de la muestra fueron dictados el año 2005, mientras que entre el año 2000 a 2004 sólo se cuentan 2, lo cual tiene explicación más con un defecto del banco de datos de jurisprudencia que con la dictación de los mismos por los Tribunales Superiores.

La distribución temporal de las sentencias tiene gran importancia en la variable “monto”, pues \$100 en el año 2000 no tienen el mismo poder liberatorio que en el 2010. La inflación produce que el dinero otorgado como indemnización por fallos dictados en años distintos no puedan compararse entre sí sin caer en inexactitudes económicas inexcusables, y aun cuando en la gran cantidad de los fallos se indica que los montos deben ser reajustados⁹¹, ellos son expresados en pesos⁹², por lo que para poder comparar entre un monto y otro, necesariamente deben reajustarse a una unidad que contemple la inflación, como la UF (Unidad de Fomento).

En atención a lo anterior, se optó por convertir los montos otorgados en cada fallo a unidades de fomento, realizando un promedio anual de esta medida de acuerdo al año de dictación de la sentencia.

B. Obtención de información relevante.

La extracción de los datos relevantes desde la jurisprudencia seleccionada por los factores anteriores, se realizó a través de un instrumento compuesto por 8 variables independientes y complementarias entre sí. Dichas variables se aplicaron de manera constante y uniforme, a modo de encuesta, a cada uno de los fallos, para así convertir una sentencia en un conjunto de 8 datos cuantificables.

Las variables utilizadas en el análisis de los fallos fueron las siguientes:

- Daño corporal producido;
- Conducta generadora del daño;

⁹¹ Sin entrar en la discusión de si el reajuste otorgado sin solicitud expresa de la parte demandante constituye o no ultra petita.

⁹² Del total de 310 fallos, sólo en un caso se otorgó el monto en Unidades Tributarias Mensuales, Rol N°10.282-2004. Corte de Apelaciones de Santiago, Secretaría Criminal.

- Criterio o criterios utilizados por el Tribunal;
- Monto otorgado, compuesto a su vez por 4 variables complementadoras:
 - Reducción por artículo 2330 del Código Civil;
 - Distribución del monto entre víctimas por rebote;
 - Año de dictación de la sentencia, y;
 - Número de víctimas directas.

- Ejemplo: Tabla correspondiente a las causas penales dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago

Rol	Daño	Nº víctimas	Conducta dañosa	Criterio	Monto	2330 CC	Distribución	Año
2352-2006 C°8	Muerte	1	Homicidio simple	Facultad de los jueces fijar el monto, más 2330 Código Civil (se argumentó por defensa legítima defensa)	\$15,000,000	1	A cónyuge	2006
1741-2007 C°9	Muerte	1	Homicidio simple + porte ilegal de armas	Ningún criterio, sólo otorga el monto	\$20,000,000	0	A Padres	2007
24-2010	Muerte	1	Cuasidelito de homicidio por negligencia médica.	Ningún criterio, sólo otorga el monto	\$60,000,000	0	A Padres	2010
1570-2010	Lesiones menos graves	1	Conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones menos graves	Estima la gravedad de las lesiones.	\$ 250,00	0	A víctima directa	2010
1487-2010	Lesiones menos graves (fractura de nariz con recuperación en menos de 30 días)	1	Cuasidelito de lesiones	Discusión sobre la gravedad de las lesiones	\$5,000,000	0	A víctima directa	2010
2313-2010	Muerte	1	Homicidio simple	Ningún criterio, sólo otorga el monto	\$15,000,000	0	A cónyuge e hijos	2010

Tabla Nº1

Cada columna contiene una variable, y en el cuadro de intersección con la fila de cada rol se encuentra especificado el dato relevante. Así la simplificación de los datos otorgados por cada sentencia avanza su primer paso.

Sin embargo, estas 8 variables no son iguales en importancia, y algunas vienen a ser complementos o aclaradores de otras. Así, tenemos que tanto el número de víctimas directas, aplicación del artículo 2330 del Código Civil, distribución del monto otorgado entre víctimas por rebote y año de dictación de la sentencia, sólo sirven para explicar de mejor manera la variable “monto” de la indemnización. De no existir estas 4 variables complementarias, la diferencia entre el monto otorgado entre un caso y otro podría resultar engañosa y atribuirse a alguno de

estos factores y no a las variables que intentamos analizar, como el criterio utilizado en un caso y otro.

Resulta entonces que las variables principales de la investigación serán aquellas que por sí mismas impliquen un dato relevante, y reformulando su enumeración en atención a su importancia, se obtiene lo siguiente:

- 1) Daño corporal producido: Constituida por el resultado de muerte y lesiones según la clasificación utilizada en el artículos 397 y siguientes del Código Penal⁹³.
- 2) Variable Conducta generadora del daño: Esta variable fue sistematizada en 9 conductas generales, de acuerdo con las materias encontradas en los fallos de estudio y calificadas como tales en casi la totalidad de ellos.

2.1) Delitos: Incluye a todas las conductas tipificadas y penadas por la ley.

2.2) Cuasidelitos: Todas las conductas que, generando algún daño, no constituyan un delito.

2.3) Falta de Servicio: Se incorporan aquí los casos de responsabilidad por culpa del Estado, cuando el funcionamiento del servicio público fue defectuoso en el caso concreto⁹⁴.

2.4) Accidente Laboral: Aun cuando existe un contrato de por medio, se incluyen estos accidentes ya que por su fisonomía y frecuencia resultan de mucha relevancia en el análisis jurisprudencial de criterios de indemnización.

2.5) Accidente de Tránsito: Por su especificidad y frecuencia, se trataron de forma separada a los cuasidelitos.

⁹³ *Supra.* p. 29.

⁹⁴ Barros, *Tratado, Op. cit.*, p. 484 a 486.

2.6) Negligencia Médica: También atendiendo las particularidades de esta conducta⁹⁵, se optó por analizarla separadamente.

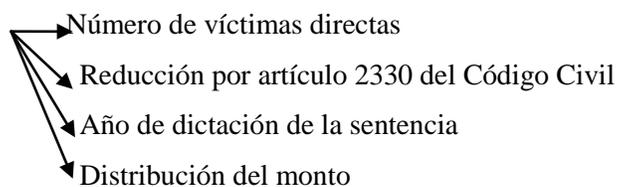
2.7) Accidente Privado: Constituye una categoría residual, donde se incluyeron todos los accidentes acaecidos en un contexto particular, ya sea establecimientos educacionales, carreteras, *retail*, entre otros, que no fueron provocados por una persona natural determinada.

2.8) Atentados a Derecho Humanos o delitos de Lesa Humanidad: La particularidad de esta conducta, atendiendo el contexto histórico nacional, ameritaron no incluir estos casos en la categoría de delito.

2.9) Producto Defectuoso: Atiende a un criterio de especificidad en la acción generadora del daño, razón por la cual no se incluyó en otra categoría.

3) Variable criterio/s utilizado por el Tribunal: El análisis de los criterios, al constituir el principal objeto de este trabajo, cuenta con un capítulo especial.

4) Monto otorgado



Sin embargo, para realizar el análisis estadístico⁹⁶, los datos expuestos en la tabla N° 1 tuvieron que dejar la prosa para convertirse de lleno en números y códigos binarios, y así permitir el procesamiento computacional de la información recopilada, que será expuesta, interpretada y analizada de lleno en el capítulo tercero.

⁹⁵ Barros, *Tratado, Op. cit.*, p. 656 y ss.

⁹⁶ El programa estadístico computacional utilizado para el cruce estadístico fue el Statistical Package for the Social Sciences o SPSS, muy utilizado para estudios de investigación en las ciencias sociales y empresas de mercado.

Capítulo III.

CRITERIOS USADOS POR LA JURISPRUDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL. DESCRIPCIONES, SISTEMATIZACIÓN Y ANÁLISIS.

En el siguiente apartado se expondrán las características generales de la muestra de investigación, constituida por 310 fallos firmes y ejecutoriados, dictados por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones de Santiago, Concepción y Antofagasta.

A través de la codificación de la información relevante otorgada por cada fallo⁹⁷, se pudo obtener una gran cantidad de datos que, interpretados en su conjunto, posibilitan el establecimiento de tendencias y correlaciones entre distintas variables, dando paso a una perspectiva panorámica de la jurisprudencia.

Atendiendo principalmente a los argumentos esgrimidos en cada fallo para justificar cierto monto de dinero como indemnización al daño moral, se presentarán todos los enunciados encontrados en la jurisprudencia estudiada, reunidos en grupos de coincidencia significativa. De esta forma, se clasificarán los distintos criterios utilizados en 6 grupos, y un último residual constituido por todos los fallos carentes de ellos.

El principal propósito de este capítulo, como sección central de esta investigación, es narrar las tendencias de la jurisprudencia en cuanto a la indemnización por daño moral, pero por sobre todo, realizar un análisis comparativo-descriptivo de los criterios utilizados por los jueces para justificar dicho monto.

A. Descripciones generales de la muestra.

En esta sección se realizará un análisis descriptivo general del conjunto de fallos que componen el universo de trabajo, en relación con tres de las 4 principales variables de investigación, a

⁹⁷ *Supra*, p. 35 y ss.

saber: el “Daño”, “Conducta” y “Monto”⁹⁸. Adelantamos que la cuarta variable “Conducta”, por su importancia, estará tratada en un acápite especial⁹⁹.

Como resultado de la contraposición de esta información, pueden apuntarse ciertas características de este grupo de jurisprudencia que resultan de toda relevancia para entender e interpretar, la variable principal “Criterio”.

1. Resultado dañoso.

La totalidad de fallos estudiados pueden clasificarse de acuerdo con el daño corporal producido, que es la causa y objeto del juicio de indemnización. Cómo ya se expuso a propósito de la metodología aplicada¹⁰⁰, los daños corporales que no terminaron en muerte fueron clasificados con arreglo a la distinción hecha por los artículos 397 y siguientes del Código Penal.

- Frecuencia de los distintos tipos de daños:

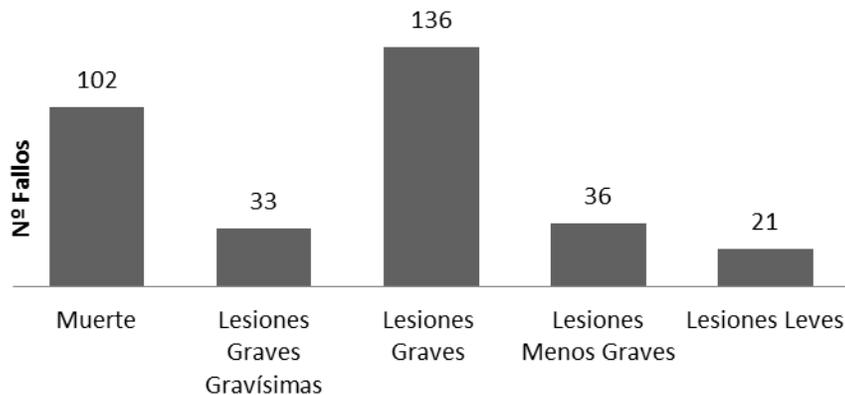


Gráfico N°4

Se aprecia que las lesiones graves constituyen el daño más frecuente, en contraposición con las lesiones leves¹⁰¹ que poseen la menor frecuencia. Lo anterior puede tener explicación en que muchas veces se prefiere cargar con los costos de una lesión menor en comparación con los de la judicialización de una causa.

⁹⁸ *Supra*, p. 35.

⁹⁹ *Infra*, p. 50.

¹⁰⁰ *Supra*, p. 29.

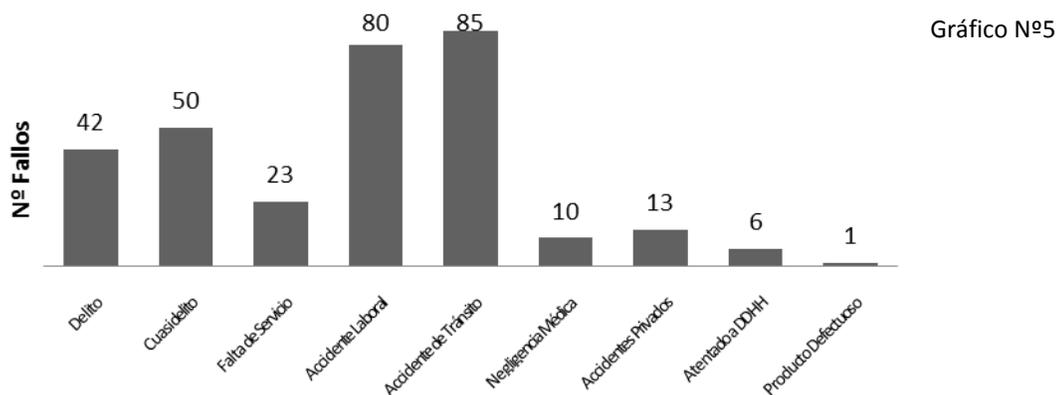
¹⁰¹ La suma de todos los casos supera al total de 310 casos que constituyen la muestra, debido a que en algunos fallos se presentan conjuntamente más de un tipo de daño en 2 víctimas o más.

El gráfico indica además que los casos con resultado de muerte constituyen un 32.9% del total de 310 casos, distribuyéndose el 67.1% restante entre las lesiones graves gravísimas, simplemente graves, menos graves y leves. Resulta entonces, que en aproximadamente un tercio de los casos, el daño generado fue la muerte, tradicionalmente entendido como el más grave.

2. Conducta desplegada.

La jurisprudencia recopilada puede clasificarse en atención a la variable “Conducta”, dependiendo de la calificación realizada por los jueces en cada caso.

- Ranking de conductas



Se observa que los accidentes de tránsito son los más frecuentes, con 85 casos de un total de 310, mientras que sólo se encontró un caso de producto defectuoso.

3. Monto indemnizatorio.

Para un debido análisis comparativo entre los montos otorgados por indemnización del daño moral, éstos deben ser nivelados a un punto de partida común, para así eliminar cualquier elemento contaminador que distorsione el cotejo entre éstos y las distintas variables relevantes de investigación.

En cuando a la inflación, se optó por morigerarla usando como medida la Unidad de Fomento, transformando el monto en pesos de cada indemnización de acuerdo al promedio anual de la unidad.

Otro factor que dificulta la conmensurabilidad entre los montos es la naturaleza del daño. Por ejemplo, no resulta comparable el quantum entre un caso de muerte y uno de lesiones graves, o entre casos de lesiones de distinta gravedad, ya que, a diferencia de la muerte, cada lesión toma distintas e innumerables particularidades dependiendo de la víctima, de la región del cuerpo lesionada, entre muchos otros factores.

También influye en el aumento o disminución de la indemnización el número de víctimas que resulten dañadas en un caso particular, no pudiendo compararse razonablemente un caso en que mueran tanto el cónyuge e hijo de la demandante con otro en que sólo muera el primero de ellos.

Por último, y como un factor de varianza general, está la consideración del artículo 2330 del Código Civil. Este argumento comúnmente esgrimido por la defensa, podría implicar la disminución del monto de indemnización, si el juez estima que concurre en el caso en particular.

Por las razones recién expuestas, y en atención a una correcta interpretación de los datos, sólo se considerarán en el estudio fallos en que se haya producido el resultado de muerte de sólo una víctima, con la cantidad asignada convertida a Unidades de Fomento.

Además, se expondrá la importancia relativa del artículo 2330 del Código Civil en los montos asignados, a través de la frecuencia de fallos en que se consideró que en el caso concreto concurrió “culpa de la víctima”.

En esta sección se hará una descripción general de todos los casos que presenten estas características, es decir, casos de muerte de sólo una víctima; en la sección siguiente, cuando se trate cada criterio indemnizatorio en particular, se utilizará esta muestra de casos para comparar la importancia que tuvo la consideración de cada criterio en el monto asignado como indemnización.

3.1 Análisis de los fallos con resultado de muerte de sólo una víctima.

a. Incidencia de fallos con resultado de muerte de una víctima en el total de la muestra.

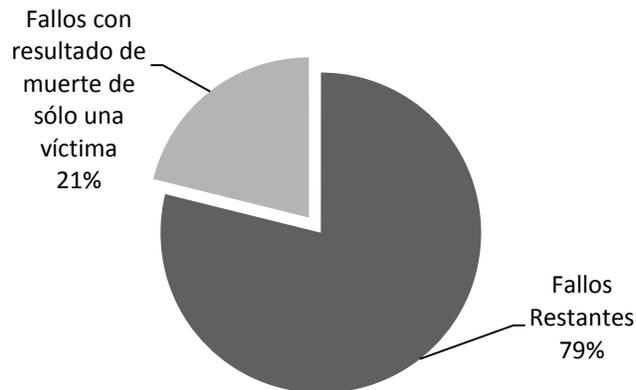


Gráfico N°6

Se observa en el gráfico N°6 que del total de 310 fallos, en 83 de ellos, equivalente a un 21% del total, el resultado de la conducta imputable fue la muerte de la víctima.

Serán estos 83 fallos el conjunto sobre el cual se realizará el estudio comparativo de los montos otorgados, tanto en esta sección general como en la referida a la variable “Criterio” en particular.

b. Presencia de fallos que contemplaron el artículo 2330 del Código Civil en el total de 83 fallos con resultado de muerte de una víctima.

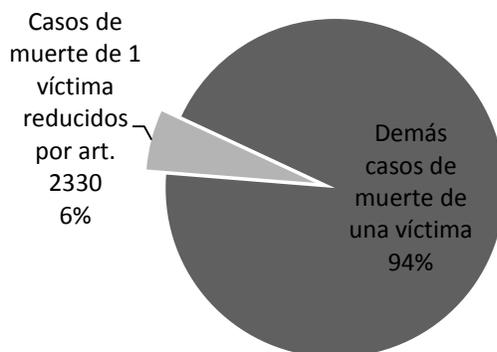


Gráfico N°7

De los 83 fallos donde el daño fue la muerte de una víctima, en 5 de ellos, equivalente a un 6%, el monto fue reducido por los jueces en atención a la concurrencia de la hipótesis del artículo 2330 del Código Civil, por lo que se puede concluir que la influencia del artículo citado es más bien menor.

c. Presencia de fallos que contemplaron el artículo 2330 del Código Civil en el total de la muestra.

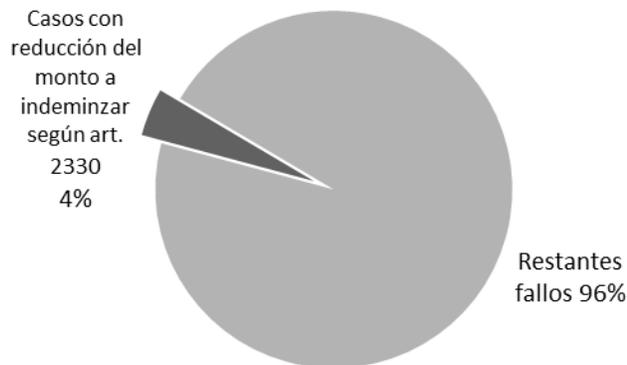


Gráfico N°8

En un 4% de los fallos, equivalente a 14 de un total de 310, se estimó que concurría en el resultado dañoso la exposición imprudente de la víctima, porcentaje que, al igual que en gráfico anterior, es reducido.

d. Distribución del total de 14 casos que contemplaron el artículo 2330 del Código Civil por “Conducta” desplegada.

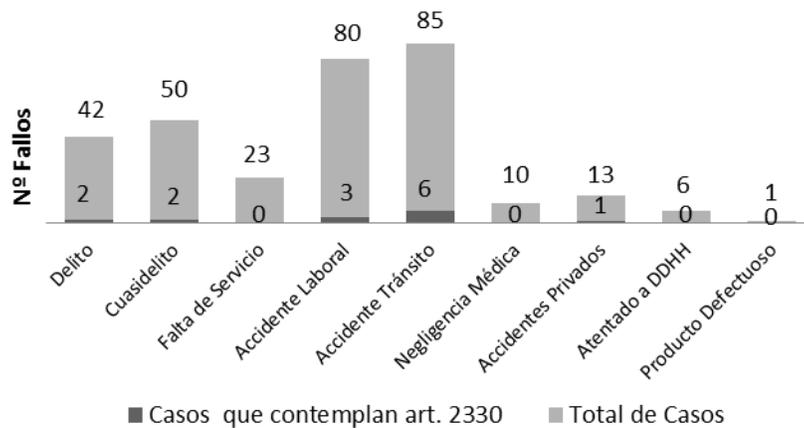


Gráfico N°9

Del total de 85 casos de accidentes de tránsito, en 6 de ellos los jueces consideraron que concurrió en el resultado dañoso la imprudencia de la víctima. A la misma conclusión llegaron en 3 casos de accidentes laborales, en 2 casos de delitos, en 2 de cuasidelitos y en 1 de accidentes privados.

La distribución de los 14 fallos que consideraron la concurrencia del artículo 2330 del Código Civil se da entre estas 5 conductas de una forma relativamente homogénea, sin perjuicio de que va a depender siempre de las circunstancias del caso concreto.

Como conclusión, se puede estimar que la muestra que servirá como punto de referencia para este capítulo, está constituida por 83 fallos donde el daño reclamado es la muerte de una persona. Un 6% de este grupo, equivalente a 5 casos, estimó procedente la aplicación del artículo 2330 del Código Civil, por lo que no altera de forma determinante el monto promedio de la muestra. Tampoco influyen mayormente en el total de 310 fallos, pues sólo un 4% acogió la “culpa de la víctima”. Por esta razón, no puede establecerse alguna correspondencia clara entre alguna conducta determinada y la aplicación de dicho artículo.

3.2 Análisis estadístico de valores otorgados en los 83 casos de muerte de una víctima.

- a. Promedio¹⁰²: **2.047,9 UF**

¹⁰² Es un elemento estadístico no robusto, que se obtiene de la división de la suma de todos los datos por el número de ellos. Por esta razón, el producto de dicha operación puede verse influido por valo[res atípicos. Ver en: http://es.wikipedia.org/wiki/Estad%C3%ADstica_robusta [Consulta:13 septiembre 2011]

El promedio de los montos contenidos en los 83 fallos donde el resultado dañoso fue la muerte de una víctima dio como resultado este monto. Por tanto, podemos concluir que éste es el valor promedio de una vida humana para nuestros Tribunales Superiores entre el año 2000 y el 2010.

- Mayor valor otorgado¹⁰³: 13.215,16 UF
- Menor valor otorgado¹⁰⁴: 48,95 UF

b. Mediana¹⁰⁵: **1.416,9UF**

La mediana de los valores de la indemnización de los 83 fallos aquí analizados es el monto que se encuentra en medio del conjunto de valores de dinero otorgados por nuestros Tribunales Superiores como indemnización por daño moral ante la muerte de una persona entre el año 2000 y el 2010.

c. Moda¹⁰⁶: **979,1 UF**

Éste fue el monto más repetido dentro de los 83 valores analizados.

3.3. Distribución del monto de la indemnización entre las “Víctimas por rebote” (actores del juicio de responsabilidad) en casos de resultado de muerte de una víctima.

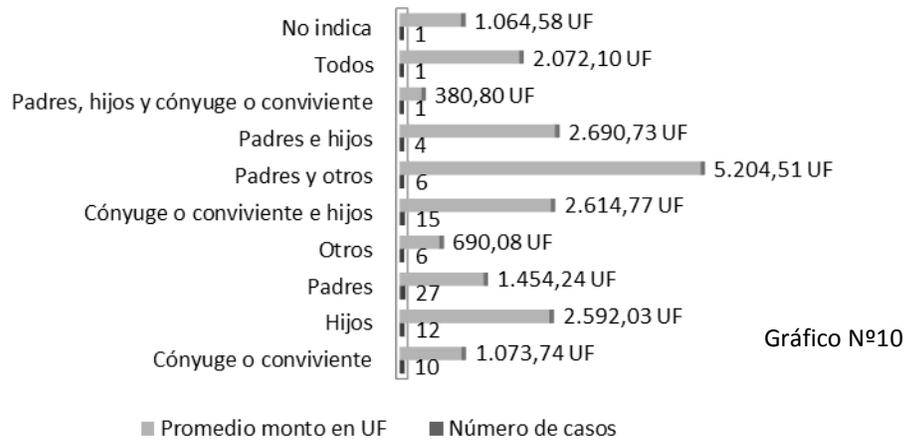
¹⁰³ Rol 6.118-2008 Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl

¹⁰⁴ Rol 15.161-2006 Corte de Apelaciones de Santiago, Secretaría Criminal. En: www.poderjudicial.cl

¹⁰⁵ Este elemento es una herramienta de estadística robusta, que toma en cuenta los valores atípicos dentro de una muestra, por lo que resulta mucho más exacto que el promedio. La mediana es el número que se encuentra en medio de un conjunto de números.

Ver en: http://es.wikipedia.org/wiki/Estad%C3%ADstica_robusta [Consulta:13 septiembre 2011]

¹⁰⁶ La moda es, junto al promedio y la mediana, uno de los elementos de tendencia central más utilizados. Consiste en el número que aparece más frecuentemente en un grupo de números. Ver En: [http://es.wikipedia.org/wiki/Moda_\(estad%C3%ADstica\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Moda_(estad%C3%ADstica)) [Consulta:13 septiembre 2011]



Se observa que en 27 de los 83 casos de muerte de una persona, la indemnización fue para los padres de la víctima, con un monto indemnizatorio promedio de 1.454,24 UF. En 15 fallos la indemnización fue distribuida entre el cónyuge o conviviente y los hijos de la víctima, con un monto promedio de 2.614,77UF. En 12 fallos fueron los hijos de la víctima quienes recibieron una indemnización de 2.592,03 UF en promedio. Comparativamente, el mayor monto corresponde al promedio de los 6 fallos donde los actores fueron los padres y otras víctimas por rebote (hermanos, tíos y sobrinos principalmente), el que asciende a 5.204,51 UF.

Resulta interesante que los padres, el cónyuge o conviviente u otros familiares incrementan considerablemente el monto de la indemnización cuando están acompañados de los hijos de la víctima. Además, se observa que cuando las víctimas por rebote concurren individualmente, es decir, sólo hijos, padres, cónyuge o conviviente y otros familiares, son los primeros los que reciben un monto significativamente mayor al resto. Tanto es así que los hijos individualmente reciben sólo algunas UF menos que junto a los padres o al cónyuge o conviviente de la víctima.

Paradójicamente, el único caso¹⁰⁷ en que la indemnización se distribuyó entre los padres, hijos y cónyuge de la víctima, fue el que reportó el menor monto indemnizatorio, con 380.8 UF para todos ellos.

¹⁰⁷ Rol N° 595-2008, Secretaría criminal, Corte de Apelaciones de Santiago. C° 7 y siguientes. En: www.poderjudicial.cl

3.4. Distribución del monto de la indemnización de acuerdo con la “Conducta” desplegada por el agente en casos de resultado de muerte de una víctima.

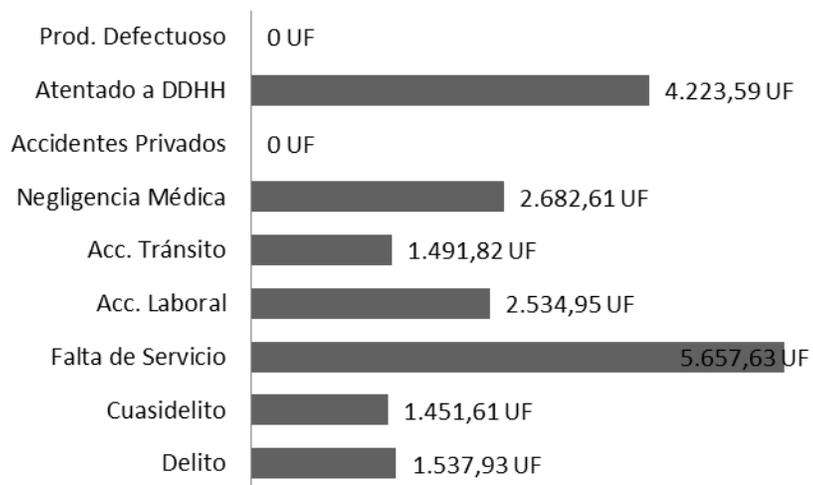


Gráfico N°11

Muestra el Gráfico N°11 que el mayor monto promedio otorgado en casos de muerte de una víctima corresponde a los de falta de servicio, lo cual resulta relevante considerando que en estos casos siempre el demandado es el Fisco de Chile¹⁰⁸. A su vez, los montos positivos menos cuantiosos corresponden a casos de cuasidelitos y accidentes de tránsito.

También es considerable la extensión del quantum en los casos referidos a atentados a derechos humanos, siendo la segunda mayor cifra de la muestra de 83 fallos donde el daño fue la muerte de una víctima.

No se presentó el resultado de muerte de una víctima en casos de producto defectuoso o accidente privado, por lo que en ambos no hay monto indemnizado a comparar.

3.5. Distribución del monto de la indemnización por “Tribunales Superiores” en casos de resultado de muerte de una víctima.

¹⁰⁸ Al respecto véase: Rubio Sanhueza, Pamela, Valoración judicial del daño moral en casos de muerte, *Op. Cit.*

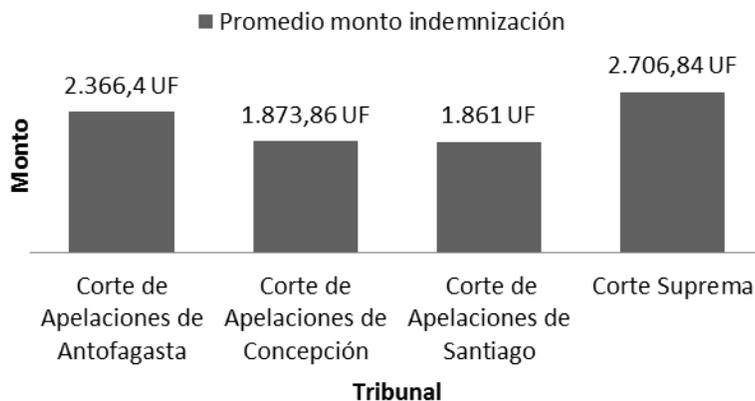


Gráfico N°12

La Corte Suprema fue el Tribunal que, en promedio, otorgó las sumas más altas en los casos de muerte de una víctima. Le sigue la Corte de Apelaciones de Antofagasta y, con sumas bastante similares, la de Concepción y de Santiago.

3.6. Distribución del monto de la indemnización por “Materia” en casos de resultado de muerte de una víctima dictados por Cortes de Apelaciones.

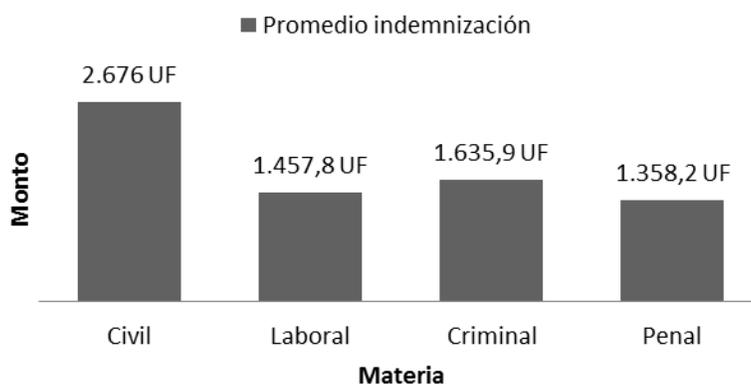


Gráfico N°13

Se observa que el promedio del monto otorgado en las causas civiles fue de 2.676 UF, en materia criminal el promedio fue de 1.635,9 UF, en las causas laborales ascendió a 1.457,8 UF y en las penales a 1.358,2 UF.

Síntesis: uniendo la información de este tercer apartado, observamos que el promedio, la mediana y la moda de la muestra de referencia difieren entre sí, lo cual tiene explicación en que

hay montos que se escapan de la tendencia general y alteran algunas herramientas, especialmente el promedio, que se aleja de la mediana por 631 UF.

Respecto a la distribución de los montos entre las víctimas por rebote, son los hijos lo que definitivamente reciben más dinero, probablemente en consideración a la situación de desamparo económico en que pueden quedar sin sus padres y proveedores.

En cuanto a la conducta, fueron los casos de falta de servicio seguidos por los de atentados a Derechos Humanos en los que se reportaron las más altas sumas; las menores se dieron en casos de cuasidelitos y de accidentes de tránsito.

Siguiendo con rankings de montos, la Corte Suprema fue el tribunal superior que más dinero concedió, otorgando en promedio 2.706,84 UF por cada caso de muerte de una persona. De las causas dictadas por las Cortes de Apelaciones, las pertenecientes a materia civil son las que en promedio confirieron más dinero como indemnización de daño moral.

B. Estudio descriptivo de los criterios justificadores del quantum indemnizatorio.

Como ya se adelantó al principio del capítulo, en este apartado se analizarán y agruparán, con criterio lógico-jurídico, las distintas argumentaciones judiciales relativas a la determinación del quantum de la indemnización por daño moral. Podremos observar cómo nuestros Tribunales de Justicia justifican -o no- el otorgamiento de cierto monto de dinero a un daño moral en particular, los razonamientos usados por ellos en esta labor y cuáles podrían ser estos cuando, en un número no despreciable de casos, nos encontramos ante la total ausencia de argumentación jurídica expresa al respecto en la sentencia¹⁰⁹.

La dificultad que tienen los jueces en la determinación del monto indemnizatorio por daño moral en un caso concreto, radica en que este daño no es cuantificable en una suma de dinero, debido a su carácter incommensurable. Es por esta característica intrínseca y común a todos los bienes que

¹⁰⁹ Es particularmente interesante la similitud entre los criterios encontrados en esta investigación y los recabados, en 1994, por Letelier B, Max. *El daño moral derivado de atentados a la integridad física de la persona: titularidad de la acción y valoración del perjuicio en la jurisprudencia*, Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Facultad de Derecho Universidad de Chile., Santiago, 1994, p. 20 y ss.

no tienen un mercado asignado, unido a la necesidad de indemnizar en dinero (bien líquido y fungible por excelencia), que nos encontramos en frente a una encrucijada jurídica de proporciones, consistente en la imposibilidad estructural de relacionar un daño incuantificable con una suma de dinero. Dicho obstáculo es del todo conocido por la jurisprudencia, y muchas veces lo han expresado en el carácter “subjetivo”¹¹⁰ del daño moral, para posteriormente señalar uno o más argumentos para justificar cierto monto, su reducción o aumento.

Para cuantificar y sintetizar las soluciones otorgadas por nuestros Tribunales Superiores a dicha problemática, se extrajeron de la jurisprudencia todos los enunciados, entendiéndose por éstos las frases y oraciones dirigidas a justificar cierto monto como indemnización al daño moral¹¹¹. Posteriormente, de la gran cantidad de proposiciones reunidas, pudimos distinguir ciertos lineamientos relativamente claros, lo cual permitió clasificar esta masa de enunciados en 6 grupos de criterios, más uno residual que contiene a todos aquellos fallos que no manifiestan, al menos expresamente, criterio alguno para justificar el monto otorgado.

Los criterios que se desprendieron del análisis de los 310 fallos, específicamente de sus enunciados justificativos del quantum, pudieron clasificarse, luego de un ejercicio de taxonomía lógico-jurídico, en los siguientes 6 grupos:

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

Cada criterio será estudiado individualmente, a través del análisis de los fallos que los utilizaron. Por ejemplo, el criterio “Daño” aglutina a todas las proposiciones que aluden al perjuicio

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1316-2006, Secretaría Civil (C° 14, 15), Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1413-2004, Secretaría Criminal, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2332-2008, Secretaría Civil; Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1413-2004 Secretaría Criminal, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 3880-2003, Secretaría Criminal, Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1524-2008, Secretaría Laboral. Todos En: www.poderjudicial.cl

¹¹¹ *Supra*, p. 35.

generado a la víctima, como la gravedad de las lesiones o la intensidad del dolor; el criterio “Conducta del agente” contiene a todos los argumentos que justifican el monto en la negligencia o dolo del autor.

Sin embargo, una misma sentencia puede contener en sus considerandos, o incluso en su parte resolutive, frases alusivas a más de un criterio. De hecho, muchos fallos utilizaron enunciados referidos al “Daño” que sufrió la víctima, a los “Hechos” de la causa y a las “Particularidades” de las partes. Así también, se halló extensa jurisprudencia que sólo utilizó enunciados referidos a la “Actividad jurisdiccional” en sus considerandos. Es por esta razón que un mismo fallo puede estar clasificado en dos, tres o incluso todos los criterios expuestos.

En el siguiente gráfico se observará la distribución de los 310 fallos que componen la muestra, de acuerdo con la cantidad de criterios utilizados.

- Cantidad de criterios utilizados por cada fallo.

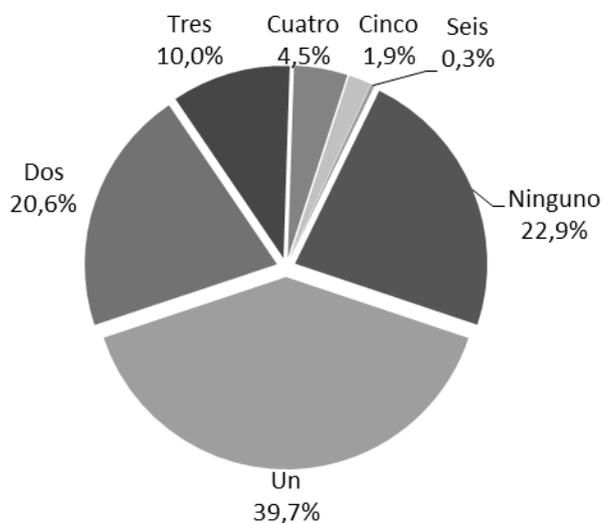


Gráfico N°14

Se observa en el gráfico N° 14, que en el 22.9% del total de la muestra, equivalentes a 71 fallos, no se realizó un ejercicio de justificación específico de la suma de dinero otorgada, componiendo esta jurisprudencia el conjunto residual de fallos. El 77.1% restante, equivalente a 239 fallos, utiliza algún criterio, ya sea sólo uno o incluso seis, pero es sin duda la fórmula de criterio único la más utilizada, con un total de 122 casos.

Dentro de los 122 fallos que utilizan sólo un criterio¹¹², es sin duda el criterio “Actividad jurisdiccional” el más utilizado, como se observa en el siguiente gráfico.

- Distribución de los 122 fallos con criterio unitario.

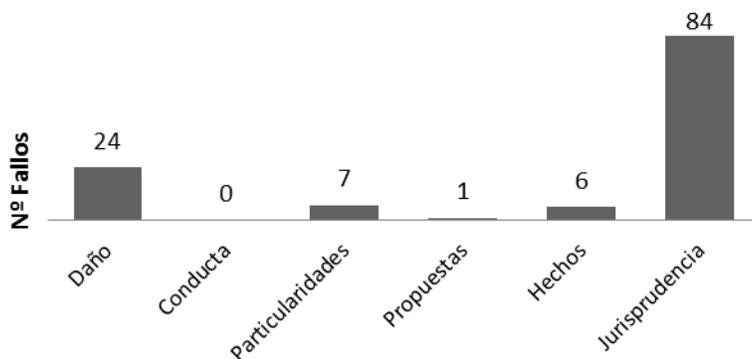


Gráfico N°15

De los 122 casos que utilizan uno o más enunciados alusivos a sólo uno de los 6 criterios esbozados anteriormente, en 84 de ellos se esgrime el criterio “Jurisprudencia”¹¹³, el cual, como posteriormente se indicará, alude principalmente a la prudencia o equidad de los jueces como principal argumento justificador del quantum indemnizatorio. En 24 fallos los jueces sólo se apoyaron en el criterio “Daño” para determinar el monto, y en ningún caso el criterio “Conducta” fue usado sin la compañía de otro criterio.

A continuación, pasaremos al estudio particular de cada criterio, el que tendrá un tinte más bien descriptivo. Cada grupo contendrá principalmente dos puntos de análisis; en el primero se expondrán los enunciados literales encontrados en los distintos fallos, contraponiendo sus frecuencias y particularidades; en el segundo, se comparará el criterio respectivo (los fallos que los contienen) con el resto de las variables relevantes (daño, conducta, y monto asignado), como también la importancia de ellos por Tribunal Superior y por materia en el caso de las Cortes de Apelaciones.

1. Daño. El criterio de responsabilidad civil por excelencia.

¹¹² En muchos de estos fallos se utilizó más de una frase argumentativa de quantum, pero todas ellas aludían al mismo criterio, por lo que cualitativamente sólo contiene una.

¹¹³ Ver tratamiento de este criterio en *infra* p. 94.

Principio del todo conocido en el Derecho Privado es que para que una conducta dolosa o culposa genere responsabilidad civil, debe producir un daño, pues si éste se encuentra ausente, el Derecho Civil se desentiende del asunto¹¹⁴, por más dolo o culpa que haya existido. Sin embargo, el daño no se agota en su calidad de condición, sino que es también objeto de la responsabilidad civil¹¹⁵, ya que es precisamente la reparación de ese daño la pretensión del juicio de indemnización.

El daño ha sido tradicionalmente definido por la doctrina nacional como cualquier detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.¹¹⁶ En el caso concreto, nos referimos sólo al daño corporal, que es aquel que dice relación con la privación, detrimento, menoscabo o molestia de la vida humana, integridad física o psíquica de la persona humana.

Este apartado ha reunido bajo la denominación general de “Daño”, a todos los fallos que contienen proposiciones referidas, de una forma más o menos directa, al daño corporal objeto de la pretensión. Todas ellas están dirigidas al detrimento mismo de la integridad física o psíquica sufrida, su privación o menoscabo, pudiendo identificar justificaciones que van desde la gravedad y ubicación de las lesiones hasta las secuelas y posibilidades de trabajo de la víctima.

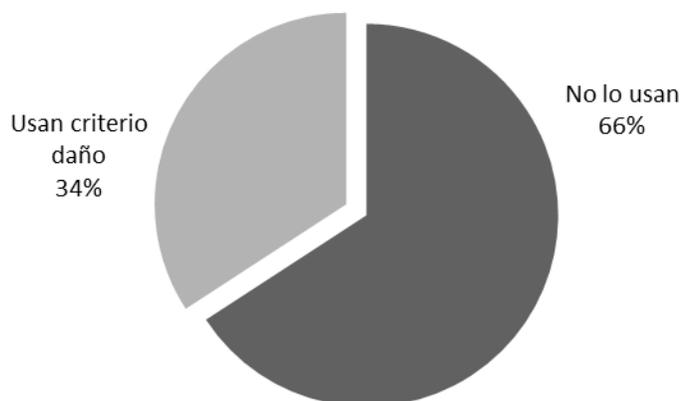
- Porcentaje de fallos que utilizan este criterio

¹¹⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Tomo I. Santiago, Ediar Editores Ltda. 1983, p. 209. También Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *Op. cit.* p. 215.

¹¹⁵ *Ibidem.* p. 216.

¹¹⁶ Alessandri, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, *Op. cit.* p. 210.

Gráfico N°16



Aun cuando pueda parecer de toda obviedad considerar el daño producido al momento de determinar el quantum indemnizatorio, el porcentaje de fallos que lo expresó en sus razonamientos fue de 34%, equivalente a 106 casos. Es decir, 204 fallos pasaron por alto, al menos expresamente, el elemento fundamental y justificador de la intervención de la responsabilidad civil.

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

Si bien ningún fallo lo manifiesta de forma expresa, se puede distinguir una subclasificación referida a las distintas consecuencias del daño corporal. Por ejemplo, la gravedad de la lesión atiende al clásico *pretium doloris*, mientras que la posibilidad de trabajo dice relación más bien con la pérdida de las oportunidades de la vida o perjuicio de agrado. Esta distinción ha sido señalada por la doctrina¹¹⁷, y para una mayor precisión, en esta sección los enunciados referidos al daño se subclasificarán en atención a ella.

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

¹¹⁷ Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *Op cit*, p. 319-321. Véase también el tratamiento de la doctrina francesa en *supra* p. 22 y ss.

su compañero¹¹⁸. Por otro lado, se debe tener en consideración el riesgo que genera esta clasificación doctrinaria a la hora de determinar el quantum, pues conlleva la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño¹¹⁹.

En atención a estas dificultades, propias de toda especificación semántica, el binomio *pretium doloris* / *perjuicio de agrado* sólo se utilizará para exponer sus particularidades relevantes, pero no como punto de referencia para medir otras variables o extraer conclusiones que vayan más allá de dicha distinción.

1.1.1) *Pretium doloris*: Ha sido tradicionalmente entendido como el sufrimiento físico o mental, un daño positivo generado por cualquier forma de sufrimiento, comprendiendo tanto la intensidad como duración de dicho dolor¹²⁰.

a. Descomposición del subcriterio *pretium doloris*.

Del estudio de los fallos que constituyen la muestra de investigación, se extrajeron las siguientes expresiones jurisprudenciales que aluden a este tipo de daño:

- Ubicación de las lesiones;
- Naturaleza del daño;
- Gravedad de las lesiones;
- Dolor o padecimiento sufrido;
- Características de las lesiones;
- Extensión del daño;
- Riesgo vital;
- Tratamiento médico;
- Grado de incapacidad, y;
- Posibilidades de recuperación de la víctima.

¹¹⁸ Ver gráficos N°s 19 y 22.

¹¹⁹ Respecto a la fragmentación del daño moral y sus riesgos: Tapia, *Op. Cit.* 2010 .

¹²⁰ Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Op cit*, p.331-332.

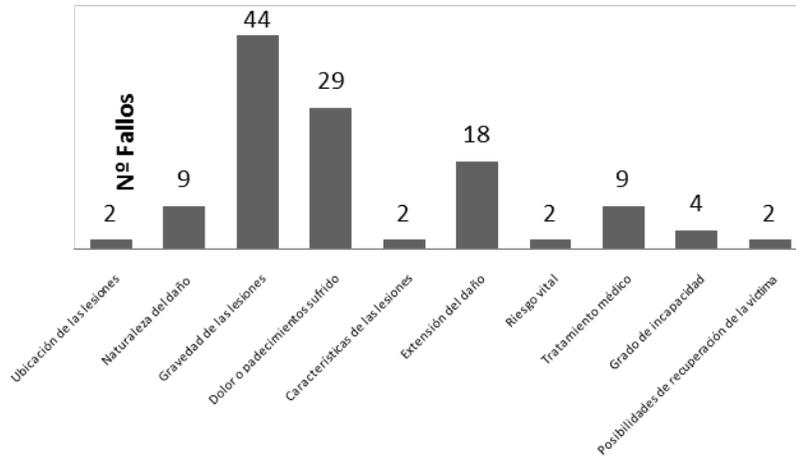


Gráfico N°17

En el gráfico N° 17¹²¹ se observa la importancia relativa que tiene cada expresión de *pretium doloris*, de acuerdo al número de fallos en que fueron usadas. Resalta por su frecuencia el enunciado “Gravedad de las lesiones”, mencionado en 44 sentencias, el “Dolor o padecimientos sufridos” utilizado en 29 y la “Extensión del daño” señalado en 18. Respecto a este último, contextualizando la palabra “extensión”, ella fue usada en relación con la intensidad del daño en sí mismo, como a su dispersión entre familiares o ámbitos laborales y sociales. En esta expresión se aprecia con claridad la delgada línea entre el *pretium doloris* y el perjuicio de agrado, sin perjuicio de los cual se estimó ubicarla dentro de este primer momento.

b. Presencia del subcriterio *pretium doloris* dentro del total de 310 casos:

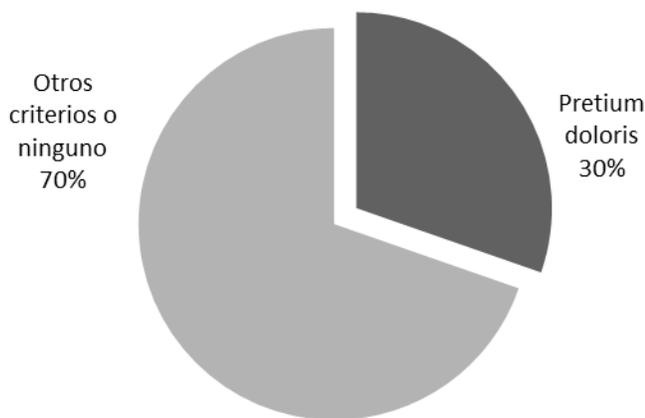
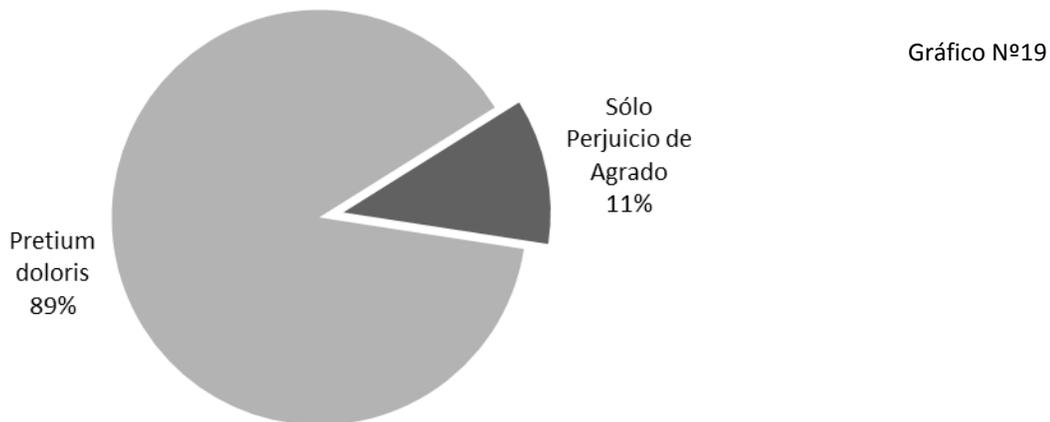


Gráfico N°18

¹²¹ La suma de las menciones de cada expresión supera el número de fallos que contienen estos enunciados debido a que una misma sentencia puede contener más de uno. Lo mismo sucede en los gráficos N°20, 29, 32, 35, 38, 47, 54, 61 y 68.

En el gráfico N° 18 muestra que del total de 310 casos, el 30% de ellos señala algún criterio referido al *pretium doloris*.

- c. Importancia relativa del subcriterio *pretium doloris* respecto a su compañero perjuicio de agrado dentro del total de 106 casos en que se utiliza el criterio “Daño”:



La figura 19 muestra la importancia del *pretium doloris* dentro del total de 106 casos donde se utiliza el criterio genérico “Daño”¹²². Se observa que en un 89% del total, equivalente a 94 casos, se utiliza este subcriterio, ya sea sólo o junto al perjuicio de agrado. En cambio, sólo en 12 fallos se utiliza únicamente el subcriterio perjuicio de agrado¹²³.

1.1.2 Pérdida de las oportunidades de la vida: También conocido como perjuicio de agrado, este daño carece del carácter positivo del pesar o sufrimiento provocados por el accidente. Más bien, su perspectiva es proyectada hacia los planes de vida que dicho accidente posiblemente coartará, probabilidad que, sin embargo, debe ser próxima de la certeza¹²⁴.

- a. Descomposición del subcriterio perjuicio de agrado.

De toda la jurisprudencia estudiada, las frases que en distintos fallos aludieron al perjuicio de agrado son:

¹²² Ver: *Supra* gráfico N° 16.

¹²³ Comparar *Infra*, gráfico N° 22.

¹²⁴ La similitud entre la relación entre el binomio daño emergente- lucro cesante y *pretium doloris*-perjuicio de agrado En: Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Op. Cit. p. 319 y ss.

- Tiempo de incapacidad;
- Secuelas;
- Periodo de recuperación;
- Pérdida de calidad de vida;
- Pérdida de capacidad laboral;
- Evolución de las secuelas;
- Duración y persistencia que impliquen convertirlo en un perjuicio moral futuro;
- Consecuencias físicas, psíquicas, sociales o morales que se derivan del daño causado;
- Posibilidades de trabajo de la víctima;
- Posibilidades de superación de la víctima, y;
- Tiempo transcurrido en dictar sentencia.

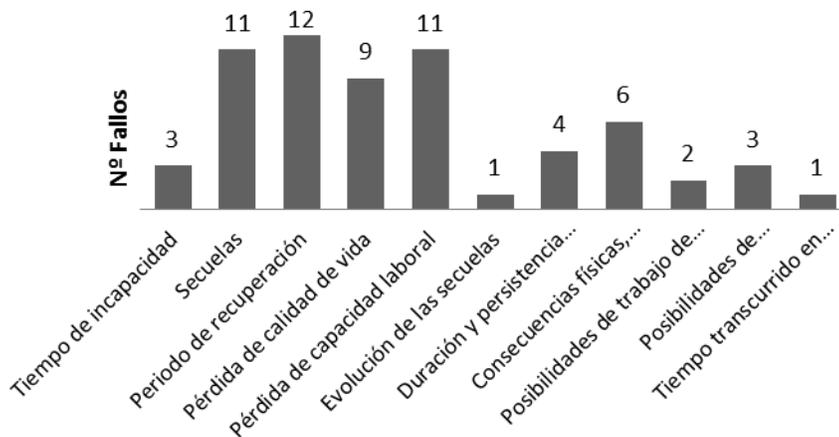


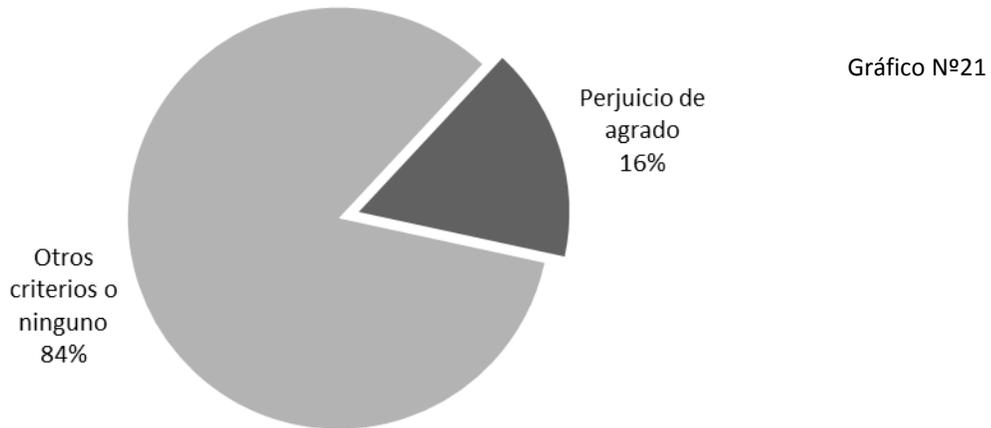
Gráfico N°20

En el gráfico N° 20¹²⁵ se observa la importancia relativa que tiene cada una de las expresiones relativas al perjuicio de agrado, de acuerdo con el número de fallos que las mencionaron. Destaca el “Periodo de recuperación de la víctima”, las “Secuelas” y la “Pérdida de la capacidad laboral”. Preciso es mencionar, que aun cuando es usado en sólo un fallo, el “El tiempo transcurrido en dictar sentencia” se utilizó para expresar el daño provocado en la vida de la demandante por la espera de una certeza jurídica¹²⁶, y se estimó, por este contexto, ubicarlo en este tipo de daño.

¹²⁵La suma de las menciones de cada expresión supera el número de fallos que contienen estos enunciados debido a que una misma sentencia puede contener más de uno. Lo mismo sucede en los gráficos N°17, 29, 32, 35, 38, 47, 54, 61 y 68.

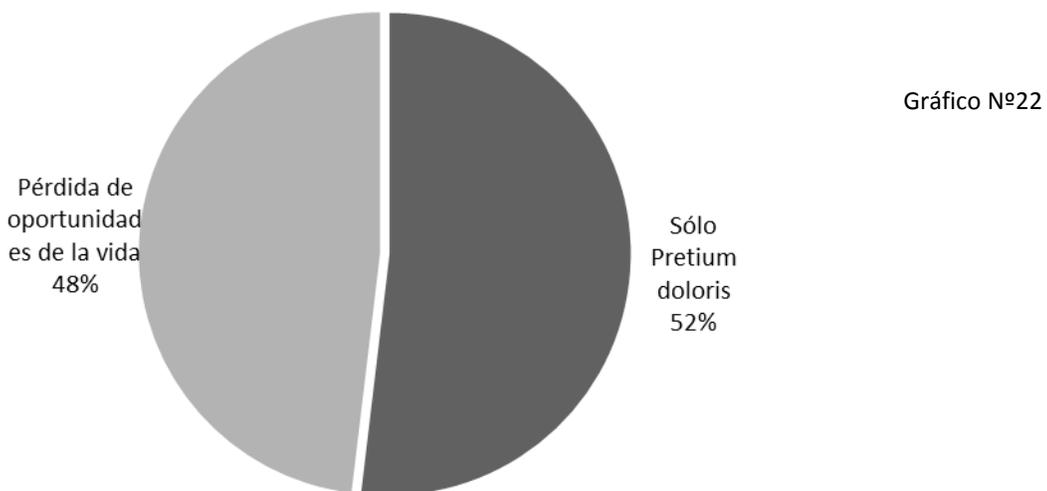
¹²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Secretaría Criminal, Rol N° 62.689-2002.

b. Presencia del subcriterio perjuicio de agrado dentro del total de 310 casos:



El gráfico N° 21 muestra que del total de 310 casos, el 16% de ellos señala algún criterio referido al perjuicio de agrado.

c. Importancia relativa del subcriterio perjuicio de agrado respecto a su compañero *pretium doloris* dentro del total de 106 casos en que se utiliza el criterio “Daño”:



Se puede extraer del gráfico N° 22 que del total de 106 casos en que se utiliza algún criterio referido al “Daño”¹²⁷, sólo un 48%, equivalente a 51 casos, utiliza algún argumento del subgrupo perjuicio de agrado o pérdida de las oportunidades de la vida, ya sea sólo o junto a su

¹²⁷ Ver *Supra* Gráfico N° 16.

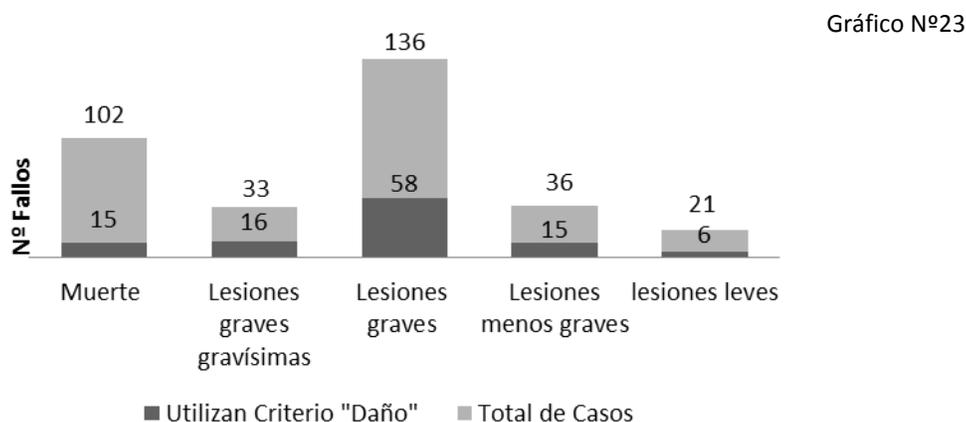
compañero. Lo anterior implica que en el resto de los 106 casos, se utiliza únicamente el criterio *pretium doloris*¹²⁸.

Analizando la información anterior, se puede concluir que el subcriterio más esgrimido por los Tribunales Superiores es el *pretium doloris*, mientras que en la mayoría de las oportunidades en que se usó como argumento el perjuicio de agrado, se hizo en compañía del primero.

1.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio genérico “Daño”.

Como ya se señaló a propósito de la distinción de subgrupos *pretium doloris* y perjuicio de agrado, se utilizará el criterio “Daño” para analizar cómo se comporta esta variable en su conjunto respecto de otras relevantes. Primero, se atenderá a su importancia relativa de acuerdo con el tipo de daño generado en cada caso (muerte o lesiones), según el tribunal del cual emanan, la materia de cada caso y la conducta desplegada. Posteriormente, se compararán los montos otorgados entre los fallos que mencionaron este criterio y los que no, para determinar si dicha mención tuvo alguna influencia en la fijación del quantum indemnizatorio.

1.2.1 Presencia del criterio “Daño” por tipo de daño¹²⁹:



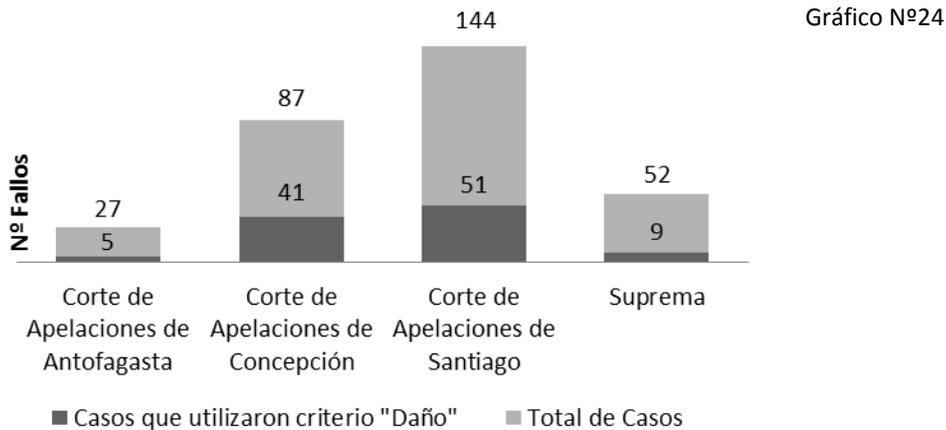
¹²⁸ Comparar con Gráfico N° 19.

¹²⁹ Debe tenerse presente la diferencia entre el “Daño” como criterio judicial para la determinación del quantum indemnizatorio y el “daño” como variable independiente, que atiende al perjuicio efectivo generado en cada caso por la conducta u omisión imputable.

En este gráfico¹³⁰ aparece que del total de 106 fallos en que se utilizó el criterio en cuestión, 58 corresponden a casos de lesiones graves, y sólo 6 a lesiones leves.

Se observa también que este criterio, ya sea aludiendo al *pretium doloris*, perjuicio de agrado o a ambos, tiene más aplicación en casos de lesiones graves gravísimas, pues se mencionó en 16 de los 33 fallos donde el resultado fue este tipo de lesiones, equivalente a un 48.5%.

1.2.2. Importancia relativa del criterio “Daño” por Tribunal Superior:

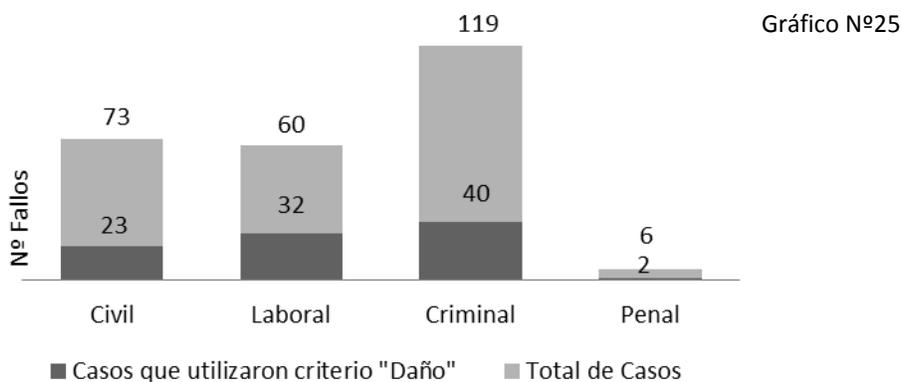


De los 106 fallos que enunciaron este criterio, la mayoría fueron dictados por la Corte de Apelaciones de Santiago y por la de Concepción. En tanto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta aporta con 5 fallos y la Corte Suprema con 9.

Se observa que del total de 52 casos dictados por la Corte Suprema, sólo en 9 de ellos se utilizó el criterio “Daño”, equivalente a un 17.3% de los casos dictados por el máximo Tribunal. Del total de 144 casos de la Corte de Apelaciones de Santiago, en 51 de ellos, equivalente a 35.4%, se expresó el criterio que aquí se trata. Respecto de las Cortes de Apelaciones de Concepción, del total de 87 casos, en 41 se utilizó el criterio en cuestión, equivalente a 47.1%, y del total de 27 fallos dictados por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en 5 casos hizo mención al criterio “Daño”, equivalente al 18.5%.

¹³⁰ La suma de todos los casos de muerte y distintas lesiones supera el número de fallos que utilizan este criterio, ya que en un caso pueden presentarse más de una víctima con distintas lesiones.

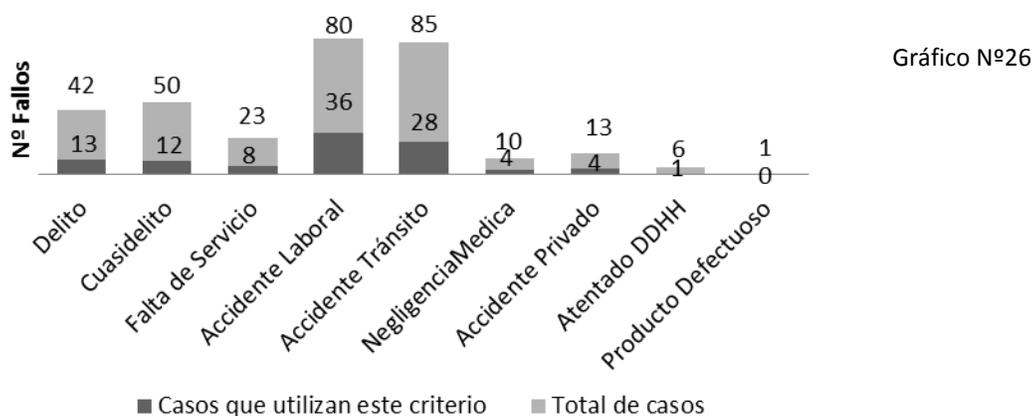
1.2.3. Importancia relativa del criterio “Daño” por Materia en fallos dictados por Cortes de Apelaciones:



Se obtiene de este gráfico que del total de fallos que aludió al criterio en cuestión, 40 corresponden a materia criminal, 32 a laboral, 23 a civil y 2 penal.

De 119 casos criminales que componen la muestra, el 33.6% de ellos utilizó este criterio, equivalente a 40 fallos. En cambio, de los 60 casos totales de materia laboral, 32 usaron este criterio, equivalente a un 53.3%, constituyendo entonces las causas laborales las que más hacen uso del criterio “Daño”.

1.2.4. Importancia del criterio “Daño” en relación con la Conducta.

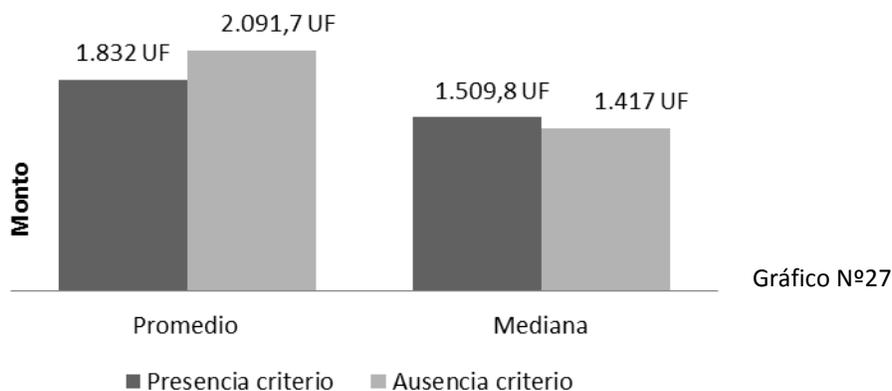


El gráfico N°26 muestra que 36 de los 106 fallos en que se utilizó el criterio “Daño”, corresponden a accidentes laborales, 28 a accidentes de tránsito, 13 a delitos y 12 a cuasidelitos.

Además, se observa en los casos en que la conducta fue un delito, en un 30.9% se utiliza el criterio “Daño”, equivalente a 13 casos de un total de 42. Respecto de los cuasidelitos, se usó este criterio en un 24%; en los casos de falta de servicio en un 34.7%; en accidentes laborales un 45%; en negligencias médicas un 40%; en distintos accidentes privados un 30.8%; y en casos de atentados a Derechos Humanos en un 16.6%.

1.2.5. Importancia del criterio “Daño” en el monto otorgado.

En ningún fallo se encontró, ya sea a propósito de este criterio o de los demás, explicaciones sobre el grado de influencia que puede tener cada uno de estos criterios en la fijación del monto definitivo. Para superar dicha incógnita y distinguir cuál es la correlación entre un criterio y la cuantía de la indemnización, necesariamente se deben comparar los montos de los fallos que utilizan el criterio en cuestión y los que no, pero utilizando solamente el universo de 83 casos donde el daño consistió en la muerte de una persona, por ser ésta la superficie más pareja desde la cual medir la influencia de determinado criterio¹³¹.



En la figura N°27 se presenta el promedio y mediana de los casos de muerte de una víctima que utilizaron el criterio “Daño” con los que no hicieron uso de él.

¹³¹ La selección es necesaria para limpiar la muestra de variables externas que influyen el aumento o disminución del monto, ya que éste variará si son dos o más las víctimas del caso.

Se observa que el promedio de la indemnización en los fallos que presentan este criterio fue de 1.832 UF, mientras que en los fallos en que el criterio se encuentra ausente fue de 2.091 UF, existiendo una diferencia de 259 UF a favor de los casos en que el criterio está ausente.

Respecto a las medianas, se invierte la situación y es mayor el monto otorgado en presencia del criterio “Daño”, lo cual se explica en la presencia de valores extremos, ya sean muy altos o muy bajos, que alteran el valor promedio. Sin embargo, la diferencia es de sólo 92.8 UF, por lo que la importancia de este criterio es más bien menor en la determinación del quantum, pues su presencia o ausencia significó en el promedio una diferencia de 259 UF, y en la mediana de sólo 92.8 UF.

1.3. Síntesis:

Describiendo los 106 fallos que utilizaron este criterio para la determinación del quantum indemnizatorio, las lesiones graves y las causas criminales fueron las más frecuentes, la conducta más importante fue el accidente laboral, y el tribunal que aportó con más fallos a este grupo fue la Corte de Apelaciones de Santiago.

Interpretando los datos anteriores desde la perspectiva de las demás variables relevantes, se puede establecer que éste fue el criterio más usado (48.5%) en los casos en que el daño fue calificado como lesiones graves gravísimas (16 de 33 fallos lo utilizaron), siendo la Corte de Apelaciones de Concepción el Tribunal que lo aplicó en más ocasiones, pues lo mencionó en 41 de los 87 fallos dictados por ella, y la Corte Suprema el que menos lo utilizó (sólo un 17.3% del total de 52 fallos). Respecto al total de fallos dictados por las Cortes de Apelaciones, los correspondientes a materia laboral se valieron de él en mayor medida que los referidos a otras materias, y coincidentemente, fueron los accidentes laborales los casos en que más se repitió el daño como criterio comparado con los demás tipos de conducta.

En lo que al monto indemnizatorio se refiere, se concluyó que en los 83 casos de muerte de una víctima, la presencia o ausencia de este criterio no implicó una diferencia relevante en la suma de dinero a otorgar, por lo que su importancia en la determinación del quantum parece más bien

menor. Sin embargo, la mediana muestra que la presencia de este criterio implica un aumento de la indemnización de 92.8 UF respecto a la mediana de los fallos que no presentan este criterio.

2. Circunstancias particulares de las partes. Inseguridad jurídica o concreción del daño.

En esta sección se reúne la jurisprudencia que en la tarea de determinar el quantum indemnizatorio, expresa variables relacionadas con cualidades propias de las partes, es decir, con las circunstancias personales del demandante y del demandado.

Los argumentos aquí agrupados, al considerar el contexto particular de las personas involucradas, presentan la peculiaridad de generar problemas y distorsiones en el elemento de previsibilidad de la responsabilidad civil. Lo anterior debido a que dichas circunstancias no pueden ser razonablemente anticipadas por un buen padre de familia, estándar de cuidado ampliamente aceptado como el exigible en materia extracontractual¹³². Es así como, por ejemplo, un conductor promedio no puede anticipar que dentro del automóvil con el cual colisiona va un menor de edad en el asiento trasero, un trabajador poco calificado y sin seguro o especialmente sensible y vulnerable.

Asumiendo la imprevisibilidad de estas circunstancias, y los costos asociados a ello, la dificultad apunta a determinar quién debe asumirlos. Es decir, si dichas circunstancias han de considerarse o no para fijar el deber de la conducta del agente o para modificar la cantidad a indemnizar.

Para responder a esta interrogante, primero debemos consignar que la previsibilidad está asociada a la responsabilidad civil en dos de sus elementos, la culpabilidad y la causalidad. En el primero de ellos influye notoriamente, pues la diligencia exigible por el Derecho termina donde comienza lo imprevisible, pero es su efecto en el segundo elemento el que importa en esta investigación.

En el actual estado de la discusión, es más bien pacífico que las circunstancias particulares de la víctima que agravan el daño producido por el agente no resultan atribuibles a la negligencia del

¹³² Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, *Op. cit.* p. 80 y ss. También véase: Alessandri, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, *Op. cit.* Tomo I. p. 77 y ss.

responsable. Al contrario, la cuestión es si dicho aumento anormal e imprevisible, independiente de la culpa del agente, es de cargo de la víctima o del autor del daño, discusión que corresponde al elemento de causalidad más que al de culpa.

La previsibilidad posee en la causalidad una perspectiva temporal *ex post*, para determinar qué circunstancias dañosas pueden normativamente imputarse a la conducta. Sin embargo, aquí resulta atingente la postura de que sólo en materia contractual cabe la distinción del inciso primero del artículo 1558 del Código Civil, ya que cuando las partes han previamente convenido adoptar cierto ámbito de riesgos, resulta de toda obviedad que los daños que puedan producirse se limiten a dicho continente asumido en las negociaciones y no a otros, salvo actuar doloso.

En materia extracontractual, en cambio, al no existir vínculos previos, la previsibilidad pierde su importancia relativa en el juicio de causalidad, resultando que para el análisis de la imputación objetiva de las consecuencias mediatas de un hecho dañoso, se recurren a criterios mucho más amplios, como la teoría de la causa adecuada, al ámbito de riesgos creados, proximidad razonable, los cuales claramente no se excluyen entre sí¹³³.

En la pregunta central del elemento de la causalidad, a saber: Qué daños son consecuencia de la conducta imputable y cuáles lo son del azar, la previsibilidad tiene poco que decir.

Como consecuencia de la poca importancia de la previsibilidad como criterio de imputación objetiva, se ha señalado que la intensidad del daño provocada por circunstancias particulares de la víctima es un azar que debe soportar el responsable¹³⁴, debiendo excluirse sólo desarrollos causales extraordinarios. Es decir, la imprevisibilidad es condición necesaria, pero no suficiente, para considerar un incremento o disminución del daño como indirecto.

Se ha dicho que distinto es el análisis al momento de determinar el daño indemnizable¹³⁵, y que en este caso no debe considerarse en el monto ese aumento o disminución del daño generado por circunstancias particulares de la víctima. Sin embargo, tenemos que diferir de dicha conclusión, ya que si se sigue la regla de que pesa sobre el responsable dicho azar, resulta de toda lógica que

¹³³ Barros. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Op. Cit. p. 405.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 408.

¹³⁵ Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Op. cit. p. 409.

concrete dicho peso en el monto a indemnizar, de lo contrario el análisis de la previsibilidad deviene inútil y antojadizo.

Es así como los jueces, sin señalar en fallo alguno que están realizando un juicio de imputación objetiva de daños incrementados o disminuidos por particularidades de las partes, aumentan o rebajan el monto de la indemnización. Lo anterior significa sólo una cosa, y es que en estos casos nuestros Tribunales privilegian una indemnización más acorde con la situación real de las partes que la seguridad jurídica.

Podríamos preguntarnos cómo es que considerar las circunstancias personales de las partes afecta la seguridad jurídica, pues como ya vimos, la previsibilidad no juega un papel central en el juicio de causalidad. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que dicha asunción de riesgos por parte de los posibles generadores de daño¹³⁶ forja situaciones complejas, desequilibrios entre las personas obligadas a reparar el daño y que no son consecuencia de su actuar, sino que de la mala fortuna de la víctima. Así, dos personas que han provocado con su actuar daños similares, pueden quedar obligados a indemnizar montos completamente distintos. Siguiendo esta línea argumentativa, no queda más que cruzar los dedos y esperar que, en caso de ser responsables civilmente, la víctima sea saludable, capacitada y con una buena red de apoyo.

- Porcentaje de fallos que presentan este criterio.

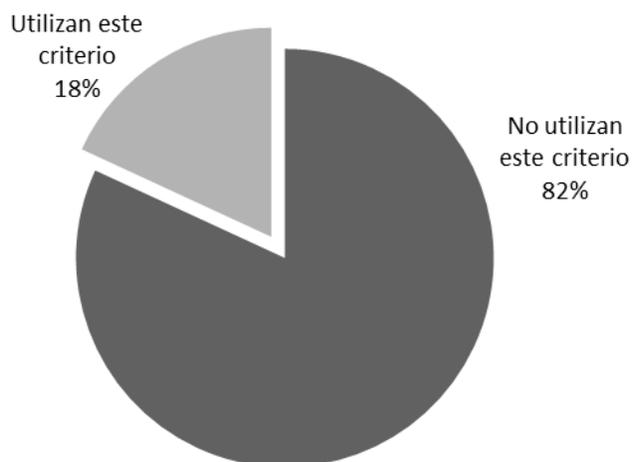


Gráfico N°28

¹³⁶ En materia civil no se aprecia tan claramente la distinción que se da entre “nosotros” y “los otros”, propia del derecho penal del enemigo de Günter Jakobs.

Un 18% del total de fallos que componen la muestra de investigación, equivalente a 57 fallos, mencionaron alguna frase referida a este criterio.

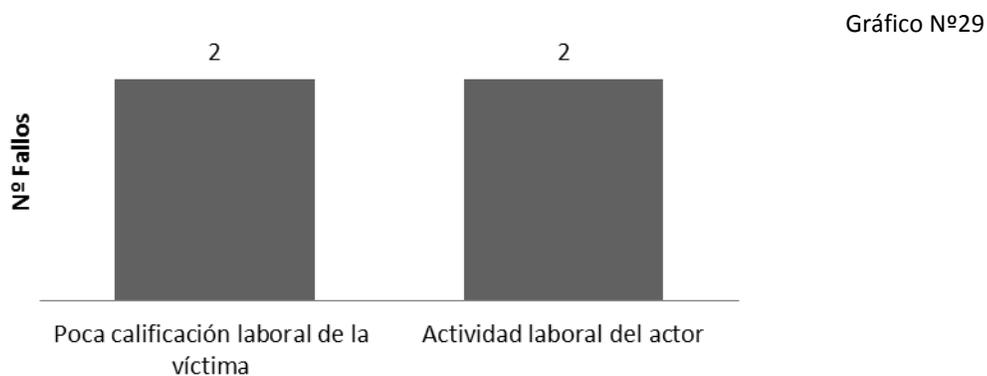
2.1 Clasificación substantiva de particularidades.

Del conjunto de enunciados que aluden a las particularidades de las partes como una variable para determinar el quantum indemnizatorio, se desprenden ciertas diferencias que permiten subclasificarlos según la materia a que dichas particularidades atienden.

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

a. Descomposición del grupo “Particularidades Laborales”:

- Poca calificación laboral de la víctima, y;
- Actividad laboral del actor o partes.



Se observa del gráfico N°29 que los dos enunciados referidos a particularidades laborales se usaron con la misma frecuencia, repitiéndose en dos fallos cada uno.

Es importante señalar que tanto la “Poca calificación laboral de la víctima” como la “Actividad laboral del actor” fueron (al parecer, ya que no se argumenta al respecto) utilizadas con el propósito de incrementar la indemnización, ante las disminuidas posibilidades de trabajo y de remuneración de la víctima, las que son más culpa de desigualdades socio-estructurales que del

accidente. Además, solo uno¹³⁷ de los cuatro fallos que utilizaron este criterio hizo referencia a la capacidad laboral del fallecido para determinar el monto a entregar a las víctimas por rebote; el resto de los casos se trató sólo de lesiones y se refirieron, por tanto, a las capacidades laborales de la víctima directa y acreedora de la indemnización.

b. Importancia de las “Particularidades Laborales” respecto del total de 310 casos.

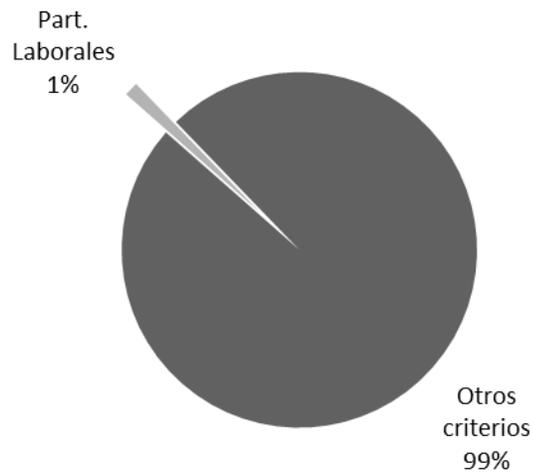


Gráfico N°30

Sólo en 4 de 310 fallos se utilizó este tipo de criterio, siendo éste uno de los menores porcentajes encontrados.

c. Importancia respecto de las otras particularidades

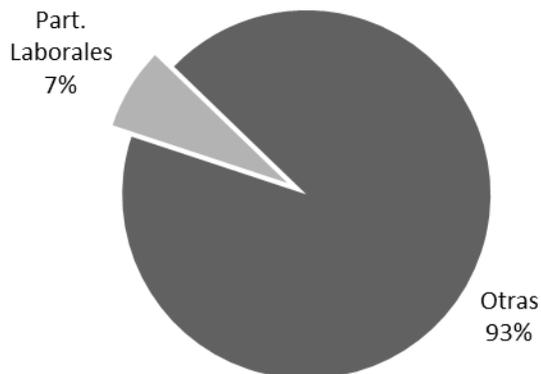


Gráfico N°31

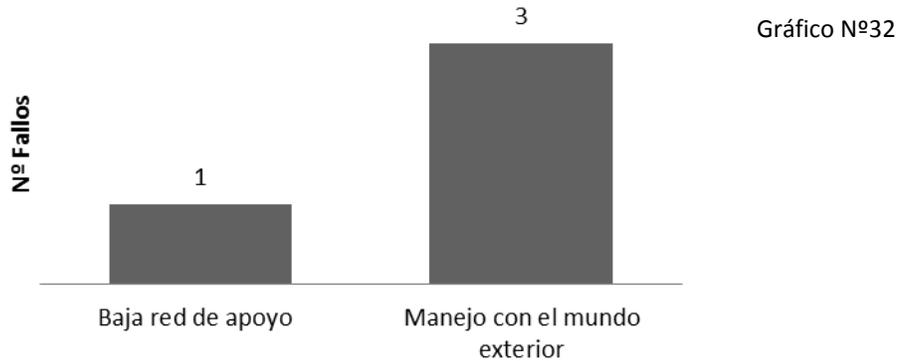
¹³⁷Rol 4871-2007, Corte Suprema, C. 5°. En: www.poderjudicial.cl.

Del total de 57 casos en que se emplearon como criterios particularidades de las partes, sólo el 7% de ellos, equivalente a 4 casos, corresponden a aspectos laborales.

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

a. Descomposición del grupo “Particularidades Sociales”:

- Baja red de apoyo, y;
- Manejo con el mundo exterior.



El enunciado “Baja red de apoyo” sólo se utilizó en un sólo fallo, mientras que “El manejo con el mundo exterior” se mencionó en tres.

b. Importancia de este subcriterio respecto del total de 310 casos.

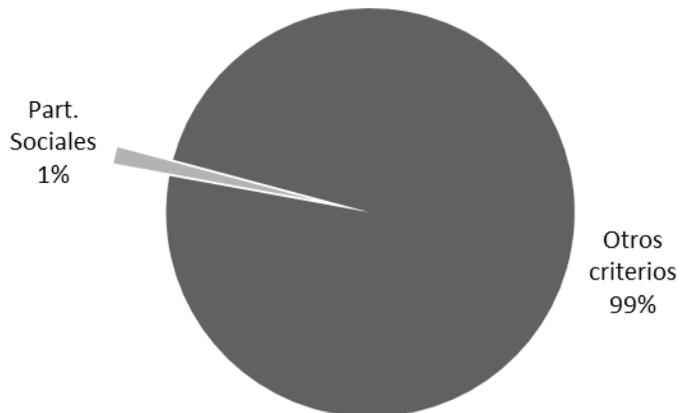


Gráfico N°33

Del total de 310 fallos, sólo en 4 se utilizó alguno de estos dos enunciados como criterios, equivalente a un 1% del total de la muestra, que junto con las particularidades laborales, son dos de los porcentajes más bajos.

c. Importancia de las “Particularidades Sociales” respecto de las demás.

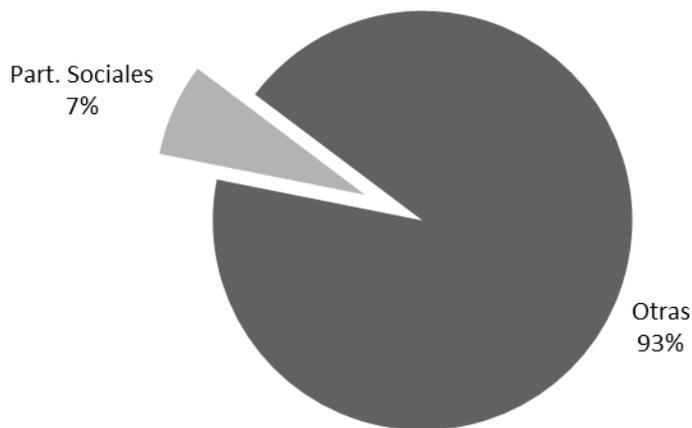


Gráfico N°34

De los 57 fallos que mencionaron particularidades como criterios, sólo 4 de ellos se refieren a aspectos sociales de las partes, equivalente a un 7%.

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

- Situación socioeconómica de la persona obligada a reparar;

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

a. Descomposición de este subcriterio.

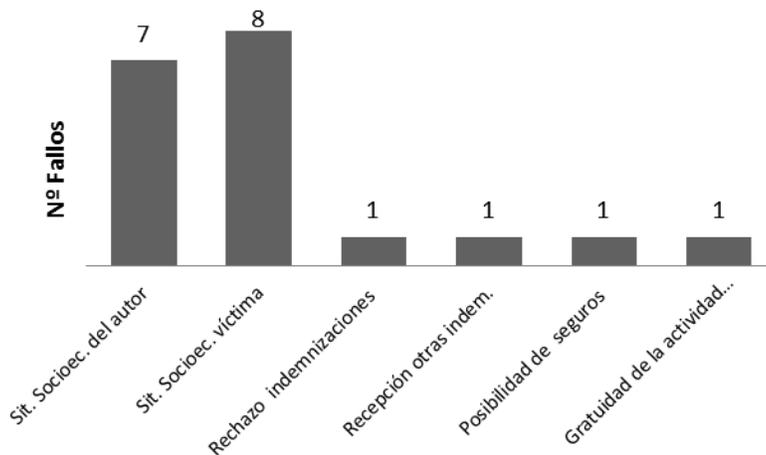


Gráfico N°35

Se observa en el gráfico N° 35¹³⁸, que la “situación económica de las partes”, tanto del demandado (mencionada en 7 sentencias) como del demandante (mencionada en 8 casos), es la particularidad económica más frecuente. El resto de subcriterios es utilizado en sólo una ocasión, por lo que su importancia relativa es más bien menor.

Debe apuntarse que todas las consideraciones expuestas dicen relación con la víctima y su aspecto patrimonial, salvo la “Situación económica del autor”, repetida en 7 fallos. La peculiaridad de este último enunciado es que, al no estimar las particularidades de la víctima (que es la regla general del criterio) se aleja del ejercicio de imputación objetiva de consecuencias del hecho dañoso y pasa a realizar un juicio de política económica, de redistribución judicial de los ingresos económicos desproporcionalmente repartidos.

¹³⁸ La suma de las menciones de cada expresión supera el número de fallos que contienen estos enunciados debido a que una misma sentencia puede contener más de uno. Lo mismo sucede en los gráficos N°10, 13, 31, 40, 47, 54 y 61.

b. Importancia respecto del total de 310 casos.

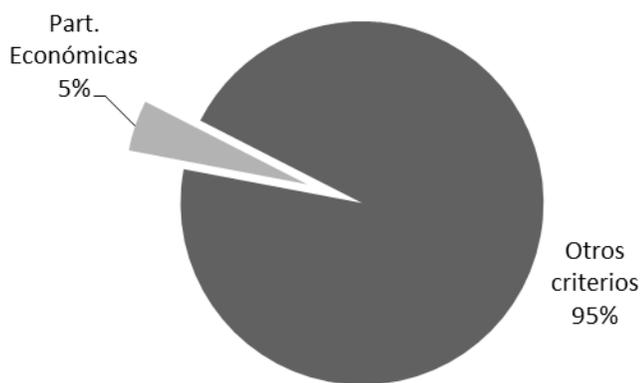


Gráfico N°36

Sólo con el 5 %, equivalente a 14 casos entre 310, aportan las consideraciones económicas en la determinación del quantum de la indemnización

c. Importancia respecto del total de fallos que utilizan el criterio “Particularidades”.

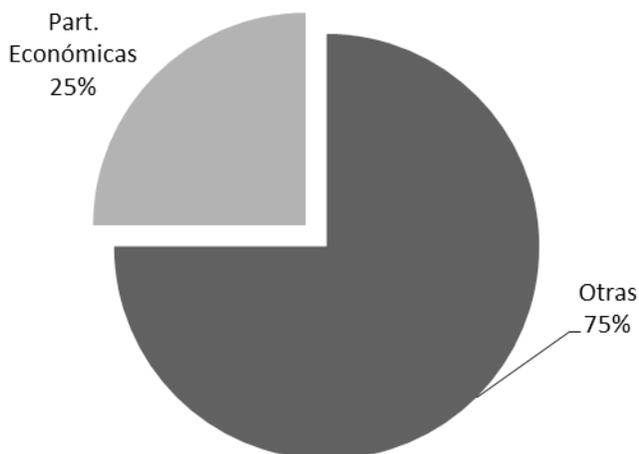


Gráfico N°37

La figura 37 muestra que, dentro del total de 57 fallos en que se utiliza el criterio “Particularidades”, el 25% de ellos se refiere a aspectos económicos.

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

a. Descomposición del subcriterio.

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

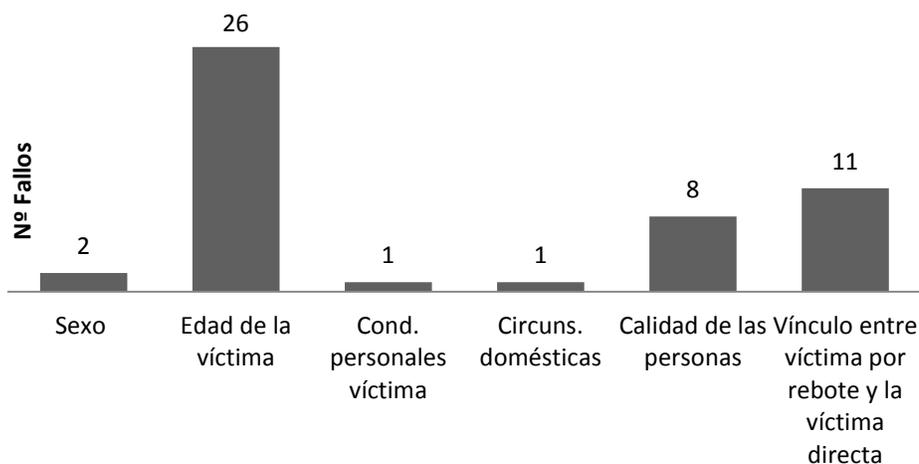


Gráfico N° 38

Se observa en esta figura¹³⁹ que es el rango etario de la víctima la frase más repetida en los distintos fallos que aludieron a particularidades personales de las partes.

Debe aclararse que la inclusión del “Vínculo entre víctima directa y víctima por rebote” se incluyó en este subcriterio en atención a que el número e intensidad de lazos que posea una potencial víctima de muerte se relaciona directamente con los aspectos más personales de un individuo. Además, resulta relevante el dato de que esta consideración no se expresó en todos los casos de muerte, sino que en sólo algunos¹⁴⁰, y a propósito de la cercanía necesaria para otorgar o negar la indemnización.

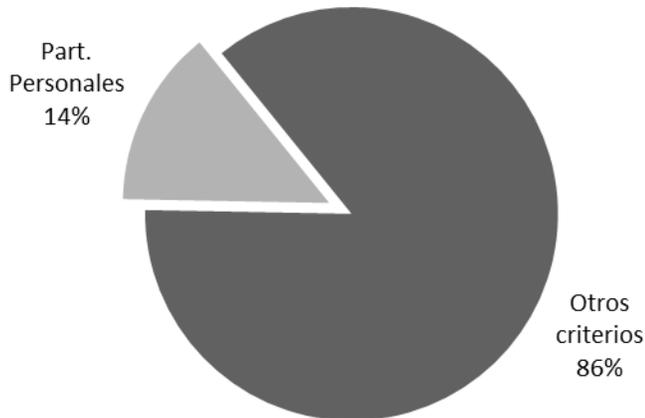
¹³⁹ La suma de las menciones de cada expresión supera el número de fallos que contienen estos enunciados debido a que una misma sentencia puede contener más de uno. Lo mismo sucede en los gráficos N°10, 13, 28, 40, 47, 54 y 61.

¹⁴⁰ Rol N° 730-2008 Secretaría Civil, N°8652-2002 Secretaría Civil, N°3037-2003 Secretaría Civil, N°5578-2007 Secretaría Criminal, N°14283-2006 Secretaría Criminal, todos de la Corte de Apelaciones de Santiago; Rol N°2619-2004 Secretaría Criminal, N° 202-2005 Secretaría Criminal, N° 1618-2004 Secretaría Criminal, N° 1413-2004 Secretaría Criminal, N° 567-2004 Secretaría Criminal, N°1520-2007 Secretaría Civil, todos de la Corte de Apelaciones de Concepción. En: www.poderjudicial.cl.

Respecto de los demás enunciados, ningún fallo se extendió sobre su significado o implicancias específicas en el caso concreto.

b. Importancia respecto del total de la muestra

Gráfico Nº 39



Las particularidades personales son formuladas en 43 fallos, que constituye un 14% en el total de 310.

c. Importancia respecto de las otras particularidades.

Gráfico Nº 40

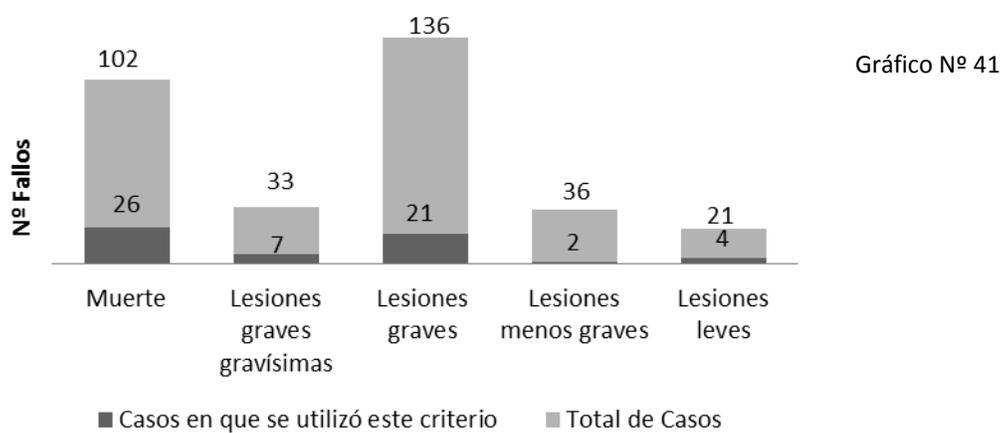


El porcentaje es significativo respecto de las otras materias esgrimidas, siendo el contexto “Personal” de las partes el más considerado de todas las particularidades a la hora de fijar el monto.

2.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio “Particularidades”.

Para entender el comportamiento de este criterio, se realizarán los mismos cruces hechos a propósito del criterio “Daño”, y se tomará como punto de referencia al criterio en general y no a cada subcriterio en particular. Primero, se estará a su importancia relativa de acuerdo con el tipo de daño generado en cada caso (muerte o lesiones), las Cortes analizadas, la materia y conducta desplegada. Posteriormente, se compararán los montos otorgados entre los fallos que mencionaron este criterio y los que no.

2.2.1 Presencia del criterio “Particularidades” por tipo de daño

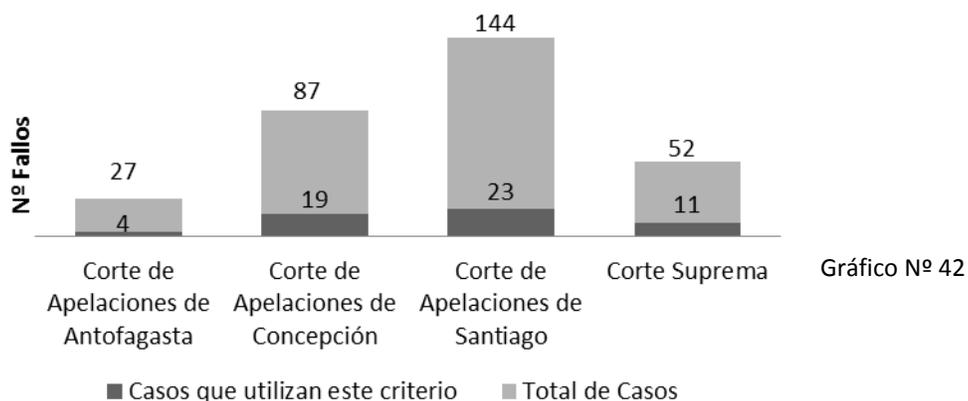


El gráfico N° 41¹⁴¹ muestra que de los 57 fallos en que se utilizó este criterio, 26 de ellos tratan de casos de muerte, 21 de casos de lesiones graves, 7 de casos de lesiones graves gravísimas, 4 de lesiones leves y 2 de lesiones menos graves.

Desde la perspectiva del resultado de muerte, son éstos los que mencionan más enunciados alusivos a las particularidades de las partes, pues del total de 102 casos, en 26 se expresó el criterio, equivalente a un 25.5%. Tratándose de lesiones graves gravísimas, 7 fallos de un total de 33 lo citaron, equivalente a un 21.2%. Respecto de la lesiones graves, menos graves y leves, el porcentaje de utilización es de 15.4%, 5.5% y 19.1% respectivamente.

¹⁴¹ La suma de todos los casos de muerte y distintas lesiones supera el número de fallos que utilizan este criterio, ya que en un caso pueden presentarse más de una víctima con distintas lesiones.

2.2.2 Importancia relativa del criterio “Particularidades” por Tribunal Superior



Según el gráfico N° 42, 23 de los 57 fallos que enunciaron el criterio en cuestión fueron dictados por la Corte de Apelaciones de Santiago, 19 por la de Concepción, 11 por la Corte Suprema y 4 por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

En relación con el total de fallos dictados por estos tribunales, es la Corte de Apelaciones de Concepción la que, con un 21.8% del total de fallos dictados por ella (19 de 87 fallos), menciona con más frecuencia este criterio. Le sigue la Corte Suprema, con un 21.1%, equivalente a 11 de sus 52 fallos. La Corte de Apelaciones de Antofagasta y la de Santiago los mencionaron en un 14.8% y 16% del total de los fallos por ellas dictados, respectivamente.

2.2.3 Importancia relativa del criterio “Particularidades” por Materia en fallos dictados por Cortes de Apelaciones.

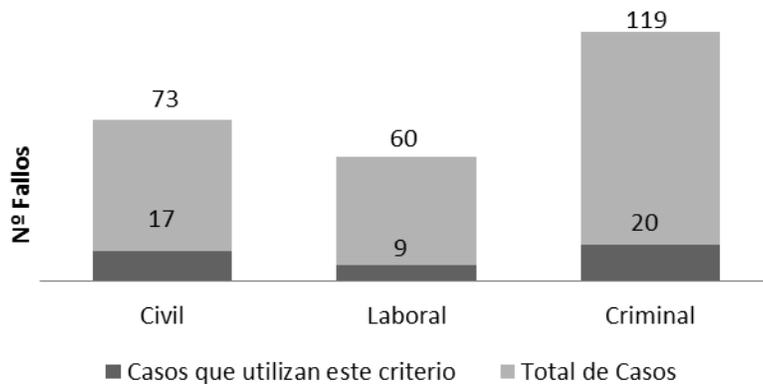


Gráfico N° 43

Se observa que 20 fallos del total de 57 en que se utiliza este criterio pertenecen a materia criminal, 17 a materia civil y 9 a materia laboral. Las causas penales no lo mencionaron.

En relación con el total de causas de cada materia, un 23.3% del total de causas civiles utilizó a las particularidades como variables relevantes para determinar el quantum indemnizatorio, siendo éste el porcentaje más alto. En materia criminal se aplicó en un 16.8%, y en materia laboral un 15%.

2.2.4 Importancia del criterio “Particularidades” en relación con la conducta.

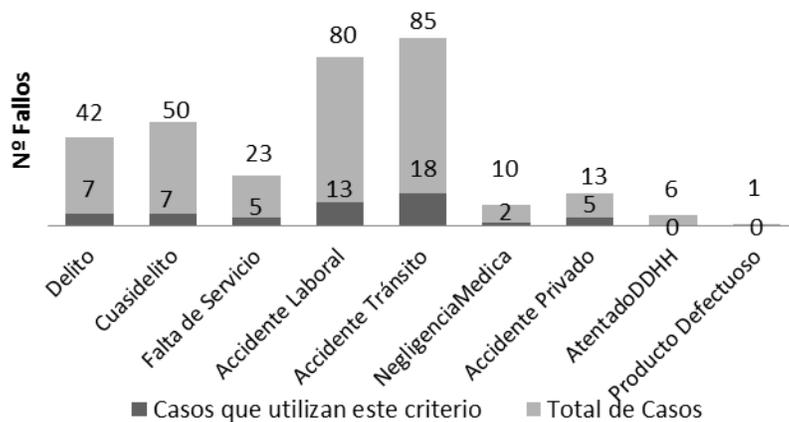
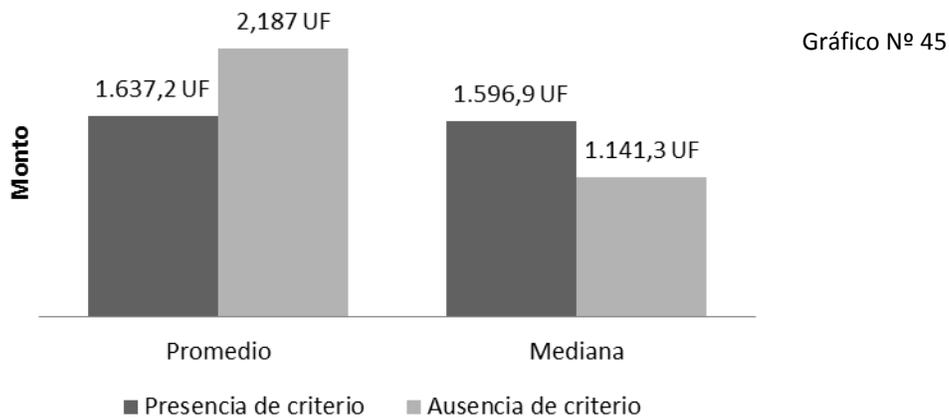


Gráfico N° 44

Describiendo los resultados del gráfico N° 44, 18 fallos de los 57 que se valieron del criterio “Particularidades” versaron sobre accidentes de tránsito, 13 sobre accidentes laborales, 7 sobre delitos y cuasidelitos, 5 sobre falta de servicio y accidentes privados y 2 sobre negligencias médicas.

En relación con el total de casos de cada conducta presentes en la muestra, son los fallos sobre accidentes privados donde se menciona más este criterio, siendo así en 5 de los 13 casos, equivalentes a un 38.5%. Le siguen los casos de falta de servicio con un 21.7%, los accidentes de tránsito con 21.1%, las negligencias médicas con 20%, los delitos con 16.6%, los accidentes laborales con un 16.2% y los cuasidelitos con un 14%.

2.2.5 Importancia del criterio “Particularidades” en el monto otorgado



Se aprecia que los resultados se invierten dependiendo de la herramienta de medición, al igual que lo ocurrido en el gráfico N° 27. Considerando el promedio, los montos indemnizatorios son más altos cuando el criterio “Particularidades” se encuentra ausente.

Pero si observamos la mediana de los montos, éstos son mayores cuando el criterio se encuentra presente, pero la diferencia entre ambos disminuye considerablemente. Lo anterior se explica en las diferencias metodológicas entre el promedio y la mediana, ya que el primero se ve influido por montos que se alejan de la normalidad de las cifras.

2.3 Síntesis:

La importancia de este criterio en el total de la muestra es más bien menor, constituyendo un 18%, equivalente a 57 fallos de un total de 310. Importante es señalar que la mayoría de las menciones de particularidades dicen relación, en primer lugar, con la edad de la víctima,

repitiéndose este enunciado 26 veces; la situación económica de las partes cuenta con 15 menciones en total. Le siguen las particularidades referidas al vínculo entre la víctima por rebote y la directa, repitiéndose 11 veces (siempre en casos de muerte). La calidad de las partes, a su vez, se repite en 8 fallos. Las demás particularidades tienen una frecuencia más bien menor, no superando las dos menciones.

Observando solamente estos 57 fallos, el daño más común en ellos fue la muerte. El Tribunal que aportó con más fallos fue la Corte de Apelaciones de Santiago, la materia más importante fue la criminal y la conducta más frecuente el accidente de tránsito.

Interpretando la información anterior desde el resto de las variables relevantes, en las lesiones graves gravísimas este criterio tiene mayor presencia que en los demás tipos de daño; en cuanto al Tribunal Superior, la Corte de Apelaciones de Concepción la utilizó más que los demás Tribunales; la materia más común fue la civil y; por último, la conducta más usual en los fallos que hicieron uso de este criterio fue el “accidente privado”.

Finalmente, las diferencias de dinero entre los fallos que consideraron este criterio y los que no, atendiendo a la mediana de los montos, es de 455,6 UF a favor de los primeros. Por lo que se puede concluir que es esta suma la que representa la influencia de la mención de alguna particularidad de las partes en la determinación del quantum indemnizatorio.

3. Propuestas como criterios. Mera descripción de soluciones.

Este conglomerado está compuesto por un disímil grupo de argumentos otorgados por nuestros Tribunales a la hora de divagar sobre el quantum indemnizatorio, todos ellos tendientes a corregir las distorsiones que se presentan en el caso concreto. El rasgo que comparten estos enunciados es manifestar la necesidad de tomar medidas para cerrar la ventana abierta a la incerteza, expresando reglas o principios para guiar el juicio indemnizatorio.

Sin embargo, y contra todas las expectativas, ninguno de estos fallos aplica estas propuestas. Sistemáticamente, luego de puntualizar la difícil tarea de otorgar un monto de dinero a un daño subjetivo y enumerar las soluciones nacionales y de derecho comparado, pasan a señalar que,

considerado lo anteriormente expuesto por ellos, se otorga tal o cual monto. El análisis de los criterios y sus pesos relativos se encuentra totalmente ausente.

- Porcentaje de fallos que utilizan este criterio

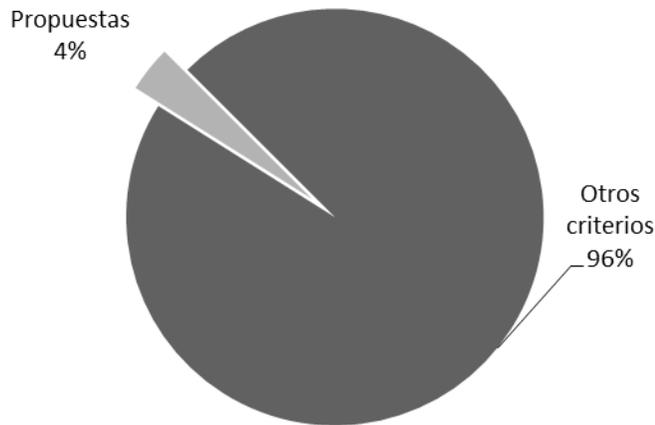


Gráfico N° 46

Sólo 11 fallos de los 310 consideraron en alguno de sus considerandos este criterio, equivalente a un 4% del total de la muestra.

3.1 Descomposición del criterio “Propuestas”.

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

- Creación de tablas o baremos referidos a los montos otorgados en los distintos tipos de daños por la jurisprudencia;
- Evitar indemnizaciones en globo;
- Globalidad del monto, ante la imposibilidad de fraccionar la indemnización;
- Tener presente los montos otorgados comparativamente;
- Procurar una evaluación separada y fundamentada de cada una de las partidas de la indemnización;
- Publicaciones periódicas de indemnizaciones judiciales;
- Evitar la indemnización con carácter punitivo, ya que debe ser resarcitoria;
- Evitar enriquecimiento sin causa o indemnización cómo lucro;

- Elementos estadísticos sobre los montos otorgados, y;
- Grado de desarrollo de país.

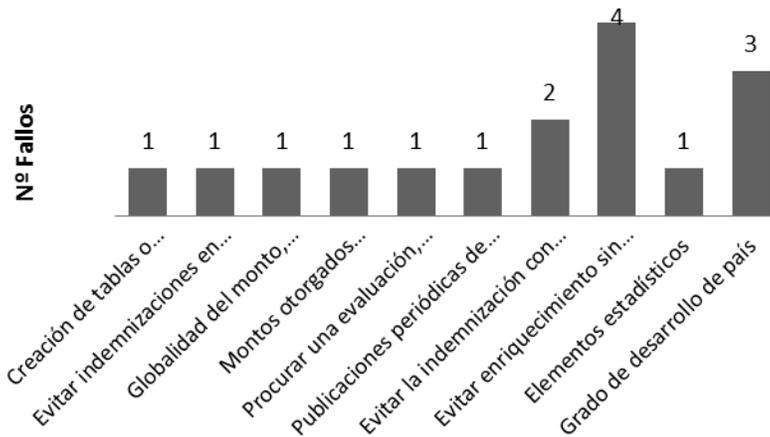


Gráfico N° 47

Se aprecia en este gráfico¹⁴² que los subcriterios son bastante disímiles e incluso contradictorios entre sí. Por ejemplo, la regla que llama a la globalidad del monto se contradice con las que enuncian una evaluación separada y se opone abiertamente a la de evitar la globalidad de la indemnización. También las materias a las que apuntan son diferentes; considerar el grado de desarrollo del país atiende a una perspectiva más bien macroeconómica, y atender a elementos estadísticos implica una concepción más interna del escenario. Sin embargo, la mayoría de ellos tienen una frecuencia unitaria, salvo “evitar el enriquecimiento sin causa” mencionado en 4 fallos, el “grado de desarrollo del país” presente en 3 y “evitar la indemnización con carácter punitivo” en 2.

Respecto al enunciado más frecuente, en todos los fallos donde se menciona “Evitar el enriquecimiento sin causa”¹⁴³, se hace como justificación a una reducción o a una negativa de aumento, dando a entender –implícitamente– que el monto indemnizatorio no puede hacer más rica a la víctima, sino que el dinero sólo debe apuntar a reparar el daño. Sin embargo, en ninguna de estas sentencias se realiza un análisis extendido sobre el umbral entre la reparación y el lucro.

¹⁴² La suma de las menciones de cada expresión supera el número de fallos que contienen estos enunciados debido a que una misma sentencia puede contener más de uno. Lo mismo sucede en los gráficos N°10, 13, 28, 31, 47, 54 y 61.

¹⁴³ Rol N° 756-2008 Secretaría criminal, 1506-2005 Secretaría laboral, 188-2010 Secretaría Laboral y 3788-2005 Secretaría Laboral; todos dictados por la Corte de Apelaciones de Concepción. En: www.poderjudicial.cl.

3.2. Comportamiento e importancia relativa del criterio “Propuestas”.

Se partirá por analizar la importancia relativa de las “Propuestas” de acuerdo con el tipo de daño generado en cada caso (muerte o lesiones), las Cortes analizadas, la materia de cada caso y la conducta desplegada. Posteriormente, se compararán los montos otorgados entre los fallos que mencionaron este criterio y los que no.

3.2.1. Presencia del criterio “Propuestas” por tipo de daño

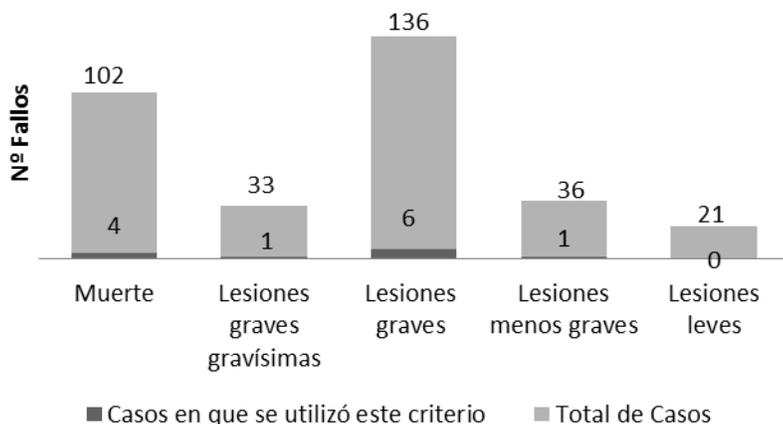


Gráfico N° 48

El gráfico¹⁴⁴ indica que dentro de los 11 fallos que utilizaron este criterio, hubo 6 casos de lesiones graves, 4 casos de muerte, 1 de lesiones graves gravísimas, y 1 de lesiones menos graves.

En 6 de los 136 casos en que el resultado dañoso fue una lesión grave, equivalente a 4.4%, se mencionó alguna propuesta como criterio, constituyendo este el mayor porcentaje de utilización.

3.2.2 Importancia relativa del criterio “Propuestas” por Tribunal Superior

¹⁴⁴La suma de todos los casos de muerte y distintas lesiones supera el número de fallos que utilizan este criterio, ya que en un caso pueden presentarse más de una víctima con distintas lesiones.

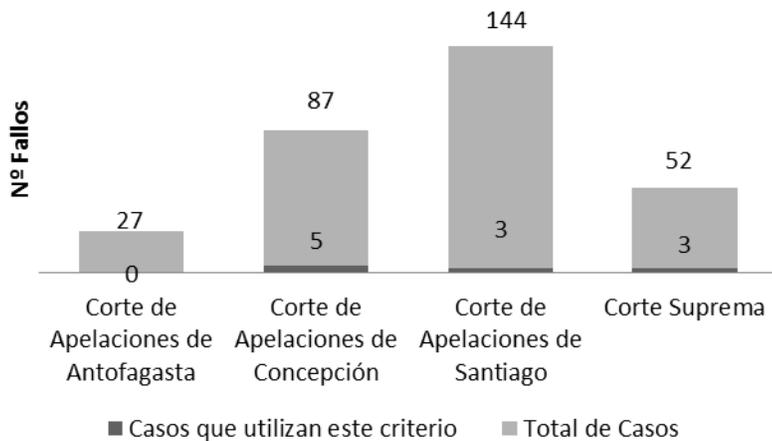


Gráfico Nº 49

La figura 49 muestra que 5 de los 11 fallos que utilizaron el criterio fueron dictados por la Corte de Apelaciones de Concepción, 3 por la Corte de Apelaciones de Santiago y 3 por la Corte Suprema.

Respecto al total de los fallos dictados por cada tribunal, la Corte que más propuestas hizo a las problemáticas de la determinación del quantum indemnizatorio fue la de Apelaciones de Concepción, enunciándolas en 5 fallos de un total de 87, mientras que la de Antofagasta no mencionó ninguna.

3.2.3 Importancia relativa del criterio “Propuestas” por Materia en fallos dictados por Cortes de Apelaciones

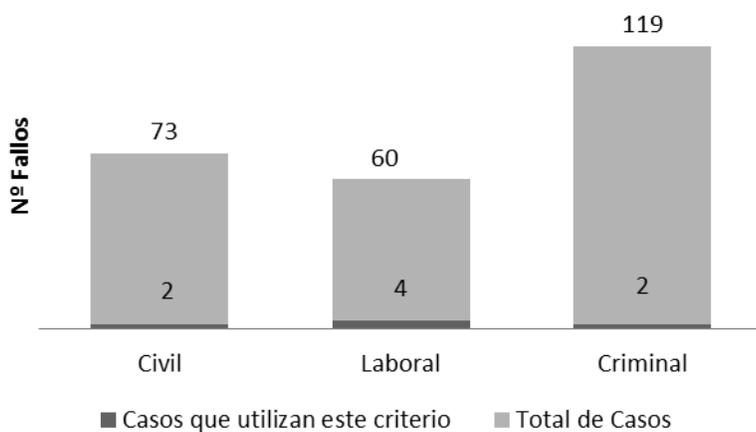
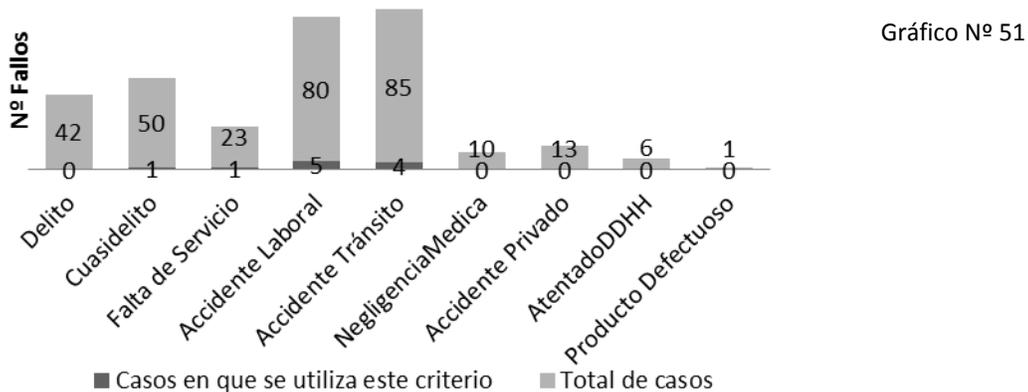


Gráfico Nº 50

Los fallos referidos a causas laborales son los que presentan una mayor frecuencia de este criterio, tanto en el total de 11 fallos que utilizaron este criterio como respecto del total de causas por materia (en 4 de 60 fallos). Las causas sobre materia penal no lo mencionaron.

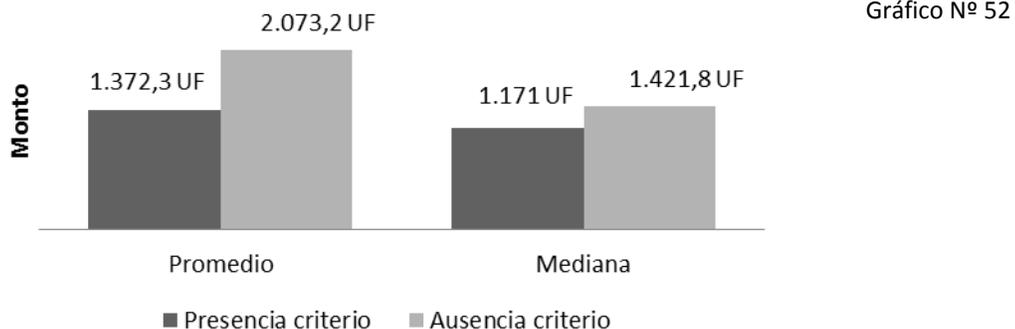
3.2.4 Importancia del criterio “Propuestas” según la conducta desplegada.



Del total de 11 causas que utilizaron el criterio en cuestión, 5 corresponden a accidentes laborales, 4 a accidentes de tránsito, 1 cuasidelitos y 1 a casos de falta de servicio.

En relación con el gráfico N° 50, la figura 51 muestra que fueron los casos de accidentes laborales los que mencionan con más frecuencia este criterio, seguido de los accidentes de tránsito. Fuera de estas conductas, sólo en un caso de falta de servicio y en uno de cuasidelitos los jueces utilizaron el criterio “Propuestas”

3.2.5 Importancia del criterio “Propuestas” en el monto otorgado



Los resultados obtenidos de la aplicación de ambas herramientas de medición resultan coherentes, ya que tanto el promedio como la mediana de los montos en los fallos que no se utilizó el criterio “Propuestas”, es mayor a los otorgados en fallos que sí consideraron este criterio. Sin embargo, la diferencia entre los montos se acentúa en el promedio, lo cual se debe a las particularidades de cada método.

3.3 Síntesis.

La importancia relativa de este criterio es más bien baja, presente en sólo 11 fallos de un total de 310. El enunciado más mencionado fue “Evitar el enriquecimiento sin causa”, pero no se desarrolló en ninguno de ellos qué debe entenderse por esta institución ni cómo debe operar a la hora de determinar el quantum.

Describiendo el conjunto de 11 fallos aquí tratados, el daño más frecuente fueron las lesiones graves. El tribunal que aportó con más fallos fue la Corte de Apelaciones de Concepción, la materia más importante fue la laboral y la conducta más habitual el accidente laboral.

Interpretando los datos anteriores con el resto de las variables de estudio, coincidentemente se obtienen los mismos resultados. Fue en los casos de lesiones graves dónde más aparecen propuestas, y la Corte de Apelaciones de Concepción la que más elaboró este criterio.

Respecto de las materias de Cortes de Apelaciones, la más frecuente fue la laboral, y en cuanto a la conducta generadora del daño, en casos de accidentes laborales se repiten más que en el resto.

En cuanto al monto, la presencia de este criterio sin duda disminuyó la indemnización, ya sea considerando el promedio o la mediana de los montos.

4. Hechos de la causa. Falta de precisión necesaria.

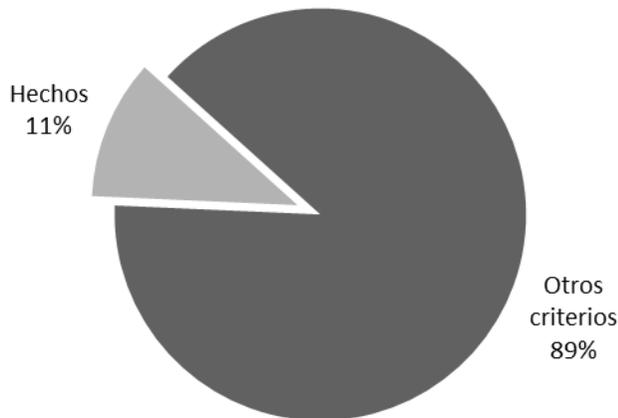
Se incluye en este caso a todos los fallos que utilizan como criterio justificador del quantum indemnizatorio a los hechos mismos de la causa. Dicho de otro modo, los jueces dan un monto determinado en un caso concreto, basados en el mismo caso, sin señalar a qué hecho se refieren

en específico. Así podrían atribuir importancia a las lesiones, a la conducta del responsable, al nivel educacional de la víctima o a cualquier antecedente de hecho que conste en el procedimiento.

Evidente es la falta de rigor de la argumentación jurídica en estos casos, ya que justifican una decisión judicial en la vaguedad de “los autos”, sin especificar qué antecedente es más o menos importante que otro al momento de tomar la decisión sobre el monto a fijar.

- Porcentaje de fallos que utilizan este criterio en el total de la muestra.

Gráfico N° 53



Del total de 310 fallos, 34 de ellos, equivalente a un 11%, utilizaron algún argumento relativo a este criterio.

4.1 Descomposición del criterio “Hechos”.

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

- Mérito de los antecedentes o del proceso, y;
- Circunstancias del hecho.

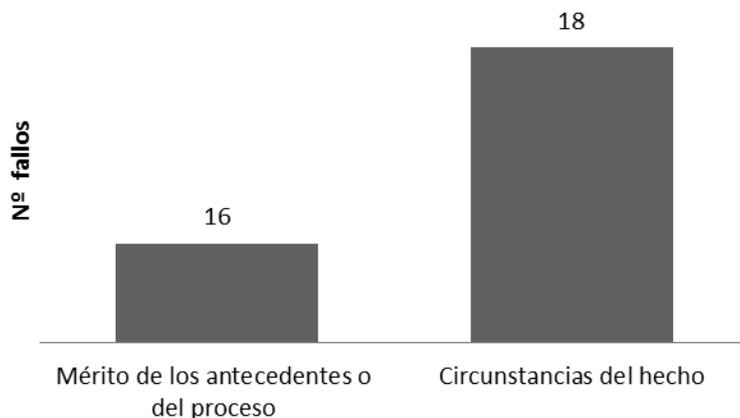


Gráfico N° 54

En gráfico N° 54¹⁴⁵ se aprecia que la distinción entre ambos subcriterios se fundamenta más en la pretensión de mantener la literalidad del texto de la sentencia que en motivaciones de exactitud conceptual, pues la similitud de significado y de frecuencia es bastante alta.

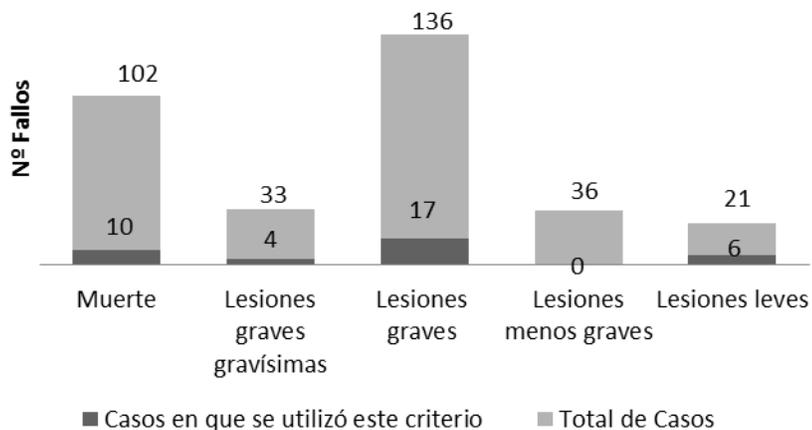
4.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio “Hechos”.

Para analizar la incidencia y correlación del criterio “Hechos”, primero se comparará con el tipo de daño generado en cada caso (muerte o lesiones), las Cortes analizadas, la materia de cada caso y la conducta desplegada. Posteriormente, se compararán los montos otorgados entre los fallos que mencionaron este criterio y los que no.

4.2.1 Presencia del criterio “Hechos” por tipo de daño

¹⁴⁵ La suma de las menciones de cada expresión supera el número de fallos que contienen estos enunciados debido a que una misma sentencia puede contener más de uno. Lo mismo sucede en los gráficos N°10, 13, 28, 31, 40, 54 y 61.

Gráfico N° 55



Se aprecia en el gráfico N° 55¹⁴⁶ que en el grupo de fallos que utilizó el criterio “Hechos” se presentan 17 casos de lesiones graves, 10 de muerte, 6 de lesiones leves, 4 de lesiones graves gravísimas y ninguna de lesiones menos graves.

Interpretando estos datos con el total casos de cada tipo de daño, tenemos que en los casos donde el daño resultó en una lesión leve, se hizo alusión a los “Hechos de la causa” en 6 de 21 fallos, equivalente a un 28.6%. En los casos de muerte, lesiones graves gravísimas y lesiones graves, el porcentaje de utilización es de 9.8%, 12.1% y 12.5%, respectivamente.

4.2.2 Importancia relativa del criterio “Hechos” por Tribunal Superior

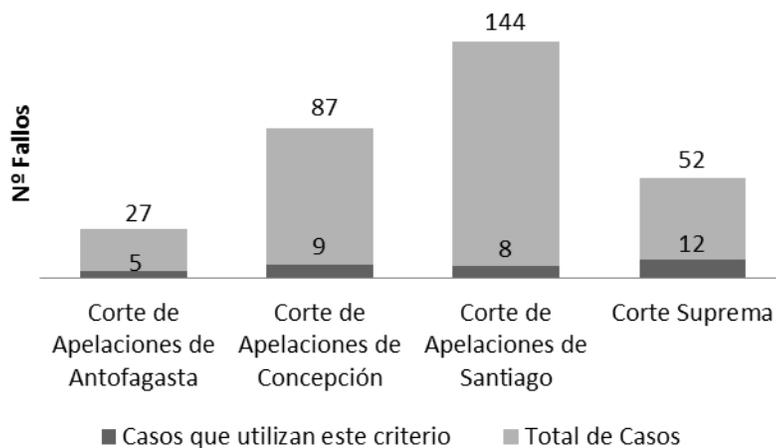


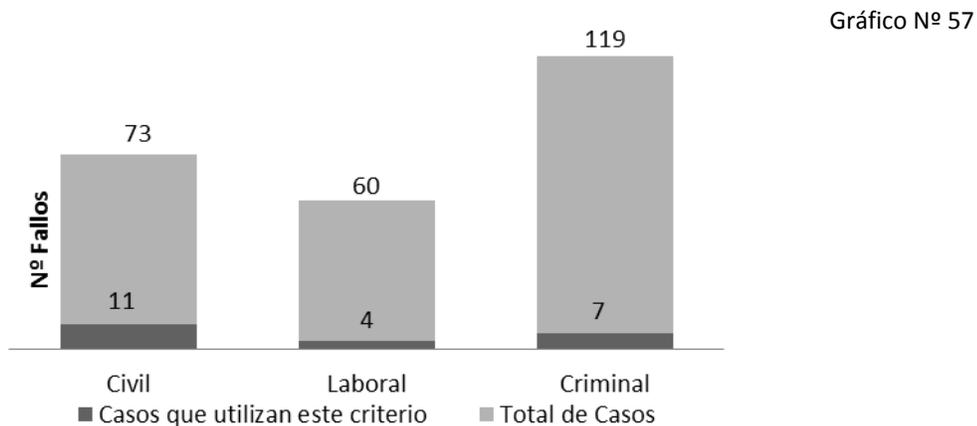
Gráfico N° 56

¹⁴⁶La suma de todos los casos de muerte y distintas lesiones supera el número de fallos que utilizan este criterio, ya que en un caso pueden presentarse más de una víctima con distintas lesiones.

El gráfico N° 56 muestra la distribución de los 34 fallos que esgrimieron el criterio “Hechos”, según el tribunal que los dictó, apareciendo la Corte Suprema con el número más elevado.

En relación con el total de fallos dictados por cada tribunal, la Corte de Apelaciones de Santiago utilizó en menor medida este criterio, refiriéndose a él en sólo 8 de los 144 fallos dictados por ella, equivalente a un 5.5%, le sigue la Corte de Apelaciones de Concepción, con un 13.3% de aplicación, la Corte de Apelaciones de Antofagasta con un 18.5% y con la frecuencia más alta de aplicación del criterio aparece la Corte Suprema, con 12 casos de 52, equivalente a un 23.1% de utilización del criterio.

4.2.3 Importancia relativa del criterio “Hechos” por Materia en fallos dictados por Cortes de Apelaciones



Se observa en el gráfico N° 57 la distribución de los fallos que enuncian el criterio en cuestión, correspondiendo 11 a casos de materia civil, 7 a materia criminal, 4 a materia laboral, no presentándose caso alguno en materia penal.

Desde la perspectiva del total de casos de cada materia presentes en la muestra de investigación, lideran la frecuencia de aplicación las causas civiles, con 11 fallos de 73, equivalente a un 15.1%. Le siguen las causas laborales, con un 6.7% y las criminales con un 5.9%. Las causas sobre materia penal no aplicaron este criterio.

4.2.4 Importancia del criterio “Hechos” en relación con la conducta desplegada

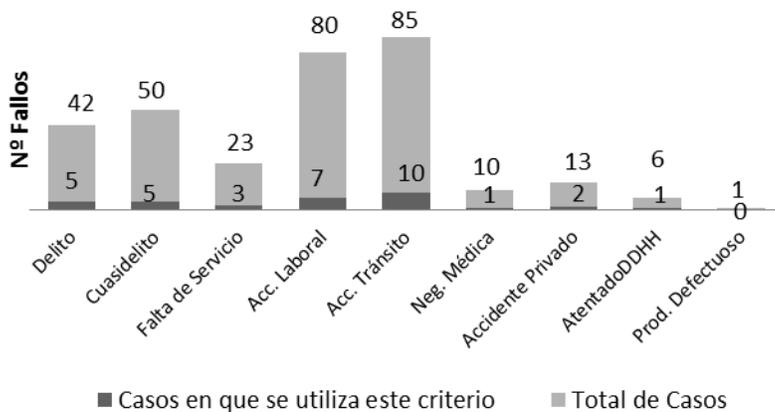


Gráfico N° 58

La gráfica N° 58 exhibe la distribución de los 34 fallos que mencionaron este criterio según la conducta desplegada en cada caso. Se observa que 10 de ellos corresponden a accidentes de tránsito, 7 a accidentes laborales, 5 a delitos y a cuasidelitos, 3 a faltas de servicio, 2 a accidentes privados y 1 a negligencias médicas y atentados a Derechos Humanos.

Desde la perspectiva de cada conducta, la mayor frecuencia de utilización del criterio “Hechos” se presenta en casos de atentados a Derechos Humanos, con un porcentaje de aplicación de 16.7% (1 de 6 fallos); le siguen los delitos con un 12%; los accidentes de tránsito con 11.8%; los cuasidelitos con 10%; las faltas de servicio con 13%; los accidentes laborales con 8.8%; las negligencias médicas con 10%, y; los accidentes privados con 15.3%.

4.2.5 Importancia del criterio “Hechos” en el monto otorgado

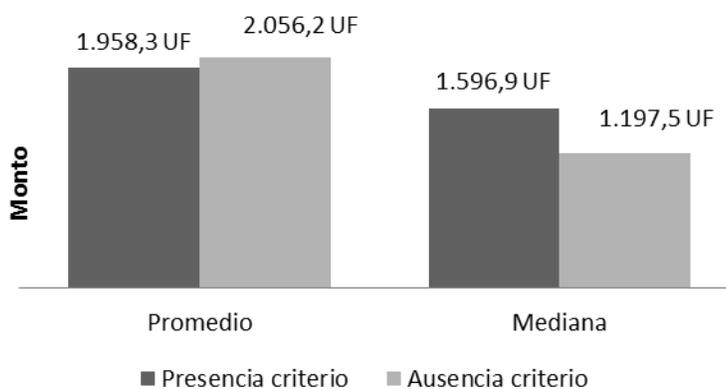


Gráfico N° 59

Se aprecia que los resultados entre el promedio y la mediana no se condicen, pues según la primera herramienta el monto es levemente mayor en ausencia del criterio “Hechos”, mientras

que la segunda muestra que en ausencia del criterio en cuestión el monto es menor. Sin embargo, como ya se ha explicado a propósito de otros criterios¹⁴⁷, estas diferencias se deben a que el promedio no puede integrar los montos que se alejan mucho de la regla general.

Sin perjuicio de lo ya mencionado, las diferencias entre los montos tratándose del promedio resultan poco significativas.

4.3 Síntesis

La importancia de este criterio dentro del total de la muestra asciende a un 11%, es decir, de 310 fallos, 34 mencionaron el mérito de los antecedentes o las circunstancias del hecho para justificar el monto otorgado.

Dentro de estos 34 fallos, el daño más frecuente fueron las lesiones graves, con 17 casos; la mayoría de los fallos fueron dictados por la Corte Suprema, la materia más común resultó ser la civil, y; la conducta que más se repitió en estos 34 fallos fue el accidente de tránsito.

Desde la perspectiva de las demás variables en estudio, fueron los casos de lesiones leves los que presentaron la mayor frecuencia de utilización de este criterio, mencionándolo en 6 de los 21 fallos en que se generó este daño; los casos civiles aparecieron usando este criterio más que las demás materias. Respecto a la conducta, los casos que más enunciaron a los “Hechos” como fundamento de su razonar fueron los de atentados a los Derechos Humanos, y la Corte Suprema fue el tribunal que utilizó con más frecuencia este criterio, mencionándolo en 12 de los 52 fallos dictados por ella; en cambio, la Corte de Apelaciones de Santiago lo utilizó en sólo 8 fallos de 144.

En relación con el monto de la indemnización, la mención de este criterio en el quantum indemnizatorio significó un incremento de la mediana de la indemnización de 399,4 UF respecto de los fallos que no los enunciaron.

¹⁴⁷ Véase gráficos Gráfico N°27 y 45.

5. Actividad jurisdiccional. Justificación circular.

El siguiente grupo reúne a todos los enunciados que recurren a la actividad de juzgar en sí misma, ya sea al ejercicio intelectual o a la virtud del juez, para justificar la parte resolutive del juicio de indemnización de perjuicios por daño moral.

Como lo expresa la Constitución Política de la República en el inciso 2º del artículo 76, y el Código Orgánico de Tribunales en el inciso 2º del artículo 10, la inexistencia de ley que resuelva el asunto no excusa de intervención a los Tribunales de Justicia, y al no existir en nuestro ordenamiento una norma expresa que resuelva la problemática de la determinación del quantum indemnizatorio, el asunto queda de lleno entregado a la equidad¹⁴⁸ del juez (pasando primero por la costumbre en materia comercial), tal como se expresa en el N° 5 del artículo 170 del Código Orgánico de Tribunales.

Los jueces han interpretado que esta jurisdicción de equidad, en lo que al quantum indemnizatorio del daño moral respecta, implica que dicho juicio de determinación se encuentra enteramente entregado a la prudencia de los jueces de fondo, ya que el análisis y fijación de cierta cantidad de dinero a un daño en particular es una cuestión de hecho, y por tanto, irrevisable vía casación en el fondo.¹⁴⁹

Sin embargo, no es uniforme en la jurisprudencia la comprensión de las consecuencias de la conclusión anterior. Mientras algunos fallos entienden que de la falta de norma expresa entran a jugar otras consideraciones alusivas al “Daño”, a las “Particularidades” de las partes, a

¹⁴⁸ Equidad, según la definición del Diccionario de la Real Academia Española, es la “bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.”. [Consulta en línea 5 de agosto 2011] En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=equidad.

¹⁴⁹ Rol N° 3995-2006, N°4313-2007, N° 4393-2005, N° 5369-2004, N° 5665-2005, N° 5818-2005, N° 6471-2006, N° 6562-2006, N° 520-2006, N° 748-2006, N° 4700-2003, N° 935-2008, todos de la Corte Suprema; Rol N° 346-2007 Secretaría Civil, 54-2009 Secretaría Laboral, ambos de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; Rol N° 2352-2006 Secretaría Penal, N° 28839-2005 Secretaría Criminal, N° 6974-2005 Secretaría Criminal, N° 1597-2008 Secretaría Criminal, todos de la Corte de Apelaciones de Santiago y Rol N° 589-2008 Secretaría Civil, 1138-2006 Secretaría Criminal, N° 4616-2004 Secretaría Criminal, N° 3880-2003 Secretaría Criminal, de la Corte de Apelaciones de Concepción. En: www.poderjudicial.cl.

“Propuestas” doctrinarias, a los “Hechos” de la causa o a la “Conducta” del agente; otro considerable grupo estima que ante la ausencia de una directriz legal, el sistema valorativo a aplicar es la apreciación en conciencia¹⁵⁰, la prudencia o buen criterio de los jueces, sin más consideraciones que su propia consideración, pudiendo encontrar expresiones tan disímiles como la mera constatación de la inexistencia de normas hasta la entrega del asunto al mero arbitrio del juzgador.

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

- Porcentaje de fallos que utilizan este criterio

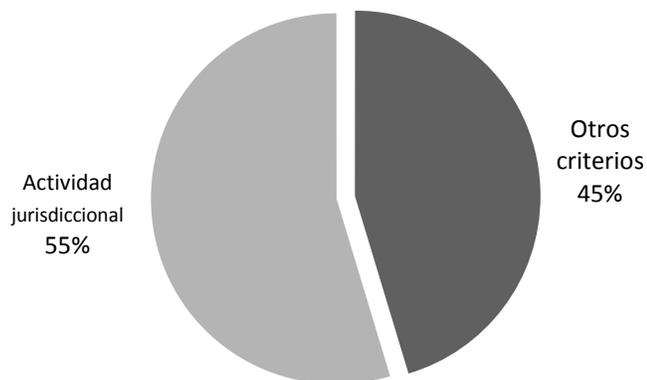


Gráfico N° 60

En 170 fallos del total de 310 se mencionó este criterio, equivalente a un 55%, constituyendo hasta ahora el criterio más utilizado.

5.1 Descomposición del subcriterio “Actividad jurisdiccional”.

¹⁵⁰ Couture, En: Maturana Miquel, Cristian, *Aspectos generales de la prueba*, Materiales de curso, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, septiembre, 2006, p. 190.

Las expresiones recopiladas de los distintos fallos que componen la muestra y que aluden a este criterio son las siguientes:

- Adecuación;
- Arbitrio del juzgador;
- Apreciación en conciencia;
- Congruencia entre monto y magnitud del daño;
- Cuestión de fondo o hecho privativa de los jueces de fondo;
- Discrecionalidad;
- Equitativo y/o razonable;
- Estimación de condignidad;
- Estimaciones de justicia;
- Jurispreciación;
- Parámetros lógicos y atendibles;
- Pertinencia;
- Ponderación de los jueces;
- Prudencia y/o equidad (o buen criterio), y;
- Inexistencia reglas generales al respecto.

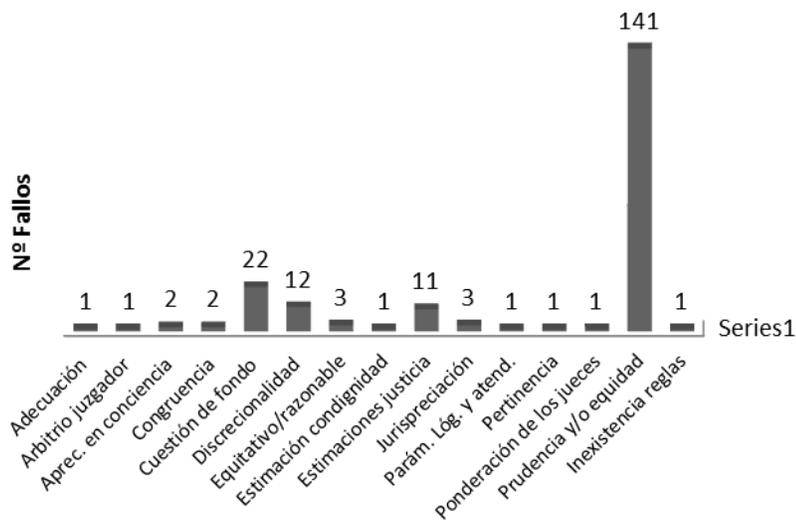


Gráfico Nº 61

Se aprecia en este gráfico¹⁵¹ que es sin duda el enunciado “Prudencia y/o equidad” el más utilizado, apareciendo en 141 fallos. Le sigue “Cuestión de fondo o de hecho privativa de los jueces de fondo”, con 22 repeticiones, y luego “Discrecionalidad” y “Estimaciones de justicia” con 12 y 11 referencias respectivamente. El resto de las expresiones tiene una frecuencia que va desde 1 a 3 fallos.

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

Llaman especialmente la atención enunciados tales como “Arbitrio del juzgador”, “Apreciación en conciencia” o “Discrecionalidad”, pues implican una valoración de prueba libre o de íntima convicción¹⁵². Por lo que señalar que la determinación del quantum indemnizatorio tratándose del daño moral queda entregado al arbitrio, apreciación, discreción o buen criterio del juez implica necesariamente que el monto es fijado intuitivamente, sin necesidad de fundar en la sentencia la decisión y por tanto, irrevisable por un Tribunal Superior.

A la misma consecuencia llegaron algunos fallos al indicar que la determinación del monto de la indemnización es una “Cuestión de hecho, privativa de los jueces de fondo”. De los 22 fallos que hicieron uso de esta expresión, 12 corresponden a la Corte Suprema¹⁵³, a propósito de la inadmisibilidad por el concepto del recurso de casación en el fondo. Sin embargo, ningún fallo se extendió sobre la clasificación de la fijación del quantum como un asunto de hecho o de derecho¹⁵⁴.

5.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio “Actividad jurisdiccional”.

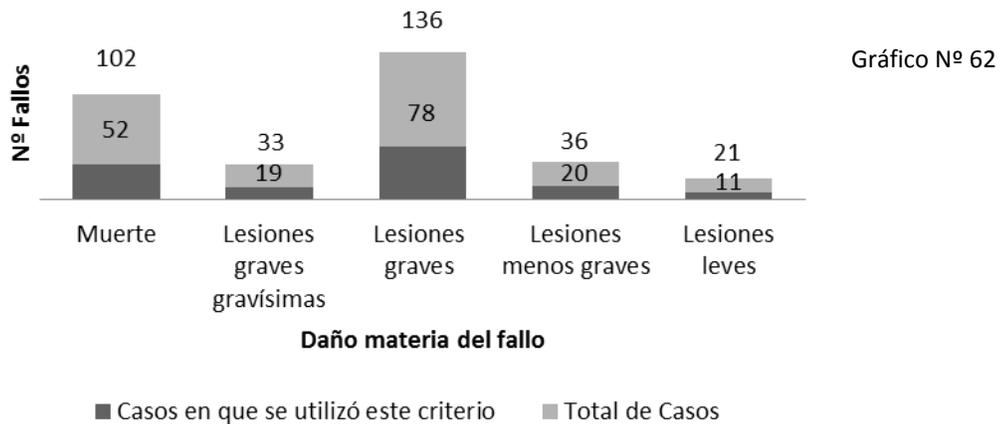
¹⁵¹La suma de las menciones de cada expresión supera el número de fallos que contienen estos enunciados debido a que una misma sentencia puede contener más de uno. Lo mismo sucede en los gráficos N°10, 13, 28, 31, 40, 47 y 61.

¹⁵²Maturana, *Op. Cit.*

¹⁵³ Rol N° 3995-2006, C11; Rol N° 4313-2007, C19; Rol N° 4393-2005, C10; Rol N° 5369-2004, C18; Rol N° 5665-2005, C6; Rol N° 5818-2005, C17; Rol N° 6471-2006, C5; Rol N° 6562-2006, C18; Rol N° 520-2006, C6; Rol N° 748-2006, C26; Rol N° 4700-2003, C8; Rol N° 935-08, C7, todos de la Corte Suprema. En: www.poderjudicial.cl.

¹⁵⁴ Barros, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, *Op cit*, p. 319.

5.2.1 Presencia del criterio “Actividad jurisdiccional” por tipo de daño



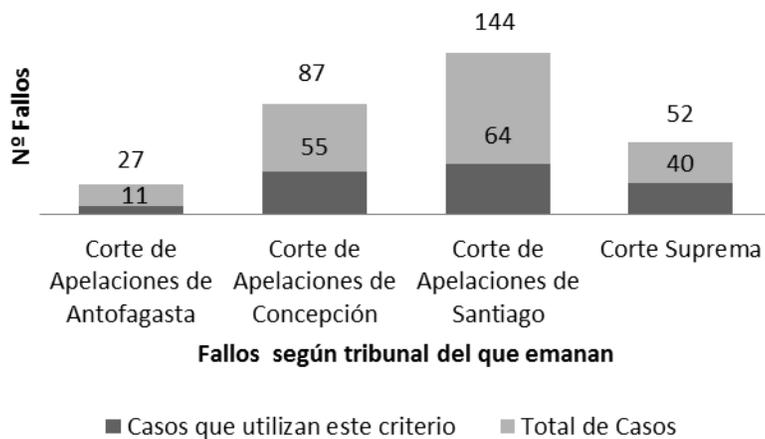
Se aprecia en el gráfico N° 62¹⁵⁵ la distribución de los 170 fallos que mencionaron el criterio aquí tratado de acuerdo al daño producido en cada caso. Observamos que en 78 casos corresponden a lesiones graves, 52 a muerte, 20 a lesiones menos graves, 19 a lesiones graves gravísimas y 11 a lesiones leves.

Dirigiendo la atención al total de casos en la muestra, de 33 lesiones graves gravísimas, en 19 fallos se utilizó este criterio, equivalente a 57.6%. El porcentaje de utilización en casos de lesiones graves 57.3%, en lesiones menos graves de 55.6%, en las leves de 52.3% y en los casos de muerte fue de 50.9%.

Resulta significativo que el porcentaje de utilización de este criterio es bastante similar según el tipo de daño, todos cercanos al 50%, lo que indica una clara tendencia a la utilización de este criterio sin importar la gravedad del daño generado por la conducta.

5.2.2 Importancia relativa del criterio “Actividad jurisdiccional” por Tribunal Superior

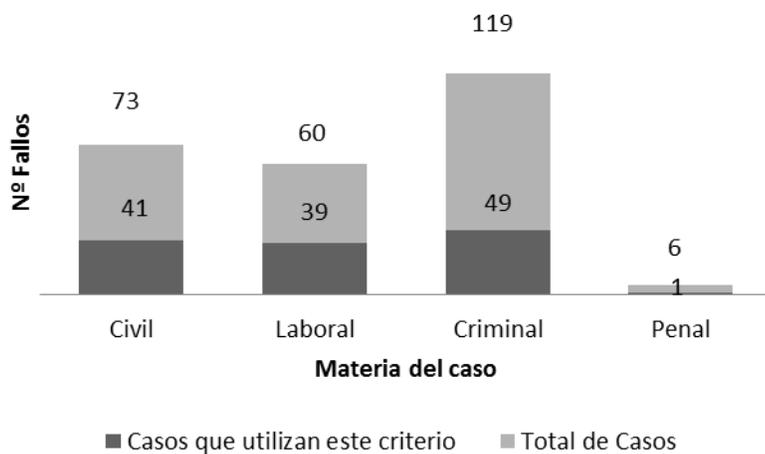
¹⁵⁵ La suma de todos los casos de muerte y distintas lesiones supera el número de fallos que utilizan este criterio, ya que en un caso pueden presentarse más de una víctima con distintas lesiones.



Observamos en esta figura que 64 de los 170 fallos que aplicaron este criterio fueron dictados por la Corte de Apelaciones de Santiago, 55 por la de Concepción, 40 por la Corte Suprema y 11 por la corte de Apelaciones de Antofagasta.

En relación con el total de fallos dictados por cada tribunal, fue la Corte Suprema la que más utilizó este criterio, con 40 menciones de un total de 52 fallos, equivalente a un 76.9%. Le sigue la Corte de Apelaciones de Concepción con 55 referencias de un total de 87 fallos, equivalente a un 63.2%. Luego la Corte de Apelaciones de Santiago y la de Antofagasta, con 44.4% y 40.8% respectivamente.

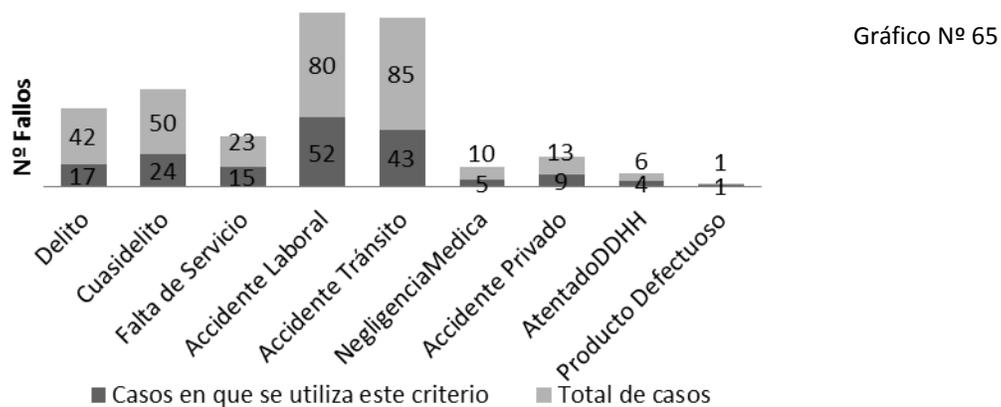
5.2.3 Importancia relativa del criterio “Actividad jurisdiccional” por Materia en fallos dictados por Cortes de Apelaciones



El gráfico N° 64 muestra que 49 de los 170 fallos que emplearon el criterio “Actividad jurisdiccional” corresponden a causas criminales, 41 a civiles, 39 a laborales y 1 a penales.

Relacionando estos datos con el total de fallos en la muestra, tenemos que es en materia laboral donde el criterio en cuestión se utilizó con más frecuencia, con 39 referencias de un total de 60 casos, equivalente a un 65%. Le sigue los asuntos civiles con un 56.2% de aplicación, los criminales con 41.2% y los penales con 16.6%.

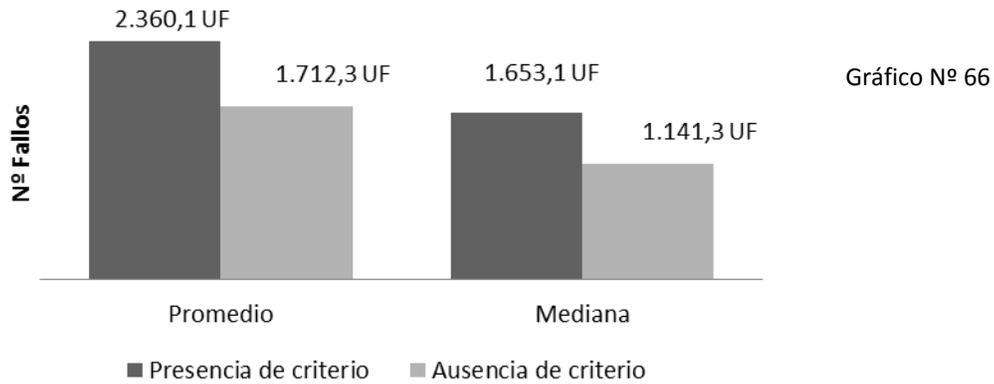
5.2.4 Importancia del criterio “Actividad jurisdiccional” en relación con la conducta desplegada



Se aprecia en el gráfico N° 65 que 52 de los 170 fallos que aplicaron este criterio corresponden a casos de accidentes laborales, 43 a casos de accidentes de tránsito, 24 a cuasidelitos, 17 a delitos, 15 a faltas de servicio, 9 a accidentes privados, 4 a atentados a derechos humanos y uno a casos de producto defectuoso.

En relación con el total de casos de cada tipo de conducta, obtenemos que en el único caso sobre producto defectuoso el criterio usado fue la “Actividad jurisdiccional”. El porcentaje de utilización en los casos de accidentes privados fue de 69.2%, equivalente a 9 de 13 fallos. En casos sobre atentados a Derecho Humanos mencionaron este criterio 4 de los 6 fallos, lo que equivalente a un 66.6%. Le siguen en frecuencia los casos de falta de servicio con un 65.2%, accidentes laborales con un 65%, accidente de tránsito con 50.6%, negligencias médicas con 50%, cuasidelitos con 48% y los delitos con 40.4%.

5.2.5 Importancia del criterio “Actividad jurisdiccional” en el monto otorgado



Tanto el promedio como la mediana de los montos analizados apuntan que el monto de la indemnización aumenta cuando este criterio se encuentra presente en la sentencia. Sin embargo, la diferencia es ligeramente menor tratándose de la segunda herramienta de medición.

5.3 Síntesis

Este criterio es el más importante de todos los aquí expuestos, constituyendo su presencia el 55% del total de fallos. Es decir, del total de 310 fallos que componen la muestra, 170 lo mencionan a la hora de determinar la cuantía de la indemnización. Sin embargo, es el enunciado “Prudencia y/o equidad” el más repetido, con 141 menciones en total, por lo que por sí mismo constituye casi la totalidad de este grupo.

Describiendo los 170 fallos que utilizaron este criterio, el daño que más se repitió fueron las lesiones graves, y el tribunal que aportó con mayor número de fallos fue la Corte de Apelaciones de Santiago. En cuanto a la materia de las causas dictadas por las Cortes de Apelaciones, las criminales fueron las más importantes dentro de este grupo de 170 fallos, y los accidentes laborales constituyeron la conducta más frecuente, con 52 casos.

Estos mismos datos vistos ahora desde la perspectiva de las demás variables de estudio, permiten apreciar que fue en los casos de lesiones graves gravísimas en donde más tuvo aplicación este criterio. En cuanto a la materia de las causas dictadas por Cortes de Apelaciones, fueron las

causas laborales las que se destacaron por mencionar el criterio “Actividad jurisdiccional”, y los accidentes privados respecto de la conducta. Por último, la Corte Suprema aplicó más que el resto de los tribunales esta fórmula, presentándose en un 63.2% de sus casos.

En lo que a monto indemnizatorio se refiere, las sentencias que mencionaron alguna frase alusiva a este criterio presentan un incremento promedio de 647.8 UF, diferencia un tanto menor, pero coherente, tratándose de la mediana.

6. Conducta generadora del daño. Oblicuo juicio de reproche.

Este grupo reúne a todas las proposiciones judiciales con un contenido de reproche a la conducta del agente del daño. Los fallos que expresan este criterio adhieren, aun cuando ninguno de ellos formule membresía doctrinaria alguna, a la postura del juez moralizador, con pretensiones de condicionar conductas a través de sus resoluciones.

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

- Presencia de este criterio en el total de 310 fallos.

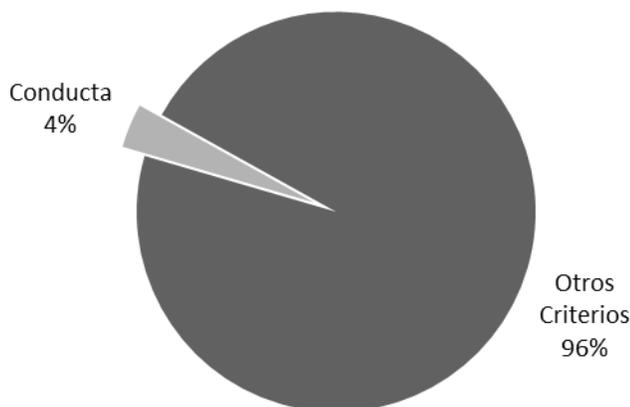


Gráfico N°67

Del gráfico N° 67 se desprende que del total de 310 casos, sólo un 4%, equivalente a 11 fallos, utiliza este criterio. Debe señalarse que en ninguno de ellos se asigna sólo a la conducta generadora del daño la justificación del quantum, sino que siempre esta variable de reproche va acompañada de otras referidas al daño, particularidades de las partes, hechos de la causa, entre otros criterios.

6.1 Descomposición del criterio “Conducta”.

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

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

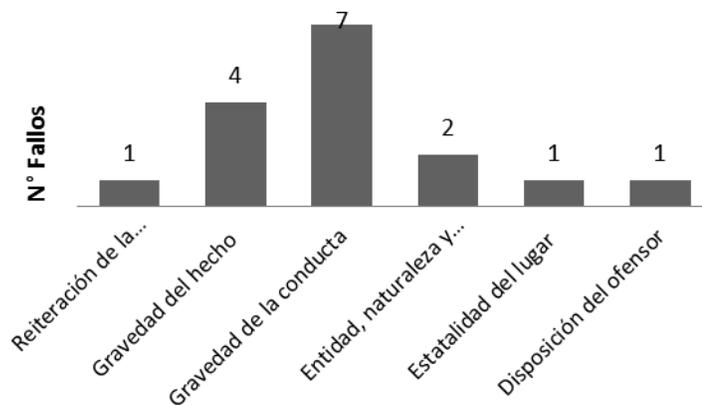


Gráfico N°68

Se observa en el gráfico N° 68¹⁵⁶ que las expresiones más relevantes (dentro del pequeño porcentaje que implica este criterio) son las de “gravedad de la conducta” o “gravedad del hecho que la genera”.

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

Respecto a la expresión “Estatalidad del lugar del accidente”, que en principio podría parecer fuera de lugar, debe indicarse que en contexto de la causa¹⁵⁷, se refiere al carácter público del recinto donde ocurrió el accidente, lo que se consideró como una agravante en la determinación del monto, pero sin realizar un análisis al menos somero sobre la implicancia en el monto de la indemnización del carácter privado o público del recinto.

Respecto al enunciado “Disposición del ofensor a reparar el daño”¹⁵⁸, fue el único utilizado como aminorante del monto, pero tampoco se extendieron los jueces acerca de su atribución concreta en la disminución.

6.2 Comportamiento e importancia relativa del criterio “Conducta”.

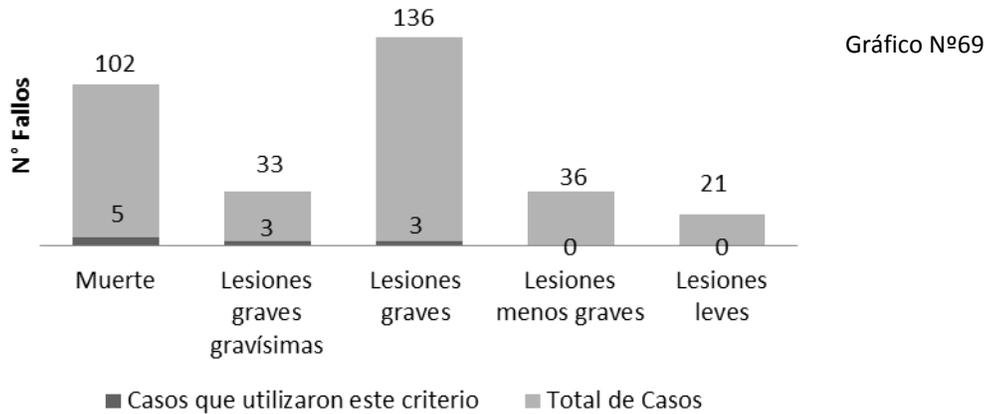
Para entender la conducta de este criterio, se realizarán los mismos cruces hechos a propósito de los demás criterios. Primero, se estará a su importancia relativa de acuerdo con el tipo de daño generado en cada caso (muerte o lesiones), las Cortes analizadas, la materia de cada caso y la conducta desplegada. Posteriormente, se compararán los montos otorgados entre los fallos que mencionaron este criterio y los que no.

¹⁵⁶ La suma de las menciones de cada expresión supera el número de fallos que contienen estos enunciados debido a que una misma sentencia puede contener más de uno. Lo mismo sucede en los gráficos N°10, 13, 28, 31, 40, 47 y 54.

¹⁵⁷ Rol N° 1198-2008, Corte de Apelaciones de Concepción, Secretaría Civil. En: www.poderjudicial.cl.

¹⁵⁸ Rol N° 2545-2002, Corte de Apelaciones de Santiago, Secretaría Civil, C°14. En: www.poderjudicial.cl.

6.2.1 Presencia del criterio “Conducta” por tipo de daño



Describiendo el gráfico N° 69¹⁵⁹, tenemos que en el total de 11 fallos que mencionaron este criterio, hay 5 casos donde el daño fue la muerte, en 3 las lesiones graves gravísimas y en 3 las lesiones graves.

Resulta significativo el hecho de que los 11 casos que utilizan este criterio se distribuyen entre los tres resultados dañosos más graves, aun cuando representen un pequeño porcentaje en el total de fallos de cada daño.

En relación con el total de casos de cada tipo de daño, en el caso de las lesiones graves gravísimas, del total de 33 casos con este resultado, en un 9.1% se utilizó este criterio, constituyendo éste el mayor porcentaje de aplicación.

6.2.2 Importancia relativa del criterio “Conducta” por Tribunal Superior

¹⁵⁹La suma de todos los casos de muerte y distintas lesiones supera el número de fallos que utilizan este criterio, ya que en un caso pueden presentarse más de una víctima con distintas lesiones.

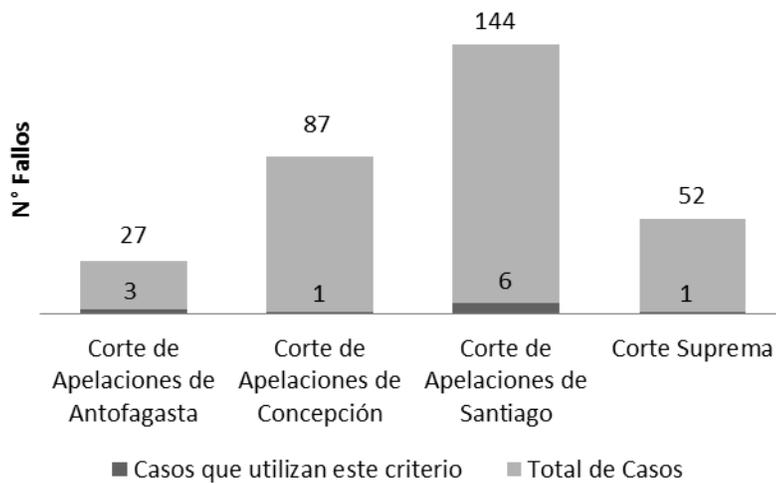


Gráfico N°70

El gráfico N°70 muestra la distribución de los 11 fallos que utilizaron el criterio “Conducta” de acuerdo al tribunal que los dictó, aportando la Corte de Apelaciones de Santiago con 6 fallos, la de Antofagasta con 3, y la de Concepción junto con la Corte Suprema con un fallo cada uno.

Interpretando estos 11 fallos con el total de causas dictadas por cada tribunal, obtenemos que la Corte de Concepción recurrió a este criterio en sólo el 1.1% de los fallos dictados por ella, constituyéndose en el tribunal que menos lo aplicó. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en cambio, lo utilizó en el 8.1% del total. La Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema esgrimieron la conducta como criterio en un 4.1% y 1.9% del total de fallos dictados por cada uno, respectivamente.

6.2.3 Importancia relativa del criterio “Conducta” por Materia en fallos dictados por Cortes de Apelaciones

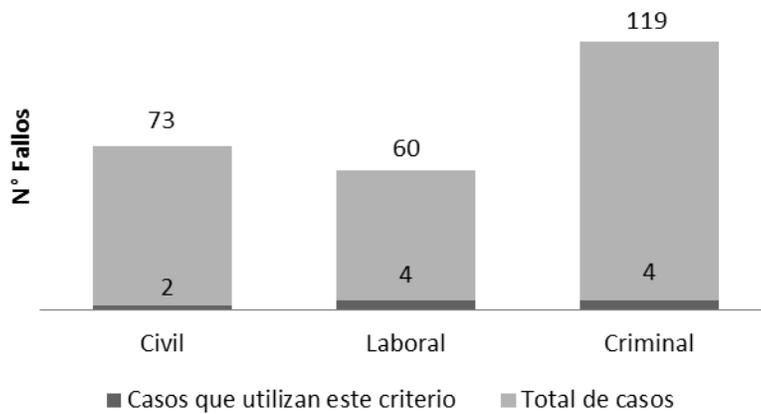


Gráfico N°71

El gráfico N° 71 ilustra que 4 de los 11 fallos aquí reunidos corresponden a materia laboral, otros 4 a materia criminal y 2 fallos a materia civil, no presentándose ninguno de materia penal.

De acuerdo con el total de casos de cada materia, obtenemos que es en materia laboral dónde más se aplicó el criterio en cuestión, mencionándose en 4 fallos de un total de 60, equivalente a un 6.7%. Los fallos criminales lo aplicaron en un 3.3% del total de casos, y los civiles en un 2.7%.

6.2.4 Importancia del criterio “Conducta” según la conducta desplegada¹⁶⁰.

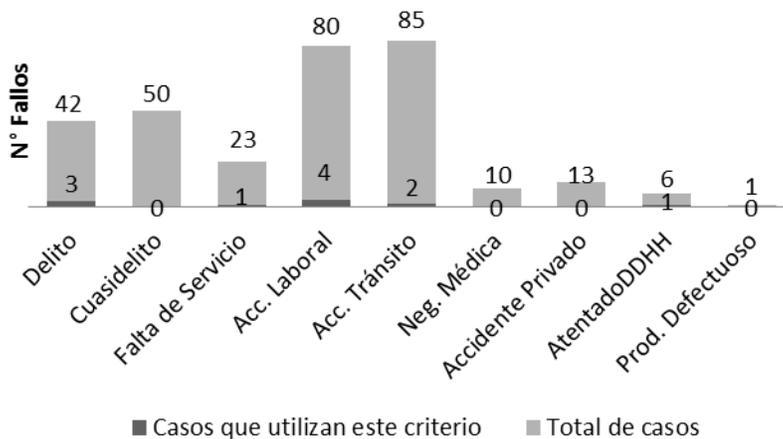


Gráfico N°72

¹⁶⁰ No debe confundirse el criterio “Conducta” con la variable de estudio “conducta”.

Según la figura 72, del grupo de 11 fallos aquí tratados, 4 corresponden a casos de accidentes laborales, 3 a delitos, 2 a accidentes de tránsito y 1 caso de falta de servicio y atentados a Derechos Humanos.

Interpretando esta información desde la perspectiva del total de casos por conducta, se observa que de los 6 casos en que la conducta desplegada constituyó un atentado a los Derechos Humanos, uno de ellos, equivalente a un 16.6%, manifestó este criterio. En casos de delitos, se utilizó la conducta como criterio en un 7.1% de ellos. Tratándose de casos de falta de servicio, accidentes laborales y de tránsito, se aplicó en un 4.3%, 5% y 2.3% respectivamente.

Resalta que en dos de las conductas más graves el criterio “conducta” tiene una aplicación mayor. Sin embargo, su porcentaje total es relativamente bajo respecto a los demás criterios.

6.2.5 Importancia del criterio “Conducta” en el monto otorgado

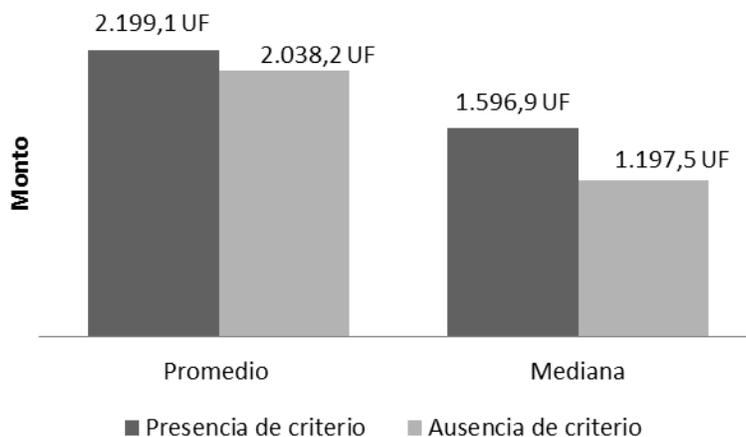


Gráfico N°73

El gráfico N° 73 muestra que tanto el promedio como la mediana del monto de la indemnización es mayor en los fallos que consideraron el criterio “Conducta” que en los fallos que no lo mencionaron, incrementándose la diferencia tratándose de la segunda herramienta de medición.

6.3 Síntesis:

Describiendo las características de este grupo de 11 fallos, tenemos que el resultado de muerte fue el más común; el tribunal que aportó con más fallos fue la Corte de Apelaciones de Santiago;

la materia más relevante en este grupo de fallos fue la laboral y la criminal, con 4 casos cada uno, y; en cuanto a la conducta, los accidentes laborales sobresalieron sobre el resto.

Desde la perspectiva de las demás variables relevantes en estudio, tenemos que este criterio fue usado preferentemente en casos de lesiones graves gravísimas, mencionado en 3 fallos de un total de 33; el tribunal que más lo aplicó fue la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en cambio, fue la Corte de Apelaciones de Concepción la que menos utilizó este criterio, con sólo 1 caso de un total de 87.

Respecto de las materias de los fallos dictados por las Cortes de Apelaciones, fue en los casos laborales donde el porcentaje de utilización de este criterio fue mayor; en relación con las conductas generadoras de daños, fue en los casos de atentados a Derechos Humanos y delitos en general, donde más se aplicó.

En cuanto al monto indemnizatorio, éste sin duda resulta mayor en los fallos que aplicaron este criterio, tratándose tanto del promedio como de la mediana, siendo coherentes los resultados de la aplicación de ambas herramientas.

7. Sin expresión de criterios

En esta séptima sección se han agrupado a todos los fallos en que cualquier justificación o intento de razonamiento previo al otorgamiento de cierto monto está ausente. En todas estas causas no se encuentra expresada ni siquiera la decorativa mención a la prudencia de los jueces, ni menos enunciados alusivos a otro tipo de directrices argumentativas.

Independiente del análisis de la procedencia del daño moral, para lo cual sí se consideran variables del caso concreto, lo significativo de estos fallos es que se otorga cierto monto de dinero sin desarrollar argumentos o hacer menciones a criterios de forma expresa.

- Importancia de la “Ausencia de criterios” en el total de la muestra.

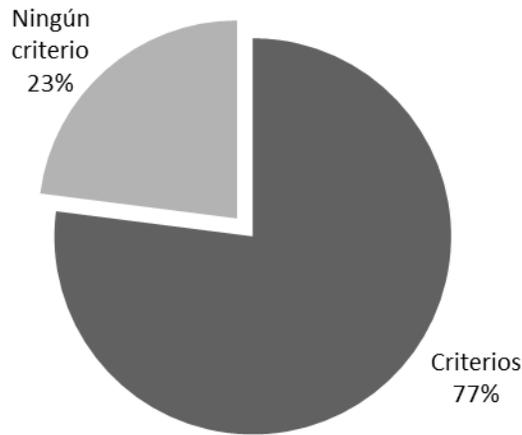


Gráfico N°74

Del total de 310 fallos, en 71 de ellos, equivalente a un 23%, no se mencionó criterio alguno para determinar la cuantía de la indemnización.

7.1 Comportamiento e importancia relativa de la ausencia de criterios.

Al igual que en las secciones anteriores, para analizar la relevancia de estos fallos; primero, se estará a su importancia relativa de acuerdo con el tipo de daño generado en cada caso (muerte o lesiones), las Cortes analizadas, la materia de cada caso y la conducta desplegada, posteriormente, se compararán los montos otorgados entre los fallos que no mencionaron criterio alguno y los que sí lo hicieron.

7.1.1 Frecuencia de la ausencia de criterios por tipo de daño.

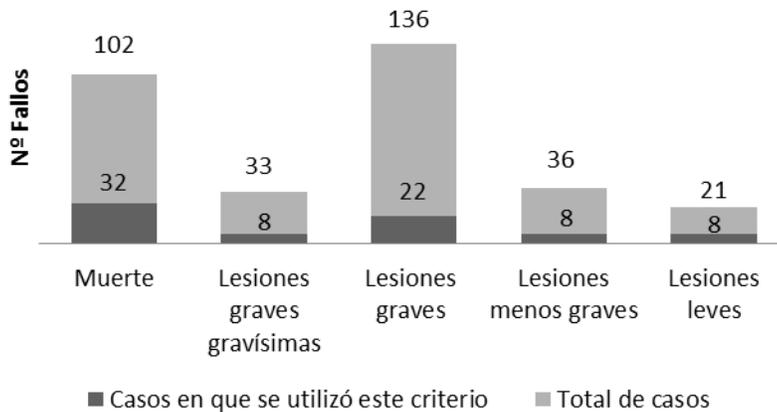
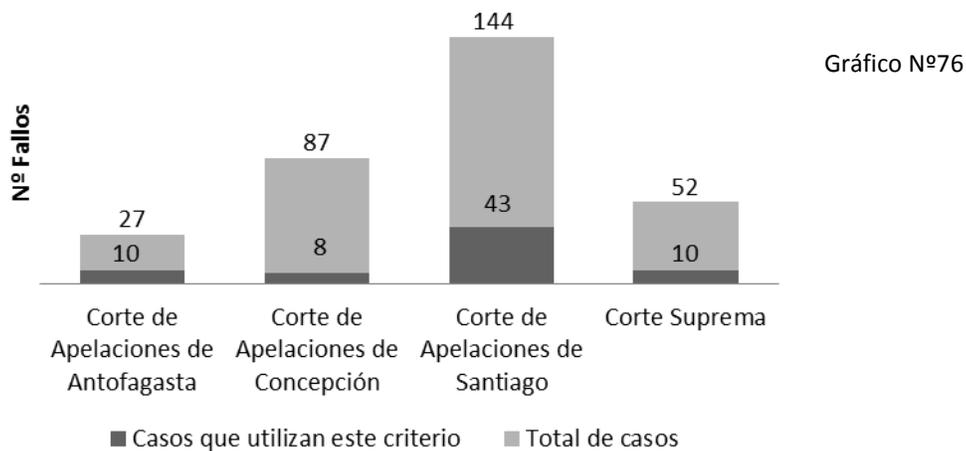


Gráfico N°75

La figura 75¹⁶¹ muestra que en el grupo de 71 fallos que omitieron una justificación expresa del monto de la indemnización, se presentan 32 casos de muerte, 22 de lesiones graves y 8 de lesiones graves gravísimas, menos graves y leves.

En relación con el total de casos de cada tipo de daño, se obtiene que de los 21 casos de lesiones leves, en 8 de ellos no se utilizaron criterios, equivalente a un 38.1%. El porcentaje de fallos en que el silencio primó a la hora de la determinación del monto fue de 31.4% en los casos de muerte, 24.2% en los de lesiones graves gravísimas, 16.2% en las lesiones graves y de 22.2% en los casos de lesiones menos graves.

7.1.2 Importancia relativa de la ausencia de criterios por Tribunal Superior



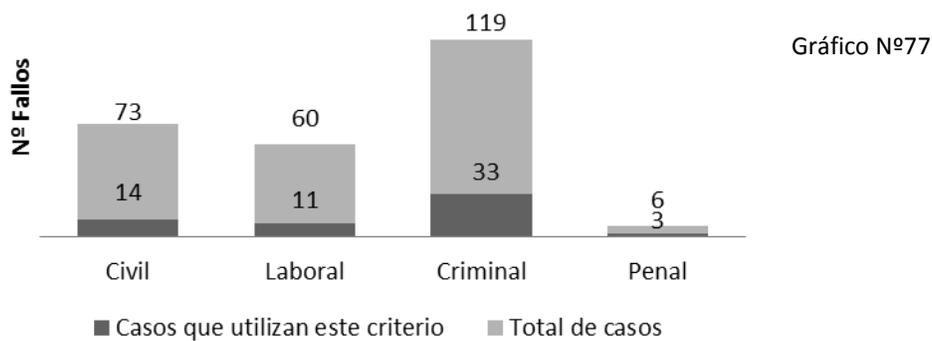
Desde la perspectiva del grupo de 71 fallos aquí analizado, se observa que 43 de ellos fueron dictados por la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 por la de Antofagasta, 10 por la Corte Suprema y 8 por la Corte de Apelaciones de Concepción.

Vista esta información desde el total de fallos dictados por cada tribunal, fue la Corte de Apelaciones de Antofagasta la que, en 10 de los 27 fallos dictados por ella, equivalente a un 37%, no mencionó variables a la hora de determinar la cuantía de la indemnización. Le sigue la Corte de Apelaciones de Santiago con un porcentaje de omisión de criterios de 29.7%, la Corte

¹⁶¹La suma de todos los casos de muerte y distintas lesiones supera el número de fallos que utilizan este criterio, ya que en un caso pueden presentarse más de una víctima con distintas lesiones.

Suprema con un 19.2% y finalmente, con el menor porcentaje, la Corte de Apelaciones de Concepción con un 9.2%.

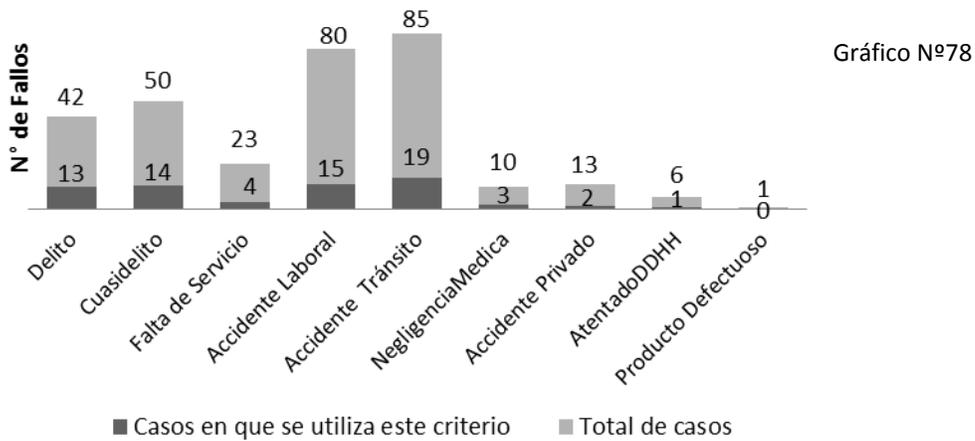
7.1.3 Importancia relativa de la ausencia de criterios por Materia en fallos dictados por Cortes de Apelaciones



Los fallos dictados por Cortes de Apelaciones que no mencionaron criterios se distribuyen por materia en 33 causas criminales, 14 causas civiles, 11 laborales y 3 penales.

Desde la perspectiva del total de fallos por materia, obtenemos que en la mitad de los casos penales no se expresaron criterios, constituyendo éste el mayor porcentaje de la muestra. Le siguen las causas criminales, con un porcentaje de omisión de 27.7%, las civiles con un 19.2% y las laborales con un 18.3%.

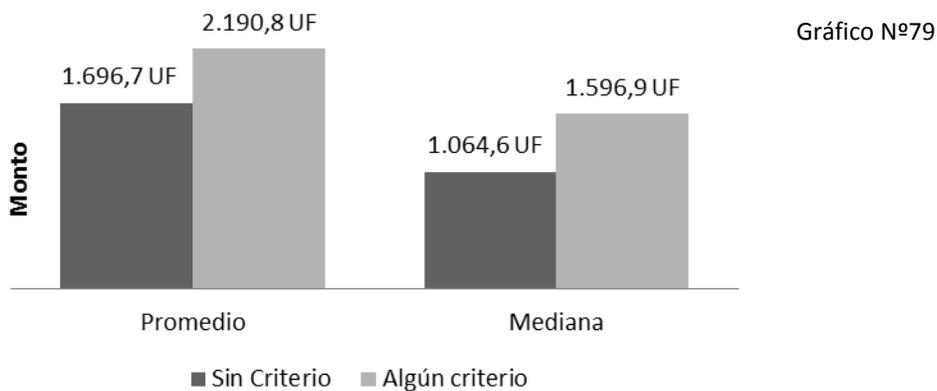
7.1.4 Importancia de la ausencia de criterios en relación con la conducta desplegada



Este gráfico indica que 19 de los 71 fallos aquí analizados corresponden a casos de accidentes de tránsito, 15 a accidentes laborales, 14 a cuasidelitos, 13 a delitos, 4 a faltas de servicio, 3 a negligencias médicas, 2 a accidentes privados y 1 a atentados a Derechos Humanos.

Mirada esta información desde la perspectiva del total de casos de cada conducta presentes en la muestra, tenemos que del total de 42 fallos donde la conducta constituyó un delito, en 13 de ellos, equivalente a un 30.9%, se omitieron criterios de determinación. En los casos de negligencia médica el porcentaje es de 30%, cuasidelitos de 28%, accidente laboral de 18.7%, falta de servicio de 17.4%, accidente de tránsito de 22.3%, accidente privado de 15.3% y atentado a derechos humanos de 16.6%.

7.1.5 Importancia de la ausencia de criterios en el monto otorgado



De la información entregada por el gráfico N° 79 se obtiene que tanto el promedio como la mediana de los montos indemnizatorios otorgados en los fallos que omitieron un análisis expreso al respecto es comparativamente menor al monto de los fallos en que sí se mencionó algún criterio.

7.2 Síntesis

Del total de la muestra, constituida por 310 fallos, en 71 de ellos los jueces omitieron expresar consideraciones para otorgar una determinada cantidad de dinero por daño moral.

Dentro de este grupo de 71 fallos, es la muerte el daño más frecuente; la Corte de Apelaciones de Santiago el tribunal que más contribuyó con sentencias a este grupo; las causas criminales fueron las que sobresalieron en número, y; los accidentes de tránsito constituyeron la conducta más abundante.

Desde la perspectiva del resto de las variables relevantes, fueron los casos de lesiones leves los que más presentan ausencia de criterios. Respecto a los fallos dictados por Cortes de Apelaciones, la omisión de argumentos expresos tuvo mayor importancia en materia penal, primando en la mitad de estos fallos, y la conducta en que más se repitió fue en los delitos, presentándose este criterio en la mitad de estos fallos.

Respecto a los tribunales, fue la Corte de Apelaciones de Antofagasta la que más incurrió en omisiones argumentativas en la fijación del monto, y la de Concepción la que menos lo hizo, con sólo 8 fallos del total de 87 dictados por ella.

En cuanto al monto de la indemnización, éste es claramente menor en los 71 fallos que omitieron un ejercicio argumentativo expreso en la determinación del quantum indemnizatorio, dando el mismo resultando tanto en el promedio como en la mediana de los montos.

C. Síntesis general

En las secciones anteriores se describió el grupo de 310 fallos que compone la muestra de estudio, atendiendo principalmente a los argumentos esgrimidos por nuestros tribunales de justicia a la hora de determinar el monto de la indemnización por daño moral derivado de un daño corporal.

En primer lugar, se realizó la prevención metodológica de que todo análisis de los montos indemnizatorios se realizaría con un grupo limitado de fallos, constituidos por aquellos en que el resultado dañoso fuese la muerte de sólo una persona, para evitar distorsiones en la variable. De este modo, cuando se expuso el promedio, la mediana y la moda de las indemnizaciones se hizo a partir de este grupo de 83 sentencias; como cuando se analizó el quantum dependiendo de la presencia o ausencia de cada uno de los 7 (más bien 6 y un grupo residual) criterios.

También establecimos que la presencia del artículo 2330 del Código Civil es relativamente menor, tanto en el total de la muestra (310 fallos) como en el grupo de estudio de montos indemnizatorio referido en el párrafo anterior. En atención a esta baja influencia se entiende que los valores de la indemnización en estos 83 casos no se ven distorsionados por la exposición imprudente al riesgo de la víctima.

Siguiendo con la descripción de valores indemnizatorios (siempre a partir del grupo de 83 fallos con resultado de muerte de una persona), en cuanto al monto otorgado a las víctimas por rebote, obtuvimos que son los hijos quienes más dinero reciben, cuando concurren como categoría individual, lo cual se vuelve más patente al fijar la atención en el aumento de la indemnización de otras categorías de víctimas por rebote (padres, cónyuge o conviviente, otros) cuando van acompañadas de los hijos de la víctima directa. Lo anterior indica cierta consideración al rol de garante de los padres respecto de sus hijos, pues estos últimos, aun cuando no sean necesariamente menores de edad, quedan en una situación de desamparo tanto psicológica como económica que implica, en el caso concreto, una indemnización mayor.

Respecto a la varianza del monto indemnizatorio dependiendo de la conducta empleada, los casos de falta de servicio aparecieron como los de indemnización más elevada, contraponiéndose

los casos de cuasidelitos, en donde los montos fueron los menores. Esta diferencia es del todo relevante, pues otorga fuertes indicios para suponer que en el quantum indemnizatorio entran a jugar consideraciones poco ortodoxas, como la situación económica del demandado o el grado de culpabilidad del actor. Lo anterior teniendo presente que en todos los casos de falta de servicio fue el fisco el sujeto pasivo de la acción, cuya liquidez es el ensueño de todo acreedor; y que lo que constituye a un cuasidelito (en general) es precisamente la ausencia de dolo en la conducta del autor del daño.

Dirigiendo nuestra atención ahora a la variabilidad del monto dependiendo del tribunal que dictó la sentencia, aparece la Corte Suprema como la que otorgó las indemnizaciones más elevadas en casos de muerte de una persona. En el otro extremo, se encuentra la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque le sigue muy de cerca la de Concepción.

Por último, y sólo respecto de los fallos dictados por Cortes de Apelaciones en que el resultado haya sido la muerte de una persona, la materia en dónde el promedio de las indemnizaciones fue mayor fueron los casos civiles; en cambio, en materia penal el promedio del monto fue el menor.

Volviendo a la descripción del total de la muestra, se pudo observar que 239 de estos fallos utilizaron uno, dos o más criterios, mientras que el resto no aplicó (al menos expresamente) ninguno. Del grupo de sentencias que sí usó criterios, resalta que en la mayoría de ellas se empleó la fórmula unitaria, es decir, mencionaron uno o más enunciados al momento de fijar el monto, pero todos referidos a un sólo criterio indemnizatorio. Más interesante resultó el hecho de que al analizar estos 122 fallos en dónde se aplicó sólo un criterio, resultó que fue la “Actividad jurisdiccional” en más utilizado, lo que unido al antecedente de que dentro de este grupo es sin duda el enunciado “prudencia y/o equidad” el más frecuente, obtenemos que fue esta última oración la más explotada para determinar el quantum. Tanto es así que en 84 fallos sólo bastó con mencionar a la “prudencia y/o equidad” para justificar el valor de la indemnización, haciendo de esta expresión una verdadera “cláusula de estilo”.

El principal cometido de este trabajo está plasmado en la descripción individual de cada criterio, los cuales fueron clasificados -como ya se dijo al principio de dicha sección- en atención a coincidencias de contenido jurídico y semántico.

El primero de ellos fue el criterio “Daño”, constituido por todos aquellos enunciados que atribuían a este elemento la justificación del valor de la indemnización. Del total de la muestra, 106 fallos lo utilizaron, equivalente a un 34%. Debe señalarse que este criterio, junto con el de “Particularidades”, fueron los únicos que se subclasificaron atendiendo a su amplitud conceptual y sólo para efectos descriptivos, pues en ambos casos a la hora de estudiarlo con otras variables, se atendió al grupo genérico.

Con respecto a la mediana de los montos otorgados, ésta fue mayor en el grupo de fallos que aplicó el criterio “Daño” que en los casos en que no se mencionó, lo que indica que dicho criterio tuvo una influencia positiva en el quantum indemnizatorio. Sin embargo, y aun cuando la mediana resulte para estos efectos una mejor herramienta, debemos considerar que en el cálculo del promedio de los mismos montos, la información resultante fue inversa.

El segundo criterio “Particularidades” de las partes, fue aplicado en 57 fallos, equivalente a un 18% de total de la muestra. Resulta muy interesante que todas las proposiciones empleadas por los tribunales apuntan a circunstancias de la víctima, salvo la expresión “situación socioeconómica del demandado”. La consecuencia, como ya se apuntó debidamente, es que los jueces pasan a implementar una política social de redistribución de los ingresos, pues independiente del daño generado, una indemnización podría ser menor o mayor dependiendo del patrimonio y nivel socio-cultural del obligado a reparar. Dicha consideración ayuda a homogeneizar la situación entre demandados de mayores y menores recursos, ya que mientras cierta cantidad podría implicar la ruina total de un demandado, para otro sólo sería un desembolso meramente molesto. Desde la perspectiva de la víctima, claramente ella puede verse perjudicada o beneficiada sin mérito alguno, sólo por el azar de ser dañada por una persona de bajos o abultados recursos socioeconómicos.

Con respecto a las demás particularidades mencionadas por los tribunales, es sin duda la “edad de la víctima” la más frecuente de los 57 fallos que utilizaron este criterio. En cuanto al monto de la indemnización en este grupo, considerando la mediana de los valores, la indemnización fue mayor en los casos en que se mencionó este criterio que en los que se omitió. Sin embargo, y tal

como se previno a propósito del criterio “Daño”, el promedio de los mismos montos entregó resultados contradictorios.

El tercer criterio denominado “Propuestas” está constituido por un variado y disímil conglomerado de expresiones relativas a elucubraciones realizadas por los jueces en torno a la problemática de la determinación de la indemnización por daño moral.

Notable resulta que dentro de ese grupo existen soluciones que son de todo contradictorias entre sí, lo que no hace más que confirmar una de las hipótesis de trabajo, la cual propone que no existe en nuestra jurisprudencia acuerdo alguno en torno a los criterios a seguir en estas indemnizaciones, incluso ante casos similares. Sin embargo, la importancia numérica de este grupo es bastante menor, ya que sólo se mencionaron en 11 fallos, equivalente a un 4% de la muestra.

En lo que al quantum indemnizatorio respecta, éste fue más elevado en los casos en que no se usó este criterio que en los que sí se mencionó, llegando al mismo resultado tanto la mediana como el promedio de estos valores. Por lo tanto, se puede concluir que este criterio influyó negativamente en el monto de la indemnización.

El cuarto criterio llamado “Hechos”, está formado por argumentos relacionados con los antecedentes de hecho del caso, pero no con alguno en particular, sino que genéricamente con todos los que constan en el procedimiento. Este criterio lo encontramos presente en el 11% de la muestra, equivalente a 34 fallos, y plasmado en sólo dos enunciados muy similares. Respecto a su influencia en el monto indemnizatorio, considerando la mediana de los valores, la indemnización fue más elevada en los casos en que se utilizó este criterio que en los que no, pudiendo concluir que la influencia de este criterio en el quantum fue positiva.

El criterio “Actividad jurisdiccional” es tratado en el quinto lugar, y es utilizado en 170 fallos, equivalente a un 55% del total de la muestra. Está constituido por heterogéneos enunciados referidos al ejercicio mismo de la intelectualidad y virtud de los jueces como fundamento del quantum indemnizatorio. Con todo, es sin duda la expresión “Prudencia y/o equidad” la más mencionada en estos fallos, muy por encima de las demás.

Dada la importancia de este criterio, y en particular de la “prudencia y/o equidad” como expresión más frecuente, llama la atención que en ningún fallo los jueces se hayan detenido a desarrollar con un mínimo de profundidad qué debe entenderse por prudencia o por equidad, más allá de su sentido natural y obvio. Simplemente se utiliza como una cláusula de estilo, una especie de frase anexa a toda suma de dinero, pero que le sirve más de compañía que de explicación.

Refiriéndonos a la influencia de este criterio en la indemnización, podemos concluir que su mención implica un aumento de su cuantía, ya sea considerando la mediana como el promedio de los montos, los cuales son superiores en los fallos que emplearon el criterio que en los que no lo hicieron.

El último criterio distinguido en este trabajo fue “Conducta” del agente del daño, el cual reúne a todas las expresiones alusivas a un juicio de reproche hacía el demandado y utilizadas como justificación del quantum. La importancia de este criterio en el total de la muestra es más bien menor, pues sólo 11 fallos le mencionan, equivalente sólo a un 4% del total de la muestra.

Todos los enunciados reunidos contienen un juicio de disvalor en torno a la conducta del agente, por lo que tienen una clara connotación de incrementadores del quantum. Sin embargo, en ninguno de estos fallos se indica expresamente que estas consideraciones van dirigidas a aumentar el monto, ni menos en qué medida ni de qué forma lo hacen.

La excepción la encontramos en sólo un fallo con la expresión “disposición del ofensor a reparar el daño”, la que en caso concreto implicó una especial consideración al mérito del demandado, pero en caso alguno se describió cómo esta circunstancia influyó en la determinación del quantum, más allá de la indicación de que debe tenerse presente.

De la comparación de los casos de muerte de una víctima en que se utilizó este criterio y los que no lo hicieron, aparece claramente que en los primeros la indemnización es mayor, ya sea considerando la mediana como el promedio de los valores. Es decir, la “Conducta” como criterio incide positivamente en la determinación del quantum indemnizatorio.

Este último dato es de mucha relevancia para explicar la postura de nuestros tribunales en cuanto al fin que tendría la responsabilidad civil en general y la indemnización de perjuicios por daño moral en particular, pues considerar la conducta del autor del daño como un factor relevante en la fijación del quantum implica necesariamente acercarse a una perspectiva de pena privada, y en estos 11 casos la indemnización por muerte de una víctima fue mayor que en los casos en que no se consideró el criterio.

Empero, el porcentaje total de estos fallos es bastante menor y no puede asegurar una incidencia necesaria entre la utilización de este criterio y una indemnización mayor a la que se obtendría de no considerarlo, pero claramente muestra una correlación entre el empleo de la conducta del actor como variable relevante y una indemnización más elevada.

Por último, residualmente podemos distinguir un conjunto de 71 fallos en los que se omitió entregar alguna justificación o explicación expresa a la hora de fijar la cantidad de dinero de la indemnización. Este grupo representa el 23% del total de la muestra, porcentaje bastante alto comparado con el de otros criterios.

En estos fallos no necesariamente se encuentra ausente la discusión en torno a la procedencia de la obligación de indemnizar, sino que lo que realmente falta es una justificación del monto otorgado en caso de acogerse la demanda. Es por esta razón que resulta especialmente grave que este conjunto de fallos tenga tal importancia en la muestra de investigación, ya que en estos casos más que criticar un criterio considerado jurídicamente erróneo, lo único que puede hacerse es intentar adivinar lo que pasó en el intelecto o sensibilidad de los jueces.

- Ranking de criterios

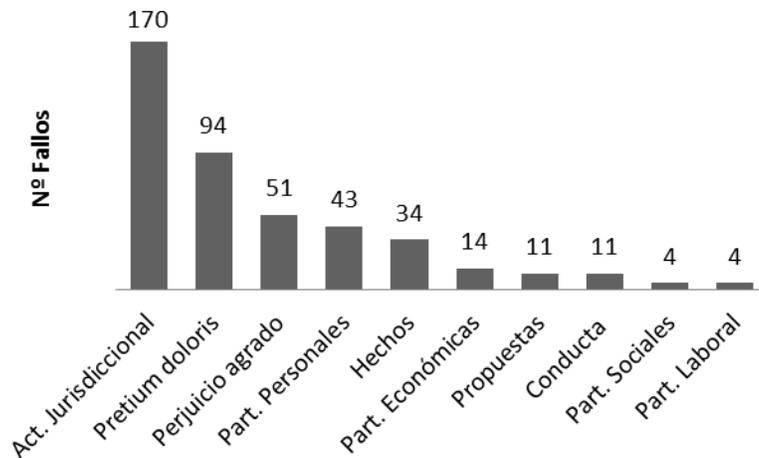


Gráfico N°80

En primer lugar, se previene, tal como ya se ha hecho a lo largo de este trabajo, que una sentencia puede utilizar más de un criterio para determinar el quantum indemnizatorio, y es por esto que la suma de todos los fallos en que aparece cierto criterio es mayor al total de fallos de la muestra.

Podemos apreciar en el gráfico N° 80 que es el criterio “Actividad jurisdiccional” el más utilizado, mencionado en 170 fallos. Le siguen los subcriterios de “*pretium doloris*” y “perjuicio de agrado”, aplicados en 94 y 51 fallos respectivamente, ambos parte del criterio “Daño”, por lo que puede establecerse que este último el segundo en importancia. Luego se encuentran los criterios “Propuestas” y “Conducta”, ambos utilizados en 11 fallos.

En tercer lugar encontramos al criterio “Particularidades”, específicamente aquellas que revisten un carácter personal, las cuales estaban compuestas mayoritariamente por la expresión “edad de la víctima”. Luego se observa el criterio “Hechos” mencionado en 34 fallos, con el cuarto lugar en importancia. Posteriormente encontramos nuevamente al criterio “Particularidades”, pero referente a aquellas económicas. Por último tenemos al criterio “Particularidades”, específicamente a las sociales y las laborales, usadas en 4 fallos cada uno.

Recapitulando esta información, obtenemos que sin duda la “Actividad jurisdiccional” es el lineamiento más seguido por nuestra jurisprudencia, especialmente el enunciado “Prudencia y/o equidad”, constituyéndose este último en el más usado en el total de la muestra. Si agregamos el hecho de que es éste el criterio que más se utiliza de forma solitaria, obtenemos que su

importancia es mayúscula, ya que en varias ocasiones (84 casos exactamente) los jueces estimaron que con sólo recurrir a esta frase cuasi-sacramental se daba satisfacción a la necesidad de justificar sus razonamientos. Aun así, en ningún caso los jueces explicaron qué significa esto de la determinación en prudencia o equidad, pero de lectura de los fallos aparece claramente que no es más que un ejercicio del todo arbitrario y antojadizo, carente de toda estrictez lógica expresa, que es la única que cuenta para efectos de la labor jurisdiccional.

Mucho más alentador es la frecuencia de utilización del criterio “Daño”, aludido en 106 fallos, ya sea a través del “*pretium doloris*”, el “perjuicio de agrado” o ambos conjuntamente. Sin embargo, no se realiza en la jurisprudencia analizada un análisis detallado en cuanto a la importancia relativa de los aspectos particulares del daño, sino que se alude de forma más bien genérica al daño (físico o psicológico) generado en el caso concreto.

En cuanto al criterio “Particularidades personales”, está constituido principalmente por la atención a la edad de la víctima, lo que refleja que para la jurisprudencia el daño va ser distinto dependiendo del rango etario de quien lo sufra. En los casos de muerte de una persona, como ya se mencionó, también se refleja esto, pues los montos indemnizatorios en casos de muerte de una persona son mayores cuando las víctimas por rebote son los hijos de la víctima.

El criterio “Hechos”, mencionado en 34 fallos, es uno de los menos elaborados, ya que se limita a hacer una referencia extremadamente general a los hechos de la causa, sin determinar a cuál o cuáles se refiere.

Las “Particularidades económicas” se encontraron en 14 fallos, y se refirieron mayormente a la situación socioeconómica de la víctima y del autor. Aun cuando la frecuencia no es tan relevante, sí lo es el hecho de que los jueces estimen relevante a la hora de determinar el monto de la indemnización por daño moral las circunstancias socioeconómicas de las partes; de la víctima, porque se está asumiendo implícitamente que los riesgos de sus particularidades son de cargo del agente del daño (a través de un ejercicio de imputación objetiva de consecuencias); del demandado, porque el juez asume un rol político-económico de corte asistencialista, al realizar oblicuamente una redistribución de ingresos.

El criterio “Propuestas” cuenta con 11 fallos que lo mencionan, y su importancia radica en que todos estos enunciados aluden a posibles soluciones o consideraciones a tener en cuenta en la labor de determinar un monto de dinero como indemnización por daño moral. Dentro de este grupo las distintas fórmulas son bastante disímiles, e incluso hay muchas que se contraponen entre sí, lo que no hace más que ilustrar que no existen lineamientos claros en torno a la problemática de la fijación del quantum.

También en sólo 11 fallos se aplica el criterio “Conducta”, frecuencia que a la luz de los demás no es muy significativa. Sin embargo, las implicancias de la utilización de este argumento son muy relevantes, ya que acerca el juicio de estos jueces al de una pena privada. En todos estos casos, la consideración a la conducta del autor del daño estuvo acompañada por otro criterio de distinta naturaleza, no encontrándose fallo alguno en donde se atribuyera a la conducta del demandado la justificación del quantum indemnizatorio. Ambos antecedentes hacen concluir que nuestros tribunales no consideran a esta clase de argumentos como fundamentales a la hora de otorgar el monto indemnizatorio.

Por último, las particularidades sociales y laborales fueron las menos utilizadas, pues sólo aparecieron en 4 fallos cada una. Resulta muy importante destacar que todas las particularidades utilizadas como criterios para la indemnización por daño moral se refieren a la víctima, a sus especiales circunstancias, y sólo en el caso de las particularidades económicas encontramos un enunciado referido al demandado, específicamente a su situación socioeconómica.

- Tabla de utilización de criterios por tipo de conducta.

Tabla N°2

Criterios

	Daño	Conducta	Particularidad	Propuestas	Hechos	Act. Jurisdic	Sin criterio	Total
C	Delito	13	3	7	0	5	17	42
o	Cuasidelito	12	0	7	1	5	24	50
n	Falta de Servicio	8	1	5	1	3	15	23
d	Acc. Laboral	36	4	13	5	7	52	80
u	Acc.Tránsito	28	2	18	4	10	43	85
c	Negligencia Médica	4	0	2	0	1	5	10
t	Acc. Privados	4	0	5	0	2	9	13
a	Atentado a DDHH	1	1	0	0	1	4	6
s	Prod. Defectuoso	0	0	0	0	0	1	1
	Total	106	11	57	11	34	71	310 Fallos

Siguiendo cada fila de la Tabla N° 2, se observa qué criterios fueron los más utilizados en las distintas conductas. Así, en los casos de delitos, el criterio más frecuente fue la “Actividad jurisdiccional” y lo mismo ocurre en todas las demás conductas. El segundo criterio más aplicado fue el “Daño”, salvo en el caso de accidentes privados, donde las “Particularidades” tienen mayor importancia.

Debe tenerse en cuenta que la suma de todos los fallos en que se menciona cada criterio, expresados en la fila del “Total” de esta tabla, sobrepasan los 310 fallos que constituyen la muestra de investigación, lo cual se debe a que una misma sentencia puede utilizar más de un criterio. Con la columna total la situación es distinta, pues la conducta del agente sólo cabe en una clasificación.

Atendiendo a las columnas de la misma tabla, se aprecia que tratándose del criterio “Conducta”, fue omitido en todos los casos de cuasidelitos, negligencias médicas, accidentes privados y productos defectuosos. Las “Propuestas”, a su vez, sólo se mencionaron en casos de cuasidelitos, falta de servicio, accidentes laborales y accidentes del trabajo.

Respecto a la omisión de criterios, resulta que la conducta que tiene la mayor presencia de estos fallos son los delitos, pues en un 31% del total de estos casos (13 de un total de 42), los jueces no mencionaron expresamente algún lineamiento de determinación del quantum indemnizatorio. Fueron los delitos también en dónde se utilizó mayormente el criterio “Conducta”, mencionándose en 3 fallos del total de 42.

Tabla N°3

- Tabla de utilización de criterios por tribunal.

	Criterios							
	Daño	Conducta	Particularidades	Propuestas	Hechos	Act. Jurisdiccional	Sin criterio	Total
C. de A. Antofagasta	5	3	4	0	5	11	10	27
C. de A. Concepción	41	1	19	5	9	55	8	87
C. de A. Santiago	51	6	23	3	8	64	43	144
Corte Suprema	9	1	11	3	12	49	10	52
Total	106	11	57	11	34	170	71	310 Fallos

Al igual que en la tabla anterior, en ésta los fallos indicados en la fila del “Total” suman más que 310, lo que se debe a que una sentencia puede mencionar 2 o más criterios. No pasa lo mismo con la columna total, ya que un mismo fallo no puede ser dictado por más de un tribunal.

Se aprecia que es también el criterio “Actividad jurisdiccional” el más usado por los distintos tribunales analizados. Sin embargo, es sin duda la Corte Suprema la que más lo empleó, apareciendo en 49 fallos de un total de 52, equivalente a un 94%. En cambio, la Corte de Apelaciones de Antofagasta sólo aplicó este criterio en 11 ocasiones, equivalente a un 40.7% del total de fallos dictados por esta Corte.

El segundo criterio en importancia no es el mismo en todos los tribunales, pues mientras en las Cortes de Apelaciones de Concepción y de Santiago lo es el “Daño”, en la de Antofagasta lo es la ausencia de criterio, y en la Corte Suprema los “Hechos”.

Respecto a la Corte de Apelaciones de Antofagasta, se observa que es el único tribunal que no sugirió “Propuestas” en sus sentencias, mientras que la de Concepción lo hizo con la mayor frecuencia. Respecto al criterio “Conductas” se da la situación inversa, pues mientras la Corte de Apelaciones de Antofagasta lo utilizó en 3 de los 27 fallos dictados por ella, la de Concepción sólo lo hizo en una ocasión, equivalente a un 1.1% del total de fallos dictados por ella.

- Tabla de utilización de criterios por Materia en fallos dictados por Cortes de Apelaciones.

Tabla N°4

		Criterios							
		Daño	Conducta	Particularidad	Propuestas	Hechos	Act. Jurisdiccional	Sin criterio	Total
Materia	Civil	23	2	17	2	11	41	14	73
	Laboral	32	4	9	4	4	39	11	60
	Criminal	40	4	20	2	7	49	33	119
	Penal	2	0	0	0	0	1	3	6
	Total	106	11	57	11	34	170	71	258 Fallos

La Tabla N° 4 muestra los criterios utilizados por los jueces según la materia de cada caso, pero sólo en las causas dictadas por Cortes de Apelaciones, razón por la cual el total de fallos es 258 y no 310, ya que se le restaron las 52 sentencias dictadas por la Corte Suprema.

Debe apuntarse la misma prevención que en las tablas N° 2 y N° 3 a propósito de la fila del “Total”, ya que la suma de todos los fallos en donde se menciona cada uno de los criterios supera ampliamente el total de 258 fallos, debido a cada uno puede contener 2 o más criterios conjuntamente. No ocurre así en la columna del “Total”, pues un fallo sólo puede clasificarse en una materia.

Coherente con las dos tablas anteriores, se observa que en todas las materias el criterio más aplicado en la “Actividad jurisdiccional”, salvo en las causas penales, dónde es precisamente la ausencia de criterios la directriz más frecuente. En cambio, el “Daño” es el segundo criterio en importancia en todas las materias de fallos dictados por Cortes de Apelaciones.

Si se atiende a la fila de la materia laboral, se advierte que es ella en donde los criterios “Propuestas” y “Conducta” son más frecuentes, pues aparecen en 4 fallos cada uno, equivalente ambos a 6.7% del total de 60 fallos laborales. En cambio, en materia penal ninguno de estos criterios se mencionó, es más, del total de 6 fallos, en la mitad se omitieron criterios, un 2 se utilizó al “Daño” y en sólo uno a la “Actividad jurisdiccional”.

Respecto a la importancia de los fallos carentes de criterios, tal como ya se mencionó, en la mitad de las causas penales se omitió argumentar en torno a la determinación del quantum indemnizatorio, y en el 27.7% de las causas criminales también encontramos ausencia de lineamientos expesos. En materia laboral estos fallos representan el 18.3% y en materia civil el 19%.

- Tabla de utilización de criterios por tipo de daño

Tabla N°5

		Criterios							
		Daño	Conducta	Particularidad	Propuestas	Hechos	Act. Jurisdic	Sin criterio	Total
	Muerte	15	5	26	4	10	52	32	102
D	Lesiones graves grav.	16	3	7	1	4	19	8	33
a	Lesiones graves	58	3	21	6	17	78	22	136
ñ	Lesiones menos graves	15	0	2	1	0	20	8	36
o	Lesiones leves	6	0	4	0	6	11	8	21
	Total	106	11	57	11	34	170	71	310 Fallos

Muestra esta Tabla la aplicación de todos los criterios de acuerdo con el tipo de daño, y debe destacarse que en este caso tanto la fila como la columna del “Total” suman más de 310 fallos,

ya que como una sentencia puede utilizar más de un criterio, puede contener también un resultado dañoso múltiple, en donde, por ejemplo, resulta una muerte y varias lesiones de distinta gravedad.

Nuevamente es el criterio “Actividad jurisdiccional” el más usado, ya sea tratándose de casos de muerte o de distintas lesiones. El segundo criterio en importancia no es el mismo en todos los tipos de daño, pues mientras en los casos de muerte lo son las “Particularidades”, en todo el resto de las lesiones lo es el “Daño”, con la salvedad que en los casos de lesiones leves comparte el este segundo lugar con el criterio “Hechos”.

Atendiendo a la fila de lesiones menos graves, aparece que el porcentaje de fallos que omitieron argumentar expresamente en torno al quantum indemnizatorio es el más importante, ascendiendo a un 38% del total de 21 fallos con este resultado. Le siguen los casos con resultado de muerte, con un 31% del total de 102 fallos con este daño.

Resulta interesante que el criterio “Conducta” sólo se utilice en los tres resultados más graves, mientras que la omisión de criterios sea más frecuente en el daño menos importante de todos. Al parecer, los jueces serían menos acuciosos en los casos en que las lesiones son más bien menores, y a su vez se acercarían más a la postura de la indemnización como pena privada en los casos en que las lesiones son más importantes.

Capítulo IV

DESCRIPCIÓN GENERAL DEL ESCENARIO

Y

CONCLUSIONES

De la lectura de este trabajo, especialmente del capítulo III, la primera conclusión que podemos establecer es que nuestros tribunales de justicia utilizan una amplia gama de explicaciones a la hora de determinar el quantum indemnizatorio por el daño moral derivado de daños corporales. Argumentos tan variados, los cuales pueden ir desde el dolor que habría sufrido la víctima hasta el carácter de público o privado del lugar en que acaeció el accidente, dan muestras de que no puede darse por sentado que la jurisprudencia utilice sólo un criterio a la hora de fijar el monto de la indemnización.

Sin perjuicio de dicha variedad, a partir de todos los fallos analizados se pudo establecer ciertos lineamientos y correlaciones relevantes que permiten hacer una descripción del estado actual de la jurisprudencia en torno a la materia de estudio.

El primer lugar, puede indicarse que fueron los hijos de las víctimas directas los que recibieron indemnizaciones por daño moral más altas, y los casos de falta de servicio en los dicho monto fue también mayor que en resto de las conductas. La primera conclusión puede atribuirse más bien a una consideración de sentido común, mientras que la segunda responde más bien a una estimación del patrimonio del demandado.

En cuanto a la clasificación de los argumentos dados a la hora de fijar el quantum indemnizatorio, resulta indiscutido que el criterio del que más se valieron los jueces fue la “Actividad jurisdiccional”, y especialmente del enunciado “prudencia y/o equidad”, volviéndose ésta una frase típica, bastándose a sí misma en un importante número de fallos. Tanta es su importancia que la Corte Suprema fue el tribunal que más utilizó esta fórmula.

El “Daño” como criterio indemnizatorio, y en contra de lo que podría esperarse considerando su importancia como elemento de la responsabilidad civil, no fue el más usado por nuestros

tribunales, de hecho, precisamente el máximo tribunal de la República fue el que menos mencionó esta variable en el juicio indemnizatorio. En cambio, fueron las sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción en las que más apareció este criterio, llegando a casi el 50%.

Volviendo con la Corte de Apelaciones de Concepción, fue también este tribunal el que más “Propuestas” dio al momento de fijar el monto de la indemnización, aun cuando no desarrolló ninguna de ellas. Además, este mismo tribunal fue el que menos se valió de la “Conducta” del agente del daño como criterio, lo que la aleja de la concepción de pena privada como función de la indemnización de perjuicios por daño moral. En cambio, es la Corte de Apelaciones de Antofagasta la que tomó la delantera en este sentido, utilizándola en un porcentaje importante de sus fallos.

Si nos detenemos en el criterio “Conducta” tenemos que los fallos que lo utilizaron fueron muy pocos, de hecho, sólo 11 lo hicieron, dato que nos lleva a concluir dos cosas. La primera, es que nuestros tribunales, en general, no asumen a la indemnización de perjuicios como una pena privada; la segunda, es que cuando consideraron la conducta del autor como una variable relevante, siempre lo hacen en compañía de otros criterios. En este sentido puede hacerse un paralelo con el criterio “Actividad jurisdiccional”, ya que mientras éste fue el más aplicado como fórmula unitaria, la “Conducta” nunca sirvió por sí sola como argumento para la determinación del quantum.

Con todo, dentro de este pequeño porcentaje de la muestra fue posible establecer ciertos senderos jurisprudenciales. Uno de ellos lo encontramos atendiendo a la conducta del agente, donde sobresalen los casos de delitos como aquellos en que más se aplicó el criterio “Conducta”. Lo anterior indica que, coincidentemente, en los casos en que el actuar del autor del daño es considerado como disvalor (y por ello se encuentra tipificado en la ley), dicho disvalor se manifiesta también en la parte civil de la sentencia, específicamente en la determinación del monto a otorgar como indemnización.

Siguiendo con el criterio “Conducta”, observando los montos indemnizatorios en los casos de muerte de sólo una víctima, nos encontramos con otra coincidencia jurisprudencial, pues aparece claramente que tanto el promedio como la mediana (sobre todo atendiendo a esta última) son

superiores en los fallos que consideraron la conducta del agente en la sentencia y menores en los que no lo hicieron, lo que nos lleva a afirmar que existe una clara correlación entre la mención de este criterio y un aumento del quantum. Pero incluso teniendo en cuenta este dato, la información resultaría mucho más certera si los jueces en sus sentencias se detuvieran a indicar, al menos someramente, la influencia de cada criterio en el monto final, ya que en el escenario actual sólo podemos establecer ciertas correlaciones entre la expresión o ausencia de un criterio y el aumento o disminución de la indemnización, pero no una incidencia o influencia clara de la variable “criterio” en la variable “monto”.

El análisis a propósito del criterio “Conducta”, nos permite concluir que en los casos en que la conducta del agente es más grave, como lo es cuando la conducta constituye un delito, y dicha gravedad es utilizada por los tribunales como una variable para determinar el quantum, la indemnización del daño moral es mayor. La aseveración anterior tiene gran importancia, no precisamente por su influencia en el total de la muestra (que es una de las menores), sino que por su consecuencia, que es nada menos que la transgresión del principio *non bis in ídem*, ya que se está reprochando doblemente la conducta, la primera debidamente en sede penal, y la segunda ilegítimamente es sede civil.

Yendo ahora a la clasificación según materia en los fallos dictados por Cortes de Apelaciones, tenemos que son las causas laborales las más prolíficas en cuanto a la utilización de los criterios “Daño”, “Conducta”, “Propuestas” y “Actividad jurisdiccional”, mientras que las causas civiles lo son respecto del criterio “Particularidades”. En cambio, las causas criminales y penales se caracterizan por ser las que más carecen de criterios manifiestos al momento de fijar el monto de la indemnización.

Como conclusión, podemos aseverar que no hay uniformidad de criterios en nuestra jurisprudencia a la hora de determinar el monto de la indemnización por daño moral, pero sin duda existen ciertos caminos más andados que otros, coincidencias y correlaciones entre algunas variables relevantes y datos significativos que permiten realizar con cierta propiedad conjeturas en cuanto a la tarea de los jueces en la materia que nos convoca.

Con todo, detrás de todos los fallos analizados y a pesar de los distintos criterios que se puedan destinar a la justificación de la indemnización, en la mayoría de ellos se trasluce una consigna central y fundante, que es la que paradójicamente permite esta variedad. Esta idea consiste en que la determinación del quantum de la indemnización referido al daño moral es un asunto imposible de reducir a cálculos matemáticos o fórmulas generales.

Este principio implícito en todos los fallos es del todo correcto. Ya en el marco teórico de este trabajo se expresó el carácter inconmensurable de este particular daño, de lo cual no se sigue (y en esto el consenso es general) la imposibilidad de indemnizarlo. Sin embargo, no todas las consecuencias derivadas de una constatación correcta lo son por añadidura y, justamente, la conclusión a la que llega nuestra jurisprudencia es una falacia.

Dicha falacia consiste en asumir que de la imposibilidad de estimar *a priori* o mediante una fórmula general el monto a indemnizar por un daño moral, se siguen dos consecuencias necesarias; la primera es que la determinación del quantum es una cuestión de hecho, aun cuando su existencia no requiera prueba; la segunda es que esta determinación queda enteramente entregada al parecer de los jueces de fondo¹⁶².

Tenemos entonces que el camino seguido por la jurisprudencia es precisamente la ausencia de un camino claro; de la falta de normas jurídicas expresas que den luces sobre los montos a otorgar, se asume que el asunto queda entregado a la sensibilidad de los jueces, a su juicio interno, el cual -y esto es lo más reprochable- no queda plasmado en la sentencia. Que dicho ejercicio intelectual no sea exteriorizado en el fallo no es sólo un requerimiento de deferencia, sino que es del todo necesario para la interpretación del monto asignado, y por sobre todo para poder reclamar de él.

Esta deficiencia queda reflejada ejemplarmente en los 71 fallos que pasaron por alto expresar criterios a la hora de fijar el quantum, pero también se aprecia en la totalidad de la muestra, pues aun en los casos en que se utilizaron criterios, éstos tan sólo fueron enunciados, sin entrar a analizarlos o describirlos.

¹⁶² Esta es una de las razones que da Tapia para explicar la falta de argumentación jurídica en las sentencias. En: Tapia, *Op. Cit.*, 2010, p. 4.

Pero aun cuando los tribunales tuvieran la gentileza de plasmar debidamente en palabras sus argumentos, éstos se vuelven inútiles si se sigue estimando que la fijación del monto de la indemnización es una cuestión de hecho, pues la gran consecuencia de lo anterior es que dicha materia se vuelve irrevisable vía casación en el fondo, y las posibilidades de unificar la jurisprudencia en torno a dicha problemática se diluyen.

Otro aspecto relevante que se observó en el transcurso de esta investigación fue que en los casos en que se mencionó algún criterio a la hora de fijar el monto indemnizatorio, dicha mención se extinguió allí mismo, sin desarrollarlo o analizarlo en el caso concreto, menos de forma general.

De los fallos que mencionaron la necesidad de, por ejemplo, evitar el enriquecimiento sin causa, ninguno se refirió a lo que debía entenderse por ello; en otros casos se refirieron a la edad de la víctima, pero ninguno estableció algún lineamiento sobre la relación entre el rango etario y el monto de la indemnización.

Lo que podemos concluir es que en el mejor de los casos, esto es, cuando el tribunal utiliza en su juicio una variedad de factores (lo que le da una mejor perspectiva de la situación concreta), esta utilización consiste meramente en la alusión de criterios, no en su aplicación, o al menos dicha aplicación no consta en la sentencia, lo que a los ojos del derecho equivale a la inexistencia.

Entonces, tenemos que el proceso intelectual por el cual el juez estima otorgar en un caso concreto cierto monto es del todo críptico, nebuloso, un tanto visceral e inaprensible. Ante esta situación, vuelve a salir al paso la clasificación de la determinación del quantum en una cuestión de hecho, pues la Corte Suprema al estimar inadmisibles la revisión del asunto vía casación en el fondo, deja sentado que es el juez de la instancia el soberano en la materia. No se está diciendo aquí que estas sentencias no cuenten con un debido establecimiento de los hechos de la causa, sino que el paso desde estos antecedentes del caso a una determinada suma de dinero es un total misterio.

De lo anterior se sigue otra conclusión importante, que consiste en que los criterios utilizados (mencionados) por los tribunales en la tarea que nos convoca tienen una función más bien *ex post*. Es decir, pareciera ser que los jueces no siguen el camino lógico de considerar los hechos,

aplicar los criterios que estimen y, posteriormente, fijar una suma determinada, sino que utilizan dichos criterios para justificar una suma ya decidida. Del desconocido camino entre los antecedentes de hecho y la indemnización, la enumeración sucinta de argumentos viene a ser un elemento decorativo que acompaña al monto, más que un elemento que lo determina.

En definitiva, es la falta de una justificación expresa y de calidad la constatación más inequívoca a la que pudimos llegar en el transcurso de esta investigación. De todos los fallos analizados, en casi un 23% los jueces no se detuvieron siquiera a transcribir la frase “prudencia y/o equidad”, mientras que en el resto de las sentencias se entendió por argumentación y justificación de una decisión a la mera mención de ciertas oraciones tipo.

En atención a la información obtenida, no podemos determinar con claridad el camino que sigue la jurisprudencia nacional a la hora de decidir sobre el fin de la indemnización como daño moral, y aun cuando se encontraron varias coincidencias y correlaciones, la única conclusión a la que podemos arribar con seguridad es que no hay un consenso claro, peor aún, ante la etiqueta de asunto de hecho puesta sobre la determinación del quantum indemnizatorio por daño moral, no se ven posibilidades de mejorar la situación.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago, Ediar Editores. 1983

Ashton, T.S., *El curso de la Revolución Económica en La Revolución Industrial*, Santiago, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1990.

Barros Bourie, Enrique, *Curso de Responsabilidad Extracontractual*, Universidad de Chile, Santiago, 2001.

Barros Bourie, Enrique, *Justicia y Eficiencia como fines del derecho privado patrimonial*, Presentación Universidad Austral, Apuntes de clases del curso de responsabilidad civil Extracontractual, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Primer semestre 2006

Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Civitas. 1993

Domínguez Hidalgo, Carmen, *El Daño Moral*, Tomo I Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Fuller, Lon, *The morality of law*, New Haven, London, Yale University Press, 1969.

Hernández Sampieri, Roberto, *Metodología de la investigación*, México, Editorial MacGraw-Hill, 2010

Hobsbawm, Eric, *La Era de la Revolución 1789-1848*, Buenos Aires, Editorial Crítica, 1997.

Letelier B, Max, *El daño moral derivado de atentados a la integridad física de la persona: titularidad de la acción y valoración del perjuicio en la jurisprudencia*, Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago

- Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, A.C. México, Universidad Iberoamericana, 2002
- Markesinis, B.S., *German Law of Obligations*, Vol. II, London, Oxford University Press, 1997.
- Maturana Miquel, Cristian, *Aspectos generales de la prueba*, Materiales de curso, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Septiembre 2006
- Menares, Nathaly, *Algunas notas sobre la valoración de los daños corporales en el derecho chileno y comparado*, Tesis, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007
- Mendonca, Daniel, *Las Claves del Derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa. 2000,
- Pantaleón, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También las administraciones públicas), En: La responsabilidad en el derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 4.
- Paulus, Nelson, “Observando riesgos, Una propuesta desde la teoría de los sistemas sociales”, En: *Observando Sistemas, Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann*, Santiago, Ril Editores, 2006.
- Posner, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1998
- Racimo, Fernando, “En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6 N°1, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Radin, Margaret Jane, *Contested Commodities*, Cambridge, Massachusetts, United States, Harvard University Press, 1996.

Rubio Sanhueza, Pamela, *Valoración judicial del daño moral en casos de muerte*, Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007.

Salvador, Pablo y Castiñeira, María Teresa, *Prevenir y Castigar*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997

Sustein Cass; Reid, Hastie; Payne, Jhon; Schkade, Davis; Viscusi, W. Kip. *Punitive Damages: How juries decide*, United States, University of Chicago Press, 2003

Tapia R. Mauricio, *Fragmentación Moderna del Daño Moral*, Borrador Inédito para el curso de responsabilidad civil del Magister en Derecho de la Universidad de Chile, Segundo semestre 2010

Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Cambridge, Massachussets, London, England, Harvard University Press. 1995

Sitios electrónicos:

Aciarri, Alejandro y Testa, Matías, Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes, [En línea], SelectedWork of Hugo Alejandro Aciarri, Enero 2009, http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/36, [Consulta 4 Julio 2011]

Alvarez, Agustín, “El daño moral colectivo”, Comentario al Fallo Casa Millan, [en línea], Iurisletter N° 160, Poder judicial de Chubut, Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba, Abril 2010, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-dano-moral-colectivo/?searchterm=el%20da%C3%B1o%20moral%20colectivo>, [Consulta: 01 de Agosto 2011]

Barrientos Z., Marcelo, *El Resarcimiento por Daño moral en España y Europa*, Salamanca, 2007, 419p [consulta: 20 Octubre 2011]

Da silva, Antônio Casseiro, A fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais. [en línea] JusNavigandi, Teresina 5, n. 44, 1 ago. 2000, <http://jus.com.br/revista/texto/670>, [consulta: 21 julio 2011]

Herrera L., María Carolina y García M., Laura, “El concepto de los daños punitivos o punitive damages”, [en línea], Revista Estudios socio jurídico, Enero-Junio 2003, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf> [Consulta: 10 de Agosto 2011]

Martin Casals, Miguel, Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales, Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas Segundo Congreso Nacional de Responsabilidad Civil, [en línea], <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>, [consulta : 11 Agosto 2011]

Nelson A, Michael, Constitutional Limits in punitive damages, How much is too much?, [en línea], Maine Bar Journal, Winter 2008, http://jbggh.com/Pages/MAN_Article_Winter_2008.pdf , [Consulta: 28 de Julio 2011]

Pedriel, María Raquel, Compiani, Maria Fabiana, Talco, Gabriel Antonio, Magri, Eduardo, Fundamentación de la Reparación del Daño Moral en la Jurisprudencia Argentina, con particular referencia a los Tribunales Superiores de la Provincia de Buenos Aires, [En línea], Revista Jurídica, 2004, http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/381/1/Fundamentaci%C3%B3n_de_la_reparaci%C3%B3n.pdf, [consulta: 10 Octubre 2011]

Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne, [en línea] http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf, [consulta: 16 Septiembre 2011]http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf, [consulta : 11 Agosto 2011].

CSJN Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal.
[Enlínea], <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/csjn/030afallos.htm>,
[Consulta 4 Julio 2011]

Sitio Oficial del poder judicial: www.poderjudicial.cl.

Revistas:

RDJ. Presentación. Año 1, Octubre 1903 a octubre 1904