

J82 ed
2007
c 1

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL II

**Código Civil y principios generales:
Nuevos problemas, nuevas soluciones**

IV JORNADAS CHILENAS DE DERECHO CIVIL

Olmué (Chile), 3 a 5 de agosto de 2006

Universidad de los Andes

**HERNÁN CORRAL TALCIANI
MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO
(Coordinadores)**



SOBRE LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO MORAL*

PAULINA GONZÁLEZ VERGARA

Universidad Católica del Norte

HUGO CÁRDENAS VILLARREAL

Universidad Andrés Bello

Sin desmerecer el hecho de que la literatura jurídica nacional empieza a ser extensa en relación al problema del daño moral, en lo que atañe específicamente a su prueba, los estudios son escasos y por lo general, carentes del tratamiento sistemático que el problema amerita¹. Por ello, y

* El presente trabajo corresponde a la versión escrita de la ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Olmué, 2006) por los profesores Paulina González Vergara (Profesora de Argumentación Jurídica. Universidad Católica del Norte. Becaria MECÉSUP) y Hugo A. Cárdenas Villarreal (Profesor de Responsabilidad Civil. Universidad Andrés Bello).

¹ Si bien la gran mayoría de las obras nacionales que tratan la responsabilidad civil, se refieren a la prueba del daño, y dentro de éste a la prueba del daño moral, más allá de unos pocos comentarios de sentencias, no existen estudios específicos sobre esta materia. Aunque en el derecho comparado a grandes rasgos se repite el panorama, en la doctrina argentina pueden verse, MOSSET ITURRASPE, Jorge y NOVELLINO, Norberto, “La prueba en el proceso de daños”, en AA. VV., *Derecho de Daños*, tercera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2000; ARAZI, Roland, “Prueba del daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños* N° 6 (1999); AGOGLIA, María, BORAGINA, Carlos y MEZA, Jorge, en *Revista de Derecho de Daños* N° 4 (1999); IRIBARNE, Héctor, “La prueba en el juicio de daños a la persona”, en *Revista de Derecho de Daños* N° 4 (1999). Durante el proceso de edición de nuestra ponencia hemos tomado conocimiento de una tesis de grado dedicada específicamente a la materia que abordamos. Se trata de HUNTER AMPUERO, Iván, “La prueba del daño moral”, Universidad Austral de Valdivia, 2005.

atendiendo a que el problema de la prueba del daño moral ha sido identificado por autorizada doctrina como uno de los extremos pendientes de la teoría general de la responsabilidad civil², hemos encontrado oportuno intentar una primera aproximación al que sin duda, es uno de los tópicos más complejos y difíciles que dicha teoría presenta en la actualidad.

La dificultad de la prueba del daño moral viene dada principalmente por el hecho de que el mismo afecta a bienes jurídicos extrapatrimoniales, y porque es casi imposible hacer una valoración económica de dicho daño, cuando en ella no intervengan módulos de valoración objetivos, fijos y aisladamente considerados. En el desarrollo de este trabajo, por evidentes razones de espacio, nos centraremos en la primera de esas dificultades, abordando las dos posiciones que tradicionalmente se han sostenido respecto de la prueba del daño moral (I); para luego, partiendo de la tesis afirmativa, analizar los que creemos son los principales aspectos de una teoría general de la prueba del daño moral (II). Se analizarán en esta segunda parte, los principios que fundamentan la exigencia de la prueba del daño moral (A), y los que consideramos deben ser los presupuestos de la prueba del mismo (B). Por último, se expondrán a modo de conclusiones algunas de las reflexiones y comentarios que el trabajo nos haya provocado (III).

I. LA EXIGENCIA PROBATORIA: ¿DEBE PROBARSE EL DAÑO MORAL?

Tradicionalmente han sido dos las posturas que ha mantenido la jurisprudencia nacional en lo que a la prueba del daño moral se refiere. Así, por un lado, nos encontramos con la más antigua en el tiempo y –ya un poco trasnochada doctrina–, de que el daño moral no requiere de prueba; por otro,

² FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, cap. II (La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 53 y ss.; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen., *El daño moral*, t. 1 y 2 (reimp. 1ª edición), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 682 y ss. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 163 y ss.

con la moderna tesis que defiende que el daño moral, al igual que cualquier otro tipo de daño, debe ser probado por quien pretenda su reparación. Veremos seguidamente cómo ambas posturas antagónicas conviven en las doctrinas de nuestros tribunales de justicia, sin que de momento podamos hablar de un firme y constante pronunciamiento a favor de una de ellas.

A. La tesis negativa: el daño moral no requiere de prueba

Tanto la doctrina como la jurisprudencia más clásica de nuestro país han sostenido que el daño moral, a diferencia de lo que sucede con el daño material, no necesita de ninguna clase de prueba³. En el tiempo, esta tesis clásica ha encontrado dos vías diferentes de desarrollo jurisprudencial que, con alguna variación en su enunciado, han conducido a la misma solución práctica.

La primera de las referidas vías, fundamenta la falta de exigencia probatoria en la *especial naturaleza*, es decir, en el carácter *espiritual y subjetivo* del daño extrapatrimonial; lo que haría no sólo innecesaria, sino imposible la acreditación de su existencia⁴. En palabras de nuestras Cortes, “*El daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo y por lo tanto la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado*”⁵.

Como puede verse, la jurisprudencia partiendo y tomando como base de su argumentación un concepto “primitivo” de daño moral (lo identifica

³ Un amplio seguimiento a través de la jurisprudencia de esta vía puede verse en DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, reimp. 2002; y en VICARI, Alejandro y UGARTE, Eduardo, “Edición del curso de responsabilidad civil extracontractual del profesor Enrique Barros Burie”, Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago, 1999, pp. 117 y ss.

⁴ DOMÍNGUEZ H., C., op. cit., p. 682.

⁵ RDJ, T. LXXXI, secc. 2ª, 1984 p. 121.

con el dolor subjetivo), llega a la conclusión de que se trataría de una materia entregada completamente al arbitrio de los jueces del fondo. Éstos determinarían su existencia y monto de manera discrecional, sin necesidad de fundamentar sus decisiones en la materia, y sin que exista la posibilidad de que tales decisiones sean revisadas por los tribunales superiores.

Más recientemente, una segunda vía jurisprudencial, que en principio exigiría la prueba del daño moral, llevará en la práctica a la misma solución que la anterior⁶. Se afirmará así, que si el daño moral puede ser definido como la violación de un derecho extrapatrimonial, la mera prueba de la transgresión del derecho conllevaría la prueba de la existencia del daño. En palabras de la Corte, se entenderá el daño moral “... *como la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona humana y que es imputable a otro hombre. Se sigue de este concepto, como consecuencia necesaria, que la demostración de la trasgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral. Por consiguiente, en el concepto y naturaleza del daño, resultan indiferentes las repercusiones de orden psíquico que el agravio originaría en el individuo que lo sufre. Sea que se exprese en dolor, sufrimiento, aflicción, incomodidad u otras penalidades*”⁷ (el destacado es nuestro).

Nótese que puede hablarse de una nueva versión de la teoría clásica, pues si bien la utilización de un concepto más técnico de daño moral (lesión a los derechos extrapatrimoniales) nos ayuda a resolver ciertos casos límite en que la utilización del concepto primigenio (*pretium doloris*) nos arrojaría resultados injustos (piénsese en los casos del inconsciente o el demente)⁸,

⁶ En este mismo sentido, CORRAL, H., op. cit., pp. 165-166.

⁷ RDJ, T. LXXXII, secc. 2ª, 1985, p. 6.

⁸ Cfr. CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, “Daño moral: algunas notas para su delimitación”, comentario de jurisprudencia, en *Jurisprudencia al Día*, año 1, N° 4, Ed. LexisNexis, Santiago, pp. 42-45 (2006).

ello no puede hacerse de cualquier manera; y mucho menos, desentendiéndose por completo de los efectos de esa transgresión⁹. Y es que, como dice DIEZ-PICAZO¹⁰, si bien la lesión de un derecho ajeno puede constituir un presupuesto de los deberes de indemnizar cuando el daño se ha producido, el daño, siendo algo distinto, no ha de quedar embebido en la sola lesión del derecho, puesto que su indemnización exige siempre como presupuesto su existencia.

Como corolario debe decirse que, en sus dos versiones, la tesis que niega la exigencia probatoria del daño moral ha merecido la crítica de la doctrina especializada ya que, a pesar de que resulta innegable que la naturaleza del daño moral hace extremadamente compleja su acreditación, la exigencia de prueba arranca de principios sustanciales y procesales que sostienen y fundamentan el moderno estado de derecho. Nótese además, que eliminar la exigencia probatoria equivale a desplazar la atención de la reparación del perjuicio a la conducta dañosa; lo que en última instancia exalta la función punitiva que, al menos entre nosotros, se pretende excluida del sistema de responsabilidad civil¹¹. Por último, y aunque resulte obvio, no está de más repetir que la ausencia de exigencia probatoria es tierra fértil para el nacimiento de condenas arbitrarias (v.gr. por daños inexistentes o a

⁹ Cuestión distinta sería afirmar que tal transgresión, una vez probada, pudiera constituir un indicio a partir del cual el juez pueda legítimamente presumir la existencia del daño moral. Como se verá más adelante, las consecuencias de una u otra afirmación tienen importantes diferencias (ver II. B. 1).

¹⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 328.

¹¹ Lo que decimos puede verse claramente en otros países, donde la función punitiva de la condena por daño moral es abiertamente reconocida. Un inmejorable ejemplo de lo que decimos lo constituye una sentencia brasileña que en lo que nos interesa dice, “Os danos morais, que independem de prova, devem ser fixados em valor suficiente para inibir nobas conductas lesivas...” (1.ºTACSP-4ª C.-Ap.618306-4- Rel. Carlos Bittar-J.18.10.1995; Sentencia citada por STOCO, Rui, *Tratado de responsabilidade civil*, 6ª edición Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Pablo, 2004, p. 1697).

montos no razonables), y potencia la disparidad de las decisiones judiciales: en fin, un golpe a la justicia y a la seguridad jurídica¹².

B. La tesis positiva: el daño moral debe probarse

Desde hace algunos años, con innegable influencia de la doctrina, ha comenzado a tener mayor peso en nuestra jurisprudencia, una nueva línea interpretativa que defiende la necesidad de que los perjuicios morales deben ser efectivamente acreditados en el proceso judicial por quien los invoca. Así, la Corte de Santiago ha mantenido que en “...relación con la acción de resarcimiento por daño moral que ha intentado el ofendido por el delito, preciso es tener en cuenta que todo daño debe probarse, sea patrimonial o extrapatrimonial. En efecto sobre la prueba del daño moral rigen las reglas generales, por lo que se requiere que el actor pruebe la verdad de sus proposiciones, esto es, que sufrió un daño cierto o real, sin que pueda darse por establecido o priori el agravio, su entidad y magnitud y las consecuencias que de él se han derivado”¹³.

Como no puede ser de otra manera, entendemos que ésta es la tesis a potenciar y la que debe cimentar en adelante cualquier intento de sistematización de la materia, pues, como ya adelantamos más arriba y profundizaremos más abajo, la exigencia probatoria arranca de principios sustantivos y procesales que fundamentan el estado de derecho. Además, el hecho de que dicha doctrina sea todavía incipiente y coexista con la contraria, constituye la coyuntura en la cual cobra sentido concentrar los esfuerzos en desarrollar

¹² DOMÍNGUEZ H., C., “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte (sede Coquimbo), 1999, pp. 36 y ss.

¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de mayo de 2001, Rol N° 25.892-2001, en *La Semana Jurídica* (materia penal), semana del 13 al 19 de agosto de 2001. En este mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de junio de 1997, GJ N° 204, p. 141, y más recientemente Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de marzo de 2006, Rol N° 3.141-2003.

una teoría general de la prueba del daño moral. Dicha teoría, tomando como centro un concepto funcional de esta clase de perjuicios¹⁴, debe partir por explicitar los principios que le sirven de sustento y, desde allí, desarrollar los distintos presupuestos que la componen, de cara a mejorar la justa reparación de este tipo de perjuicios.

Adviértase por último, que con gran acierto, la sentencia transcrita distingue la prueba de la existencia de daño moral, de la prueba de la cuantía del mismo; lo que a nuestro juicio resulta trascendental para el esclarecimiento de estos problemas probatorios. Y ello, porque si bien podría sostenerse de algún modo, que la transformación a dinero de un perjuicio no patrimonial nunca podría ser exacta y que, por tanto, podría quedar entregada completamente al arbitrio del juez¹⁵; en lo absoluto podría decirse lo mismo de la prueba de la existencia del daño moral (certeza), que en todo caso puede y debe ser totalmente acreditada.

¹⁴ Los conceptos funcionales son aquellos que son contruidos desde la función que están llamados a cumplir dentro del sistema jurídico en el cual se insertan. Un concepto funcional de daño moral se sustenta en primer lugar en su carácter de garantía, en cuanto categoría orientada a la protección integral de la persona (tanto en sus aspectos patrimoniales como extrapatrimoniales). Desde esta perspectiva, un concepto de daño moral concebido únicamente como *pretium doloris* resulta insuficiente. Por cuanto por ejemplo, no protege a individuos cuya capacidad de comprensión intelectual no existe (víctima inconsciente o en estado de coma) los cuales no pueden experimentar sentimientos de dolor; como tampoco protege, a aquellos en que dicha capacidad no se encuentra madura o se presenta disminuida (menores o deficientes mentales), y que por lo mismo, pudieren hasta disfrutar del agravio. Lo anterior, sin desconocer su utilidad inicial respecto a la admisibilidad de esta clase de perjuicios y de aquella que mantiene en tanto se le considere como uno, de entre otros varios, tipos o clases de daño moral. Respecto a los conceptos funcionales, LARENZ, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª edición, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pp. 473 y ss.

¹⁵ En nuestra opinión aun en el caso de la prueba de la evaluación del daño moral, el que pretenda su reparación, deberá allegar las pruebas de los hechos que los jueces necesiten para hacer jugar los criterios de evaluación, si no quieren ver decaer su pretensión.

II. TEORÍA DE LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN

Ciertamente resultaría temerario intentar aquí darle cabal forma a una teoría de la prueba del daño moral, sin embargo, en adelante intentaremos un acercamiento a algunos de los principios y postulados que puedan servir para relacionar de mejor manera, los fenómenos que giran en torno a la prueba del daño extrapatrimonial. En este apartado veremos entonces de manera consecutiva, los principios que de forma general, fundamentan la exigencia de prueba del daño moral (A); y los presupuestos o requisitos que se deben cumplir para dar por acreditado el mismo en sus distintas categorías (B).

A. Principios que fundamentan la exigencia de prueba del daño moral.

1. El principio del debido proceso¹⁶: el derecho a una sentencia motivada y el derecho a defensa

La garantía del debido proceso se encuentra consagrada en nuestra Carta Fundamental, como el derecho a un justo y racional procedimiento y conlleva el deber de la motivación de las decisiones de autoridad, especialmente, de las resoluciones judiciales. De esta forma, el juez debe exteriorizar en la sentencia las razones que justifican su decisión, no bastando su mera enumeración sino que debe expresar de manera clara y precisa los razonamientos –tanto de hecho como de derecho– que la fundamentan; de modo que sea posible la reconstrucción de tales razonamientos (exigencia constitucional que se encuentra recogida y concretada en los artículos 170 N° 4° del CPC y el artículo 342 c. y d., del NCPP).

¹⁶ Sobre este tema, GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”; HOYOS, Arturo, “El debido proceso en el sistema jurídico de Panamá”; y MORA MORA, Luis Paulino, “Las garantías del procesado como parte del debido proceso”, todos en *I Congreso Panameño de Derecho Procesal*, pp. 351-366, 307-328 y 329-349, respectivamente (2004).

Como garantía contra la arbitrariedad judicial, la motivación de las sentencias no sólo debe ser entendida desde una perspectiva formal (explicitación de los motivos o razones que han determinado la respectiva decisión), sino fundamentalmente, desde un punto de vista material (corrección de las razones aducidas). Para el tema que nos ocupa, ello no sólo implica que deben ser correctas las conclusiones jurídicas a las cuales se arribe, sino que las mismas deben estar precedidas por una correcta determinación de los hechos, realizada a partir de los antecedentes que conforman el proceso.

En términos generales, el juez debe atenerse al fundamentar la sentencia a los hechos alegados por las partes y respecto de los cuales se haya rendido prueba¹⁷. A este respecto nuestros tribunales han señalado que: *“En las sentencias judiciales generalmente olvidan fundar la reparación de daño moral o extrapatrimonial, limitándose lisa y llanamente a expresar una cifra por ese concepto, como lo hace precisamente la sentencia recurrida en estos autos. Tal vez se cree que la discrecionalidad en la fijación del monto respectivo, y la aplicación de un concepto indeterminado como es la equidad, permitirían eximirse del deber de convicción que pesa sobre todo juzgador, en cualquier materia que sea, y que, por lo demás, está reiterado en los N.ºs. 5º y 6º del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal”*¹⁸.

Además debe tenerse en cuenta que el derecho al debido proceso también contempla el derecho a defensa, derecho que en materia probatoria implica, a su vez, la posibilidad de presentar pruebas de descargo. En consecuencia, el derecho al debido proceso, en sus dos acepciones aludidas (en tanto derecho a una sentencia motivada y derecho a defensa), exige

¹⁷ En general, salvo aquellos casos excepcionales de iniciativa probatoria del juez, y respecto de hechos que no requieren prueba (v.gr. hechos notorios y reconocidos por la parte contraria).

¹⁸ GT, T. 46, p. 93.

necesariamente la rendición de prueba sobre cualquiera de los extremos que se pretenda reparar: la prueba del daño moral se constituye así en una garantía en contra de la arbitrariedad judicial.

*2. Principio de la reparación integral del daño:
la zona límite entre la función reparadora y la pretendida
función punitiva de la responsabilidad civil*

Si bien este principio se entiende orientado a permitir la reparación de toda clase de perjuicios, la afirmación del mismo no debe llevar –como pretende alguna jurisprudencia– a relajar la exigencia probatoria, pues, del mismo deviene también como condición necesaria que aquello que se pretende reparar resulte probado. Otra cosa supondría utilizar la institución punitivamente, y aunque no resulta pacífico sostener que la responsabilidad civil tiene únicamente una función reparadora, el daño sigue constituyendo un presupuesto indispensable de la obligación de indemnizar perjuicios¹⁹.

Por lo dicho, si hablamos de responsabilidad civil, y por ende, de la obligación de indemnizar el menoscabo sufrido, aun cuando pudiera considerarse lícito asignarle una función punitiva a la responsabilidad civil, dicha función deberá ser necesariamente accesoria, y en ningún caso desprendida de la existencia del perjuicio. Sobre el carácter fundamental del daño nuestra jurisprudencia ha señalado que “...*la ley atiende al individuo que sufre cuando es lesionado en sus intereses materiales y morales; del conjunto de preceptos que rigen las indemnizaciones provenientes del daño, se desprende que su procedencia supone la existencia de un perjuicio, menoscabo, disminución, o pérdida para quien lo experimenta o sufre, y la obligación de indemnizarlo para el que lo produce como consecuencia de un delito o cuasidelito*”²⁰.

¹⁹ Sobre el rol jurídico del daño, DIEZ S., J. L., op. cit., pp. 25 y ss.

²⁰ RDJ, T. LXV, secc. 4ª, 1968, p. 323.

En esta línea de principio, ya sea para justificar la concesión de un monto menor al solicitado o derechamente, para rebajar condenas impuestas por tribunales inferiores, algunos fallos han comenzado a aplicar explícitamente el enriquecimiento sin causa como límite para la fijación del monto de la indemnización por daño moral²¹. Así se ha dicho que *“El monto del daño de la indemnización de perjuicios debe regularse prudencialmente, cuidando que la suma fijada se limite a compensar el daño sin llegar a constituir un enriquecimiento sin causa”*²².

Como puede desprenderse de lo señalado, la acreditación del daño se constituye en requisito o condición principal para la procedencia de la correspondiente acción de daños y perjuicios: así como no hay responsabilidad sin daño, no hay acción sin interés. Lo dicho fue además corroborado por la Corte Suprema cuando entendió *“Que, al no estar acreditado los perjuicios reclamados ni la necesaria relación causal entre el acto que se impugnó y el presunto daño reclamado, no ha nacido para el actor el derecho a ser resarcido ni la obligación de la demandada de responder por la actuación imputada”*²³⁻²⁴.

²¹ Respecto de su cuantía, creemos que el monto solicitado por la parte demandante constituye un límite objetivo a la indemnización que puede ser concedida, y en consecuencia, si bien puede ser admitida una rebaja del monto demandado, en ningún caso, podrá el tribunal conceder una suma superior so pena de incurrir en el vicio de *ultra petita*. Y por ende, abrir la posibilidad de que la sentencia sea anulada en casación.

²² RDJ, T. LXXIX, secc. 4º, 1982, p. 123. Sentencia en la cual la Corte de Apelaciones de Santiago rebaja la indemnización concedida por daño moral por el tribunal de primera instancia, en una causa por el delito de lesiones.

²³ Sentencia de Corte Suprema de fecha 09 de noviembre de 2004. Rol N° 228-03.

²⁴ En este mismo sentido, *“Que en el caso sub-lite, la actora no probó de forma fehaciente los hechos fundantes de la responsabilidad extracontractual que invoca en su demanda, ni el daño moral mismo, según lo razonado precedentemente”* Sentencia de fecha 28 de julio de 2004, causa Rol N° 7.249-99. También debe tenerse presente que la falta de prueba del daño moral tiene un efecto expansivo respecto de otros requisitos de la responsabilidad civil, por cuanto difícilmente podrá establecerse relación de causalidad alguna respecto de un daño

En síntesis, la exaltación del principio de reparación integral en relación con la función reparadora que se le reconoce a la responsabilidad civil, no sólo no puede servir para relajar la exigencia probatoria; sino que muy por el contrario, se constituye en fundamento ineludible de la exigencia de prueba del daño moral.

B. Presupuestos de la prueba del daño moral

Al momento de pensar en los presupuestos o elementos fundamentales de una teoría de la prueba del daño moral debemos buscar las respuestas a las siguientes preguntas: ¿Qué se debe probar? ¿Quién debe probar? y ¿Cómo debe probar? Desde el punto de vista procesal, la primera de estas preguntas nos introduce al tema del hecho que ha de ser probado; la segunda, nos introduce en el tema de la carga de la prueba; y la tercera, aunque muy ligada con la primera, nos lleva al problema de la idoneidad de las pruebas. Veámoslos uno por uno.

1. El problema del concepto del daño moral: ¿Qué debe probarse cuando se alega daño moral?

Evidentemente, cuando nos disponemos a desentrañar los aspectos probatorios del daño moral, nuestra atención se dirige en primer lugar al concepto, pues, solamente una vez delimitado éste, vislumbraremos a qué hechos debemos dirigir la prueba y cuáles son, de entre los medios permitidos, los más idóneos para conseguir nuestro objetivo. En nuestro ámbito, a pesar de que el concepto primogénito de daño moral sigue muy arraigado, la doctrina y la jurisprudencia empiezan a dar cabida a un

que no ha sido acreditado. Así, se ha fallado que *“tampoco se ha probado en autos la concurrencia de daño moral, no siendo suficiente, a juicio del tribunal, su mera invocación, pues, incluso en su determinación, deben existir elementos objetivos que permitan relacionar el “sufrimiento” de quien lo alega, con los hechos que lo motivan, a fin de establecer la relación de causalidad correspondiente, elementos que, como se observa, no han sido debidamente acreditados”*. Sentencia del Tribunal de Letras de Arica, de fecha 3 de julio de 2001. Rol N° 23.809-00.

concepto amplio de daño moral, donde además del tradicional *pretium doloris*, encuentran acomodo otras categorías como la lesión a derechos o bienes de la personalidad, u otros más modernos, como el perjuicio estético o la pérdida de la chance²⁵.

La utilización de un concepto amplio de daño moral, a efectos probatorios, lleva aparejada la necesidad de que el mismo sea subdividido en distintas categorías. Y es que, haciendo categorías o subtipos, no sólo podremos abstraer con precisión aquello que se está reparando, sino que nos será más fácil identificar quiénes tienen la legitimación activa para reclamar y, por tanto, quiénes deben acreditar la existencia del daño. El desarrollo del principio de reparación integral del daño, conlleva pues la exigencia metodológica de hacer una tipología que oriente y determine la reparación del daño moral: ¡he aquí la primera y más importante tarea pendiente dentro de la teoría del daño moral!

*2. El problema de la carga de la prueba:
¿Quién debe probar el daño moral?*

En línea de principio, la prueba de la existencia y extensión de los perjuicios corresponde a quien los alega, es decir, a la víctima o acreedor (artículo 1698 del CC), a menos que la propia ley establezca lo contrario²⁶. Respecto de nuestro particular objeto, si bien no se puede afirmar que la ley establezca presunciones, partiendo del análisis de nuestra jurisprudencia se puede establecer para efectos de distribución de la carga de la prueba, que

²⁵ Puede verse, con citas de doctrina y jurisprudencia nacional, CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y GONZÁLEZ VERGARA, Paulina, “Notas sobre el daño moral: concepto, prueba y evaluación en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago”, nota a fallo, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 12, N° 2, Coquimbo, pp. 181-189 (2005).

²⁶ Lo cual en nuestro sistema sólo se produce en materia de responsabilidad contractual en el caso de los intereses de obligaciones dinerarias (artículo 1545 del CC) y de la cláusula penal (artículo 1535 del CC).

se manejan dos tipos de daños morales: por un lado, aquellos cuya existencia puede presumirse; y por otro, aquellos cuya existencia debe ser acreditada mediante pruebas distintas a las de presunciones o no sólo por éstas. Es lo que se desprende de algunos fallos como el emitido por el Tribunal de Letras de Antofagasta cuando sostuvo que, *“Por último, no está de más hacer presente, en cuanto a la prueba del daño moral que a pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria coinciden en señalar que el daño moral no requiere prueba, que sólo basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal para que se infiera el daño; en este caso, que se trata de daños a una cosa corporal, no se puede presumir de ello el daño moral, entendido como ‘el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en su calidad de vida’. Ciertamente que otro tipo de lesiones a la integridad física o síquica permiten inferir el daño moral, pero en el caso de autos debió ser acreditado en cuanto a su existencia...”*²⁷.

En general, la doctrina no cuestiona la aplicación de este tipo de prueba respecto de la acreditación del daño moral²⁸, lo que nos parece acertado ya que su uso es perfectamente lícito siempre y cuando, las circunstancias que sirven de base a la presunción de los daños estén debidamente acreditadas en el proceso, y se admita en todo caso la prueba en contrario²⁹. La tarea

²⁷ Sentencia del Tribunal de Letras de Antofagasta, de fecha 31 de julio de 2002, Rol N° 39.010-01.

²⁸ Sobre la admisibilidad y requisitos de la prueba de presunciones en esta materia, por todos, CORRAL T., H., op. cit., p. 167. FUEYO L., F., op. cit., p. 107. Sobre todo, se recalca el que las presunciones deben fundarse sobre hechos probados. Cuestión fundamental, pues de lo contrario se trataría no de una presunción sino de una mera ficción. Figura que sólo es admisible cuando es dispuesta en casos excepcionalísimos por el legislador, y aún en ellos, su legitimidad es ampliamente discutida.

²⁹ En esta materia, creemos que es útil llamar la atención sobre dos aspectos desarrollados por el derecho comparado latinoamericano, que han sido escasamente atendidos en nuestro medio. En primer lugar, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS, *“le incumbe la carga probatoria a quien por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada se encuentre en mejores condiciones*

pendiente a este respecto, es el desarrollo de la tipología de daños morales que pueden ser presumidos y aquellos que no, a partir de la determinación de ciertos grupos de casos que permitan la aplicación de estas dos categorías de daños de una manera más uniforme y transparente, y que reduzca además la arbitrariedad que su utilización no fundamentada podría ocasionar³⁰. Sirvan como ejemplo de estos tipos, el caso del daño moral indirecto o por rebote, y el caso de la prueba del daño moral por incumplimiento de contrato:

Respecto del primer tipo se puede entender, *que la mera relación de parentesco puede constituir indicio de daño moral respecto de parientes próxi-*

para producir la probanza respectiva”, de modo que “corresponderán mayores cargas a quien dispone de mejores posibilidades en razón a la posesión de medios idóneos de prueba” (por ejemplo quien está “en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas”). Derecho Argentino, Sentencia de Juzgado Civil 74, Exp. N° 453/96, caratulado “Quantin, Norberto Julio c/Benedetti, Jorge Enrique”. Buenos Aires, abril de 2006. Principio que en cooperación con el de reparación integral podrían justificar la posibilidad de aplicación de presunciones judiciales en determinados casos. Como aquellos de responsabilidad médica, en los cuales claramente el paciente se encuentre en una situación más desfavorable para, por ejemplo, acreditar la anormalidad del daño. En segundo lugar, tras afirmar el principio según el cual, el juez no puede legítimamente eximir de prueba los hechos alegados por las partes, salvo que el legislador se lo imponga, la importancia de *hacer la distinción entre las presunciones legales y los indicios que pueden servir de base a presunciones judiciales*, radica en que las primeras deben aplicarse toda vez que aparezcan demostrados los hechos que les sirven de fundamento; por el contrario, en el caso de los indicios, una vez acreditados los hechos que los constituyen, *“la presunción será construida por el juez, en cada caso concreto, según su libre criterio, siempre que existan los elementos necesarios para aplicar la respectiva regla de la experiencia y no obre en el proceso otra prueba que permita concluir que se trata de una situación especial, que se aparta de la generalidad”*. Derecho Venezolano, Sentencia N° 2812 del 02.02.06. Ponente: Alier Hernández Enríquez. Actor: Blanca María Guevara Escobar y otros. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera.

³⁰ A este respecto, la sentencia citada entrega dos pautas que podrían servir de fundamento a la determinación de algunos de los aludidos grupos de casos. Primero, daños morales que pueden ser inferidos a partir de ciertas lesiones a la integridad física o psíquica; y segundo, daños morales que, en cuanto son consecuencia de la afectación de cosas corporales, deben ser acreditados en el proceso mediante la aportación de pruebas directas.

mos. Nuestros tribunales suelen inferir el daño moral a partir de la sola demostración de la relación de parentesco, argumentando que “*la naturaleza humana es propensa a sufrir por la pérdida de sus deudos más cercanos*”³¹, o que “*... el daño moral consiste en el dolor, pesar o sufrimiento que significa la muerte de su hijo y las lesiones graves de su hija, lo que basta para demostrarlo, la relación familiar entre ellos, acreditado con los certificados respectivos, quedando al sentenciador su apreciación pecuniaria*”³².

La postura recién transcrita ha sido criticada por alguna doctrina, sosteniendo en su lugar, que debe acreditarse además la relación afectiva en que se fundamentaría el daño moral invocado. Compartimos dicha crítica respecto de sus aplicaciones jurisprudenciales más radicales (aquellas que no admiten prueba en contrario y que han dado lugar a indemnizaciones respecto de parientes cuya enemistad o descuido con la víctima directa han sido acreditados); sin embargo, discrepamos en la medida en que creemos que la aplicación de reglas de la experiencia, permite legítimamente presumir de la sola relación de parentesco una relación afectiva que justifica la existencia del respectivo daño moral. Lo anterior encontrará aplicación siempre y cuando –claro está–, no existan en el proceso antecedentes que impidan la aplicación de tales reglas de experiencia³³.

³¹ RDJ, T. LXIII, secc. 4ª, 1966, p. 129.

³² RDJ, T. LXV, secc. 4ª, 1969, p. 21.

³³ Al respecto, volvemos a citar jurisprudencia venezolana en la cual se expresan estas cuestiones con toda corrección, explicitación que no se encuentra presente en nuestra jurisprudencia. “*Al respecto, debe decirse que si bien la jurisprudencia de esta Sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquéllas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella –que constituye el hecho indicador, o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil–, y con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se*

Respecto del segundo tipo (daño moral derivado de contrato) se puede sustentar, *que por regla general el solo incumplimiento de un contrato no puede ser considerado indicio de daño moral*. Teniendo por superada la discusión en torno a su aceptación en vía contractual, nuestros tribunales han comenzado a desarrollar una línea jurisprudencial que luego de afirmar su carácter excepcional, sostiene que no basta la sola demostración del incumplimiento contractual para tenerlo por acreditado. Se ha dicho así que, “... , *para que exista daño moral, derivado de responsabilidad contractual, no es suficiente que se deje de cumplir el contrato... No es posible establecer que por el solo incumplimiento de un contrato se derive dolor y aflicción susceptibles de ser indemnizados por vía de daño moral...*”³⁴.

Aunque hemos citado este caso simplemente con una intención ejemplificadora, efectivamente su inclusión resulta pertinente pues sirve para reiterar dos posiciones. La primera es que a efectos de la responsabilidad civil el mero incumplimiento contractual no sólo no produce daño moral sino ningún tipo de daño, pues éstos deben ser siempre probados; y la segunda, que debido a la naturaleza de las prestaciones comprometidas, hay algunos tipos de contratos cuyo incumplimiento podría llegar a ser considerado indiciario de daño moral (v.gr. el caso del contrato médico).

encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido, en la mayor parte de los casos; en otros, en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia.”. Sentencia citada precedentemente (nota N° 28). Respecto a antecedentes que impidan la aplicación de una presunción en estos casos, nuestros tribunales han señalado que, “*El demandado civil no ha demostrado que entre la demandante y sus padres fallecidos en el accidente, existieran malas relaciones u otra situación análoga que justificara la carencia de afecto entre ellos*”. RDJ, T. LXXX, secc. 1ª, 1983, p. 128.

³⁴ Un comentario del fallo citado puede verse en CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, “De la extensión de la reparación del daño moral derivado de contrato”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 31 N° 2, pp. 379-387 (2004). Cfr., también, RODRÍGUEZ G., Pablo, *Responsabilidad contractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 252 y ss.

*3. El problema de los medios probatorios
idóneos y el problema de la apreciación de la prueba rendida:
¿Cómo han de probarse los daños morales?*

Quizá el aspecto clave a resolver en lo que se relaciona con la prueba de los daños morales tiene que ver con la técnica o procedimiento que la misma requiere, de ahí que como tercer presupuesto de una teoría de la prueba del daño moral debe requerirse que la misma ha de ser pertinente y útil: respecto de las partes, ellas tendrán que presentar aquellas que correspondan; respecto del juez, éste sólo deberá aceptar y otorgar valor a aquellas que tengan eficacia probatoria.

*3.1. El problema de los medios probatorios idóneos:
La prueba aducida debe ser pertinente y útil³⁵*

La idea de que las partes deben rendir una prueba capaz de producir en el juez la convicción necesaria, para que éste dé por acreditado los hechos constitutivos del daño moral que se alega (por ello se dice pertinente y útil) resulta sencillamente incontrovertible; de allí que se hable de medios probatorios idóneos. Empero, y como ya adelantamos, a esta finalidad no sirve una delimitación demasiado amplia del objeto de la prueba (el daño moral); por lo que se hará necesario o bien restringir el concepto, o bien, introducir dentro del mismo, las distintas categorías que de manera cristalina revelen aquellos extremos sobre los que debe recaer la prueba (el objeto de la misma).

Así las cosas, las subcategorías o tipos de daño moral, nos arrojarán los hechos constitutivos o, en su caso (piénsese en la prueba de presunciones a que aludimos más arriba), los hechos fundantes del daño moral, en relación a los cuales determinaremos los medios de prueba más idóneos, es decir,

³⁵ Sobre este tema puede verse en el derecho español, GESTO A., Blanca, *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

aquellos que causen más convicción en el juez. Unos ejemplos servirán para explicarnos: en caso de que utilicemos el *pretium doloris* como una subcategoría, el hecho constitutivo será la aflicción espiritual, pena, etc., experimentada por la víctima; y los medios de prueba más idóneos serán la prueba pericial (informes médicos), la declaración de la víctima y la declaración de testigos. En caso de que utilicemos la subcategoría del daño estético, el hecho que habrá de probarse será la alteración objetiva de la imagen física de la víctima; siendo entonces pruebas especialmente idóneas, la presentación de fotografías anteriores y posteriores al hecho dañoso, la inspección personal del tribunal y el informe pericial³⁶.

3.2. *El problema de la apreciación de la prueba rendida: el sistema de la persuasión racional*

En materia civil, el juez se debe sujetar a los medios de prueba establecidos por el legislador, pero valorándolos conforme a la convicción que se forme de los hechos, debiendo en todo caso, explicitar en la sentencia las razones que justifican su valoración: los jueces se encuentran regidos así por el llamado sistema de la “persuasión racional”³⁷. En dicho sistema, la ley

³⁶ A este respecto, se ha fallado en sentido negativo que “... con relación al daño moral no puede estimarse seriamente que podría estar acreditado con el informe de fojas x, que concluye que el demandante sufrió lesiones explicables por accidente de tránsito, clínicamente leves y que sanará salvo complicaciones en 10 o 12 días con igual tiempo de incapacidad. La indemnización por daño moral debe basarse en un sufrimiento efectivo, consecuencia de un acto doloso o imprudente, como ser verse físicamente imposibilitado, disminuido o defectuoso, como secuela de tal acto” (el destacado es nuestro). RDJ, T. LXXVIII, secc. 2ª, 1981, p. 36. Por otra parte, ahora en sentido positivo se ha sostenido que “la declaración del médico, la ficha clínica y demás antecedentes del tratamiento médico son contestes en cuanto al sufrimiento soportado y a la afección psicológica del autor”; por consiguiente son antecedentes pertinentes y útiles para la acreditación del respectivo daño moral. GJ, T. 205, p. 174.

³⁷ En este mismo sentido, PAILLAS, Enrique, *Estudios de derecho probatorio*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 30. En contra, la doctrina mayoritaria entiende que en nuestro sistema, la prueba legal o tasada constituye el régimen general de valoración de la prueba. Se reconoce que este sistema, en todo caso, se encuentra en franca retirada debido a las nume-

regula extremos que dicen relación con la determinación de los medios probatorios, con su admisibilidad, con las causas de tachas de los testigos, y con la forma en que ha de rendirse la prueba³⁸.

Aun considerando que la tantas veces resaltada naturaleza compleja del perjuicio moral, se traduce en una mayor dificultad probatoria, en ningún caso viene a variar la regla general en materia de valoración de la prueba (“persuasión racional”), situando al juzgador dentro del sistema del “íntimo convencimiento”³⁹, lo que parece ser afirmado por quienes sostienen que la prueba del daño moral es una materia entregada a la discrecionalidad del juez. Por ello, creemos procedente el recurso de casación en la forma respecto de la determinación del daño moral (“vicio de inmotivación”), cuando el juez no expresa en forma clara y precisa los razonamientos de hecho que lo llevan a rechazar o a dar por probado el daño moral (señalamiento de pruebas admitidas y su correspondiente valoración).

III. CONCLUYENDO

El desarrollo de una teoría tópica y funcional que regule satisfactoriamente la prueba del daño moral se hace impostergable. Dicha teoría, si bien no debe despreciar los aportes de nuestra jurisprudencia en la materia, debe buscar su racionalización, acomodando y dirigiendo su regulación a los principios que han de sustentarla (debido proceso, reparación, coherencia, etc.).

rosas materias en que el legislador confiere a los tribunales la facultad de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Sobre el tema véase recientemente GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 33 N° 1, pp. 93-107 (2006).

³⁸ *Ibíd.*, p. 23.

³⁹ Aquel sistema de valoración de la prueba, en el cual la determinación de los hechos se encuentra entregada por entero a la conciencia del juez, el cual no está obligado por ninguna prueba legal, entendiéndose que puede escoger las fuentes de su convicción fuera de los medios legales y por otra parte, no se encuentra obligado a fundamentar sus sentencias. PAILLAS, E., *op. cit.*, p. 21.

En la construcción de esta teoría deviene indispensable la realización de subcategorías o subtipos de daños morales pues ello, inicialmente, nos permitirá distinguir aquellos supuestos de daños morales que pueden ser acreditados mediante prueba de presunciones, de aquellos que no. Respecto de estos últimos, se podrá entonces, precisar los hechos que han de ser considerados constitutivos de los mismos para, conforme con ellos, determinar las pruebas más idóneas para lograr su acreditación.

En éste –como en ningún otro tema–, la vinculación del precedente se constituye en condición necesaria para que la formulación de los aludidos grupos de casos presente alguna utilidad. En nuestro sistema jurídico, la mentada vinculación deviene exigencia del derecho a un justo y racional procedimiento, y de la igualdad ante la ley que a todos se nos supone: “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.