



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL:
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PERÍODO 2008-2018

Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho
Mención Derecho Privado.

HORACIO ENRIQUE ARANCIBIA REYES

Profesor Guía: Hugo Cárdenas Villarreal.

Santiago, Chile 2019

RESUMEN.

La presente investigación tiene por objeto realizar un estudio de la prueba del daño moral a través de un análisis jurisprudencial de sentencias pronunciadas en los años 2008 a 2018. Los medios de prueba y sus sistema de valoración en nuestro ordenamiento jurídico, los aspectos probatorios más importantes utilizados en el razonamiento judicial al conceder el daño moral y ciertas problemáticas particulares relacionadas con la prueba del daño moral en la pérdida de la chance, en la responsabilidad contractual, en las personas jurídicas, así como la revisión casacional del daño moral.

PALABRAS CLAVE: Daño moral, prueba, medios de prueba.

ABSTRACT.

The present investigation aims to conduct a study of the proof of moral damage through a jurisprudential analysis of judgments handed down in the years 2008 to 2018, the means of proof and their assessment system in our legal system, the most important evidentiary aspects used in judicial reasoning and certain particular problems related to the proof of moral damage in the loss of opportunity, in contractual liability, in legal persons, as well as the casational review of moral damage

KEYWORDS: Moral damage, proof, the means of proof.

Índice

1.- Introducción.....	3
2.- La prueba y régimen general de medios de prueba en nuestro ordenamiento jurídico.....	7
3.- La prueba del daño moral.....	9
4.- Breve referencia a la evolución jurisprudencial del concepto del daño moral. Importancia probatoria de la delimitación del concepto.....	11
5.- La prueba del daño moral en el sistema de valoración de la prueba legal o tasada...	16
5.1.-Sentencias que han fundado la pretensión y tienen por acreditado el daño moral mediante el medio probatorio prueba testimonial.....	17
5.2.- Sentencias que han fundado la pretensión y tienen por acreditado el daño moral mediante el medio probatorio prueba pericial.....	31
5.3.- Sentencias que han fundado la pretensión y tienen por acreditado el daño moral mediante el medio probatorio presunción judicial.....	41
5.3.1. Teoría del daño moral evidente y las presunciones.....	51
5.3.2 Principio de normalidad de las cosas y las presunciones.....	54
6.- La prueba del daño moral en el sistema de valoración de la sana crítica.	62
7.- Cuestiones particulares de la prueba del daño moral.	72
7.1.- El daño Moral en la Pérdida de una Chance.....	73
7.2.- El Daño Moral de las Personas jurídicas.....	83
7.3.- El Daño Moral Contractual.....	88
7.4.- ¿No siempre debe probarse el daño?. La reserva del artículo 173 del CPC....	95
8.- Revisión casacional del Daño Moral.....	99
9.- Conclusiones.....	105
10.- Sentencias citadas.....	111
11.- Bibliografía.....	120

1.- Introducción.

El daño moral dentro de la responsabilidad civil, ha tenido un extenso desarrollo doctrinal¹. Buscando fortalecer su falencia legal, al no contener una regulación exegética, se ha ido variando en lo teórico a lo largo de los años, hasta convertirse hoy en día en uno de los aspectos más relevantes dentro de la esfera de los daños indemnizables. Todo ello desde el punto de vista práctico, esto es, directamente desde la litigación. Necesario es reconocer que, si bien existe consenso respecto a la materia en su aspecto amplio, la misma presenta dificultades al momento de objetivar sus aspectos particulares, especialmente en lo que dice relación con la prueba de la existencia misma del daño moral. Y es, desde esta mirada, que la presente investigación pretende dar una visión amplia de la forma cómo se ha resuelto esta problemática de connotada aplicación práctica en la actualidad.

Bien sabemos que el daño moral es una creación netamente jurisprudencial, y tanto su evolución, como su desarrollo, ha ido creciendo de la mano de lo que dice la judicatura². Así hemos podido observar cómo se ha ido avanzando desde una concepción restringida netamente al *pretium doloris*³, hasta una concepción más amplia como la que se concibe hoy en día, incluyendo ciertas categorías de daño moral, como el perjuicio de agrado, el daño estético, el perjuicio sexual, entre otros⁴. En este contexto, la materia tratada puede resultar de una amplitud razonablemente relevante, por lo que en términos generales se han tomado en consideración ciertas y determinadas sentencias que sirvieron para ilustrar cada tema y analizar los apartados de la presente investigación. En lo particular, el presente estudio tiene por objeto realizar un levantamiento de campo

¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO (1998) DOMÍNGUEZ HIDALGO (2008).

² CORRAL (2013) p. 145.

³ ALESSANDRI (2005) p. 165. Circunscribe el daño moral exclusivamente como *pretium doloris*.

⁴ CORRAL (2013) p. 149. DIEZ (1998) p.119. BARROS(2006) p. 289.

generalizado de jurisprudencia, abarcando el período de tiempo comprendido entre los años 2008 y 2018, relativo a sentencias dictadas por nuestras Cortes de Apelaciones y la Excelentísima Corte Suprema, todas ellas relacionadas con la prueba del daño moral. Concretamente se ha pretendido analizar la forma en que nuestros Tribunales han tenido por acreditada la existencia del daño moral demandado. Relevante resulta la investigación jurisprudencial, puesto que la doctrina clásica nacional no ha efectuado un estudio sistemático de la materia. Existen al respecto, sólo breves referencias doctrinales y comentarios de sentencias en artículos científicos que han abordado el tema de manera particular⁵. En cuanto al contexto de base de datos de investigación jurisprudencial, el universo de sentencias estudiadas para la presente investigación se basa en la revisión de la jurisprudencia recopilada en la Revista Gaceta Jurídica desde Enero del año 2008, a Abril del año 2017; así como la base de datos del poder judicial, que dijera relación con indemnización de perjuicios por daño moral en la sección derecho público, civil, comercial, laboral y penal que tuvieron conocimiento de la acción civil.

La mirada de la judicatura debe tenerse presente como un aspecto concreto al momento de determinar la procedencia y la forma en que ha de probarse el daño moral, sugiriendo al litigante, herramientas para fundar adecuadamente la pretensión indemnizatoria y consecuentemente, probar sus afirmaciones sobre los hechos que le permitan obtener una sentencia favorable a sus pretensiones o fundar una debida defensa, en su caso.

La importancia de la materia radica, en primer lugar en la necesidad de otorgar ciertas pautas o criterios comunes, basados en la teoría de la prueba, en torno a la

⁵ Así lo han sostenido por ejemplo, CÁRDENAS y GONZÁLEZ (2007) p. 356., quienes señalan que “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 amerita.” En el mismo sentido, FEMENÍAS (2011) p. 32, señala “que salvo particulares excepciones de algunos especialistas, todos los autores y comentaristas del derecho civil han descuidado profundizar y desarrollar a cabalidad una esfera que se juzga sustancial en el universo de la responsabilidad civil, como lo es, la cuestión de la prueba del daño moral.”

acreditación del daño moral. Pautas o criterios que logren objetivizar la carga probatoria en torno a este punto⁶. Esta aspiración no es superflua, ya que, si bien es cierto, la doctrina⁷ y la jurisprudencia mayoritaria coinciden en que el daño moral debe ser probado, siguen dictándose sentencias que en sus considerandos exponen que no es necesario probarlo, sustentadas en la superada teoría del daño moral evidente⁸. Sin embargo, como se desarrollará en las conclusiones, podemos adelantar que en la mayoría de dichos casos, lo que se advierte es más bien una confusión técnica, o un precario desarrollo del razonamiento judicial. Concretamente se advierte una falencia argumentativa en el razonamiento de los jueces que adhieren a la teoría de que el daño moral no debe ser probado, ya que en realidad se evidencia en sus sentencias que no existe un desarrollo técnico del medio probatorio de las presunciones, estando en el sistema reglado del Código de Procedimiento Civil⁹, en relación con el Código Civil¹⁰; ni de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia fijadas en aquellos sistemas en que la prueba se aprecia de conformidad con las reglas de la sana crítica. En efecto, en los casos en que se ha señalado expresamente que el daño moral no necesita de prueba, el juez podría concederlo, objetivizando su argumentación hacia la construcción de una presunción judicial, o bien, recurriendo a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, sin necesidad de expresar en la sentencia que dicho daño sería evidente o que no requeriría de prueba.

En segundo lugar, la importancia de analizar los criterios jurisprudenciales en torno a la prueba del daño moral, se manifiesta en que a través de ellos se pueden

⁶ En relación a esta importancia práctica y en un intento de objetivación de la materia es que se han elaborado dos Baremos “estadísticos referenciales de montos indemnizatorios fijados en sentencias judiciales dictadas por tribunales de justicia chilenos en relación con las diversas hipótesis lesivas que han dado origen a condenas por Daño Moral o No Patrimonial.” <https://baremo.pjud.cl/BAREMOWEB/> última visita 30 de Octubre de 2018.

⁷ Al respecto DIEZ (1997) p. 141. CORRAL (2003) p.166. HUNTER (2013) p. 269.

⁸ RUZ (2014) p. 466.

⁹ En adelante CPC.

¹⁰ En adelante CC.

establecer ciertos criterios en torno a la prueba en concreto y con ello determinarse qué debe probarse, quién debe probar y cómo se aprecia la prueba por el juez¹¹. De tal manera, no es posible soslayar la lógica conclusión de que sólo a través de una unificación criterios jurisprudenciales sería posible establecer estos criterios objetivos que se buscan en torno a la prueba en concreto, con la esperanza de lograr una determinación precisa y ex ante, respecto al qué debe probarse, quién debe probarlo y cómo debe ser apreciada esa prueba por el juez.

La investigación comienza con una referencia genérica a la prueba y a los medios de prueba contemplados por nuestro ordenamiento jurídico, la determinación del problema general de la prueba del daño moral y un breve análisis de la evolución jurisprudencial del concepto de daño moral y la importancia de su delimitación. Teniendo presente los sistemas de valoración de la prueba que coexisten en nuestro ordenamiento jurídico, se han analizado sentencias que dicen relación con la prueba del daño moral en el sistema reglado y particularmente cómo se acredita el mismo, de conformidad con los medios de prueba legalmente establecidos. En este sentido, la jurisprudencia es variada, manifestándose más estricta en algunos casos, y más flexible en otros, con respecto a los medios de prueba suficientes para conceder la indemnización por daño moral. Así, las sentencias consideradas no tienen otro nexo de unión que el de plantear todos estos criterios, aunque en niveles diferentes, el mismo problema general. Esto es, la forma de acreditar el daño moral. Así, encontramos sentencias que conceden el daño moral basadas tan sólo en la declaración de testigos, otras que lo fundamentan en presunciones y otras en la prueba pericial. Del mismo modo, se han analizado sentencias relacionadas con el daño moral bajo el régimen de valoración de la sana crítica, revisando sentencias principalmente que dicen relación con la ley de protección al consumidor¹².

¹¹ SALGADO (1979) p. 9.

¹² En Adelante LPC.

Finalmente haremos una breve referencia a ciertos temas concretos relacionados con el daño moral y su prueba. Al efecto, se seleccionaron sentencias que podemos considerar como icónicas en el sentido de haber sentado criterios. Como lo son, por ejemplo, criterios referidos a la prueba del daño moral en las personas jurídicas, el caso de la reserva del artículo 173 del CPC, la pérdida de una chance, el daño moral contractual y la revisión casacional del daño moral.

2.- La prueba y el Régimen General de Medios de Prueba en nuestro Ordenamiento Jurídico.

En términos generales, en coincidencia con la doctrina podemos afirmar que la palabra prueba tiene diversos significados o connotaciones¹³. Ya sea que se relacione con una etapa del proceso, con los medios de prueba, o con la actividad de las partes y del juez para la determinación de los hechos y la aplicación del derecho a través de la sentencia.¹⁴ En este sentido, la importancia de la prueba en un sentido más restringido, se traduce en que las partes deben probar sus afirmaciones sobre los hechos en el proceso, a través de la aportación de los medios suficientes con el objeto de crear la convicción en el juez.¹⁵

En concordancia con la concepción restringida de prueba que hemos descrito en el punto anterior, resulta necesario revisar cómo las fuentes de prueba se incorporan en el proceso a través de los medios de prueba¹⁶, particularmente establecer a qué medios

¹³ GUILHERME, CRUZ y NUÑEZ (2015) p. 41. PEÑAILILLO (1989) p.1. DUCCI (1988) p.368. SALGADO (1979) p.11.

¹⁴ BORDALÍ, CORTÉS y PALOMO (2014) p.207.

¹⁵ ANABALÓN (1954) p. 203. CASARINO (2002) señala que: “ la palabra prueba tiene una significación más restringida: es la demostración por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho que ha sido controvertido y que es fundamento del derecho que se pretende.”

¹⁶ En este sentido MENESES (2008) desarrolla ampliamente la distinción entre fuentes y medios de prueba.

puede recurrir el litigante para probar la existencia del daño moral. No existiendo un régimen especial de prueba del daño moral, debemos necesariamente recurrir al régimen general de prueba que establece el derecho común en concordancia con la regulación procesal. En este sentido, los medios de prueba de los cuales se pueden valer los litigantes, se encuentran regulados en el inciso segundo del artículo 1698 del CC, y en el artículo 341 del CPC.

El inciso segundo del artículo 1698 del CC señala que: “Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez.”

Por su parte, el artículo 341 del CPC establece que: “Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; informes de peritos; y Presunciones.”

De conformidad con estos medios de prueba veremos que nuestros tribunales superiores de justicia han fundamentado la acreditación del daño moral, tomando en consideración sólo la prueba testimonial, testimonial más instrumental y principalmente infiriendo de la testimonial y documental, sendas presunciones judiciales. Con respecto a esto último, veremos que, a pesar de que bajo el sistema de valoración de prueba legal o tasada, en que normativamente se establece la forma en que debe valorarse la prueba rendida, los tribunales de instancia y las cortes, suelen no regirse por el mismo; e intentan, de todas maneras, construir una presunción judicial, en los casos en que la prueba del daño moral se encuentra debidamente fundamentado en la sentencia o simplemente se presume o se infiere holísticamente del mérito del proceso. En este sentido, teniendo, por ejemplo, dos testigos contestes las sentencias no dan por

acreditado el daño en virtud de la regla la plena prueba que establece el artículo 384 Número 2 del CPC¹⁷.

3.- La Prueba del Daño Moral.

En estricto rigor, la prueba del daño de manera genérica es un requisito esencial de la responsabilidad civil¹⁸, puesto que para que nazca la obligación de indemnizar perjuicios, la conducta ilícita debe, necesariamente, haber ocasionado perjuicios. En este sentido, la cuestión no admitiría inconvenientes, por cuanto, como requisito general de la responsabilidad civil siempre se estaría en la obligación de acreditar el daño, como así lo ha resuelto la Corte Suprema en *Huerta Martínez con Municipalidad de la Florida*¹⁹ al señalar que: “*Que es conveniente dejar asentado que el daño moral debe ser probado por quien lo reclama, puesto que se hace necesario demostrar el efectivo detrimento psicológico que un hecho dañoso como el que se ha descrito pudo producir en la víctima. En efecto, quien pretende atribuir responsabilidad extracontractual debe demostrar sus supuestos y uno de ellos es el daño, con arreglo a lo previsto en la regla del onus probandi prevista en el artículo 1698 del Código Civil, cuyo alcance es extensivo a la materia de que se trata.*” La doctrina mayoritaria, dejando a atrás aquella que señalaba que el daño moral no requería prueba²⁰, en este sentido en la actualidad

¹⁷ Artículo 384 Número 2 CPC: “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes:

2º. La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario;”.

¹⁸ CORRAL (2013) p. 132. BARROS (2006) p. 215. DIEZ (1997) p. 27. RODRÍGUEZ GREZ. (2002). p.256. RAMOS (2006) p. 40.

¹⁹ *Huerta Martínez con Municipalidad de la Florida* (2014).

²⁰ SALGADO (1979) p. 51, señalaba en esa época que “La jurisprudencia de nuestros tribunales, en forma uniforme, ha declarado en materia de daño moral que atendida su naturaleza psicológica no está sujeto a prueba, bastando el hecho que lo genera para tenerlo por acreditado, quedando su regulación entregada a la facultad discrecional de los jueces de la instancia.”

está conteste, por lo que reiteradamente se ha señalado que el daño moral debe ser probado.²¹

El problema surge al analizar el daño moral en concreto, puesto que el mismo es una cuestión netamente personal. Y al pertenecer al fuero interno de las personas, su existencia íntima será tan individual como personas existan en el planeta ti. Es por ello que, en estricto rigor, es de una prueba altamente compleja, sino imposible²². En este sentido, reconociendo esta dificultad, resulta necesario objetivar su prueba de conformidad con los medios de prueba que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido en el CC y en el CPC.²³ Aún así, nuestros Tribunales Superiores de Justicia no han estado contestes a efectos de establecer un régimen especial de prueba del daño moral, sino que se han remitido al régimen general de la prueba de todo el sistema de daños nacional. Así por ejemplo, en *Nogara Ostrinsky con Walmart Chile*²⁴ la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que: “...la indemnización del daño moral requiere que el mismo sea cierto, vale decir, que sea real y no hipotético, el que deberá ser demostrado por los medios de prueba legalmente establecidos por nuestro ordenamiento jurídico.”

²¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO (1998) p. 716 señala que “al igual que el daño material, el perjuicio moral también requiere ser acreditado, puesto que tal exigencia de prueba no es una que provenga de la naturaleza del perjuicio, sino de principios probatorios procesales y sustantivos básicos”. Por su parte FUEYO (1990) p. 105 señala que “es preciso remarcar insistentemente que todo daño debe probarse, sea patrimonial, sea extrapatrimonial. El método y el objeto sobre que recae la prueba, y su extensión, serán diferentes según la clase de daño; pero ésa es una cuestión aparte y no hace excusable la prueba que se ha de rendir en todo caso”. BARROS (2006) p. 332, si bien es cierto reconoce la divulgada probatoria, señala que “el daño moral debe ser probado por quién lo alega.”

²² En este sentido ALESSANDRI (2005) p.167 señala que “la dificultad para apreciar pecuniariamente el daño moral no puede tampoco ser un motivo para no admitir su indemnización.”

²³ PEÑAILILLO (1989) p. 9.

²⁴ *Nogara Ostrinsky con Walmart Chile* (2014).

La excepción se configura en aquellos casos en que las sentencias se basan en la teoría del daño evidente, en que el daño moral prácticamente se presume o se produce una injustificada morigeración de la carga probatoria.²⁵

4.- Breve referencia a la evolución jurisprudencial del concepto de daño moral. Importancia probatoria de la delimitación del concepto.

El concepto de daño moral representa un tema de alta complejidad, ya que la falencia legal se ha ido integrando a través del tiempo, tanto en la doctrina como en jurisprudencia²⁶. Dicha dificultad se acentúa en nuestra Jurisprudencia, ya que en concordancia con la evolución doctrinal, se puede apreciar una tendencia mayoritaria hacia la superación de la concepción restringida, que circunscribía el daño moral exclusivamente al *pretium doloris*, hasta la búsqueda del establecimiento de un concepto más amplio del daño moral, concluyendo que el *pretium doloris* es más bien una especie del mismo²⁷. Sin embargo, podemos advertir una evidente dicotomía en la jurisprudencia, ya que al mismo tiempo mientras mayoritariamente se va adoptando una concepción más amplia del daño moral en sí, la misma jurisprudencia no ha sido proclive a la aceptación expresa de nuevas categorías autónomas de daño moral, manifestando una clara inclinación a encasillar todo daño extrapatrimonial dentro del

²⁵ CORRAL (2013) p.157. Por ejemplo en *Olmos Bruna con Hernández Pino* (2018) la Corte Suprema señala que: “.....en materia de daño moral, la exigencia probatoria, sin necesariamente ser más laxa, es, sin duda, diferente, atendido sus propios contornos y elementos configurativos.”

²⁶ Al respecto DOMÍNGUEZ HIDALGO (2008) p. 45, señala “ No es exagerado afirmar que la determinación del concepto de daño moral es uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil”.

²⁷ Así lo sostiene BARRIENTOS (2008) p.90.

concepto general de daño moral²⁸. Entendemos que un punto de partida para que su aspecto probatorio se objetivice, es precisamente superar esa visión limitada, ya que el análisis de los aspectos particulares de categorías autónomas del espectro moral dañado es, precisamente, lo que permitiría advertir parámetros concretos al respecto.

Así por ejemplo, esta dicotomía la podemos apreciar en *González Rodríguez con Fisco*²⁹. Sentencia en que la Corte Suprema reproduce textualmente un considerando de “*Mellao y otros con Fisco de Chile*”³⁰ y señala que: “*a fin de resolver este capítulo del recurso, es necesario determinar previamente la naturaleza del daño moral. Si bien no existe un concepto unívoco de lo que se entiende por tal, su acepción más restringida se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como pretium doloris. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no sólo el pretium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos*”³¹. A pesar de este razonamiento, podemos apreciar que finalmente la sentencia se queda solamente en una mera declaración, puesto que definitivamente no se pronuncia sobre una categoría de daño en concreto. En este sentido, en el considerando siguiente, al fundamentar la procedencia del daño “*...ha visto alterada su autoestima y ha generado desconfianza hacia la autoridad, lo que se suma a los cambios en su diario vivir .*” El

²⁸ Podemos apreciar que la misma problemática ya había sido advertida por DIEZ (1997) p.121, quién tras analizar la jurisprudencia del daño moral, especialmente aquella que se pronunciaba sobre lesiones y sus secuelas señalaba que: “En todos los casos recién anotados las secuelas dejadas por el hecho ilícito reunían los caracteres suficientes como para ser consideradas *perjuicio estético*, categoría de daño moral independiente del sufrimiento o dolor (*pretium doloris*) que también debieron originar. Pero lo que en verdad ocurrió es que todas las consecuencias de estos hechos ilícitos se encuadraron genéricamente en la idea de *pretium doloris*.”

²⁹ *González Rodríguez con Fisco* (2013).

³⁰ *Mellao y otros con Fisco de Chile* (2011).

³¹ El mismo considerando se reproduce textualmente también en *Arias Freire con Municipalidad de Tirúa* (2017), en “*Bravo Tapia con Servicio de Salud de Concepción*”(2018), en *Soto maluenda con Servicio de Salud de Viña del Mar* (2018).

mismo considerando en que la Corte se adhiere al concepto amplio de daño moral se puede ver replicado textualmente en *Caucoto Pereira con Hospital del Salvador*³², sentencia en que la Corte adhiere a la concepción amplia de daño moral, pero nuevamente no especifica en concreto a qué categoría de daño, distinta al *pretium doloris*, se está refiriendo. En este sentido también podemos mencionar *Gutiérrez San Martín con Municipalidad de Viña del Mar*³³: *Que tampoco es procedente el argumento de la demandada relativo a que lo pedido por el demandante, es sólo el aspecto psicológico, fundado en que al definirlo recurrió al concepto clásico del “pretium doloris”, primero, debido a que no es efectivo como se explicitó precedentemente; y segundo, porque dicho concepto ha sido superado en la actualidad, entendiéndose hoy, que el daño moral, incorpora otros que se relacionan con el mismo y, que deben ser indemnizados, sobre la base del principio de “reparación integral” que informa el derecho de daños.*

En el mismo sentido, la Corte Suprema en *Quilodrán Ramírez con Servicio de Salud de Concepción*³⁴, nuevamente reproduce el considerando de *Mellao y otros con Fisco de Chile*, pero realiza una distinción de una categoría de daño moral distinta al *pretium doloris*, pero nuevamente no se da un paso más allá estableciendo concretamente que indemniza una categoría de daño moral distinta al dolor o sufrimiento. Así señala: *“Que, en la especie, se encuentran suficientemente acreditadas no sólo la disminución y daño físico que causa la esterilidad de la actora, consistente en la extracción del útero, previo transcurso de 12 días de internación hospitalaria, sino también el daño moral padecido por ella, en tanto sufrimiento derivado del efecto esterilidad, ello a los 29 años y sin embarazos previos, todo lo cual le ocasionó una indudable aflicción que la llevó a necesitar terapia psicológica....”*. En efecto, la Corte

³² *Caucoto Pereira con Hospital del Salvador* (2017).

³³ *Gutiérrez San Martín con Municipalidad de Viña del Mar* (2018).

³⁴ *Quilodrán Ramírez con Servicio de Salud de Concepción* (2017).

distingue, sin mencionarlo, una especie de perjuicio de agrado o de los placeres de la vida, pero en el resto de la sentencia no hace distinción alguna y en lo resolutivo sólo señala que: "*se condena al Servicio de Salud de Concepción al pago de una indemnización de \$35.000.000 (treinta y cinco millones de pesos) por concepto del daño moral sufrido por la actora*".

Existen casos en que se ha otorgado el daño moral determinado éste en sub categorías, como en *Olivares Rubio con Servicio de Salud O'higgins*³⁵, que es un caso de negligencia médica en la atención de un parto, tras el cual un niño nace con un problema en un ojo, tras lo cual se demanda derechamente como daño el *pretium doloris*, perjuicio de agrado, el perjuicio estético, y el daño moral propiamente tal. La sentencia de primera instancia, la que fue confirmada en todas sus partes por la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, dio lugar a la demanda por estos conceptos, otorgando en su totalidad la suma de \$200.000.000.-

Otro concepto de daño moral lo podemos apreciar en *Trujillo Varas con Mundi Iglesias y otros*³⁶ en que la Corte Suprema, en un caso de responsabilidad por vicios de la construcción, señala que: "*El daño moral se define como el sufrimiento, trastorno psicológico, afección espiritual o lesión de un interés personalísimo, ocasionado a la espiritualidad del ofendido, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o de la vulneración de un derecho subjetivo, no definible por parámetros objetivos, susceptible de afligir a la víctima o a un tercero, y que puede traducirse en un daño moral puro, o bien de índole pecuniario, cuando indirectamente menoscaba la capacidad productiva del perjudicado*".

La Corte Suprema en *Latorre O'neil con Banco de Crédito e Inversiones*³⁷, discurre sobre esto en este caso, en que se demanda la responsabilidad contractual del

³⁵ *Olivares Rubio con Servicio de Salud O'higgins* (2018).

³⁶ *Trujillo Varas con Mundi Iglesias y otros* (2015).

³⁷ *Latorre O'neil con Banco de Credito e Inversiones* (2016).

Banco por la publicación en el boletín comercial de una deuda morosa originada en la firma de un pagaré en blanco relleno por la demandada 7 años después de otorgado el mandato por el demandante. El daño moral, el demandante lo fundamenta en el hecho de haber sufrido desprestigio financiero y profesional, así como sufrimiento familiar y psicológico. En este fallo, la Corte Suprema nos muestra la importancia de la delimitación correcta del concepto de daño moral, puesto que partiendo de la base que el daño moral debe ser probado, señala que no es suficiente para cumplir con dicha carga probatoria “...la invocación de las características del hecho generador del daño, por cuanto tal aspecto se dirige más bien a la determinación de su magnitud y, consiguientemente, a su quantum, pero no a la finalidad probatoria perseguida, esto es, la de acreditar el perjuicio afectivo ocasionado.”

La importancia de la determinación del concepto de daño moral, especialmente en el sentido de aceptar derechamente su categorización en sub tipos de daño moral, radica en que, una vez determinado su concepto se podrá establecer por el litigante, el objeto de la prueba³⁸ y quiénes cuentan con la legitimación activa para demandar el daño³⁹. No obstante el levantamiento de campo realizado, hoy en día sigue siendo una cuestión pendiente el consenso en la aceptación de estos sub tipos por nuestra jurisprudencia, la que en definitiva sigue concibiendo mayoritariamente exclusivamente el daño moral como dolor o sufrimiento. Por ejemplo en *Vallejos Donoso con Jumbo* se estableció “la indemnización del daño moral, dada la naturaleza de los sufrimientos y

³⁸ Por ejemplo CORRAL (2013) p. 161 sostiene que “la prueba del daño moral debe acomodarse a su naturaleza especial: si se alega un daño corporal, debe acreditarse la pérdida que la lesión o enfermedad produce a la víctima (no es necesario acreditar dolor si la indemnización se concibe como una reparación del daño corporal, y no el pretium doloris); si se trata de un daño estético, debe apreciarse por el juez que efectivamente el daño es real; si se trata del dolor psíquico, la prueba deberá centrarse en la acreditación de los hechos que ordinariamente para una persona normal en la misma situación hubiera sentido. De este modo, la prueba de presunciones adquiere especial relevancia.”

³⁹ En este sentido CÁRDENAS y GONZÁLEZ (2007) p. 365, sostienen que “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 solo 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, quienes deben acreditar la existencia del daño”.

dolores que le sirven de sustento fáctico.”⁴⁰ Como se puede apreciar, sin mencionarlo, la Corte sigue restringiendo el concepto de daño moral exclusivamente a “dolor y sufrimiento”, sin perjuicio de la superación de este concepto ha permitido la aceptación del daño moral a las personas jurídicas como legitimados activos, ya que una intelequia como aquellas no podría experimentar dolor físico, como veremos más adelante en el apartado especial de este tema.

5.- La prueba del daño moral en el sistema de valoración de la prueba legal o tasada.

Nuestro Código de Procedimiento Civil establece el sistema de valoración de la prueba legal⁴¹ o tasada. Estamos frente a un sistema de valoración predeterminado, en que el sentenciador debe valorar la prueba con apego a las reglas establecidas previamente por el legislador. Es por ello que su infracción vulneraría las denominadas leyes reguladoras de la prueba. Nuestro CPC, regula la prueba en el Libro II, sobre juicio ordinario de Mayor cuantía, estableciendo una regulación pormenorizada de la forma, requisitos y valoración de cada medio de prueba.⁴²

Sobre el particular, tratándose el daño moral de un hecho más del proceso, se debe recurrir a todos los medios de prueba que señala el legislador para su acreditación.⁴³ Limitar su prueba implica un ejercicio no deseado. A mayor amplitud de prueba al respecto, mayor será la esfera del sentenciador al momento de determinar su procedencia improcedencia.

⁴⁰ *Vallejos Donoso con Jumbo* (2011).

⁴¹ NUÑEZ (2015) p. 214 señala que la prueba legal o tasada “consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general o abstracta, el valor que ha de atribuirse a cada tipo de prueba”.

⁴² Sobre el desarrollo procesal de los medios de prueba véase CASARINO (2002) BORDALÍ, CORTÉS y PALOMO (2014).

⁴³ DIEZ (1997) p. 137.

Al establecer el CPC un sistema de valoración reglado de los distintos medios de prueba que contempla nuestro ordenamiento jurídico, necesario resulta analizar cómo nuestros tribunales superiores han dado por acreditado el daño moral bajo este sistema de valoración de la prueba, principalmente a través de la prueba testimonial, presunciones y pericial.

5.1.- Sentencias que han fundado la pretensión y tienen por acreditado el daño moral mediante el medio probatorio prueba testimonial.

La prueba testimonial encuentra su regulación en el Libro II, Título XI, párrafo número 3, artículos 356 a 384 del CPC. El CC sólo establece limitaciones a la admisibilidad de la prueba testimonial tratándose de obligaciones que hayan debido consignarse por escrito⁴⁴ y que son aquéllas que contengan la entrega o promesa de entregar una cosa valga más de 2 unidades tributarias mensuales, pero no establece ninguna otra regla especial de valoración.

Testigo por esencia es un tercero ajeno al juicio que declara sobre hechos de que tienen conocimiento⁴⁵.

En nuestra legislación procesal civil, no todas las personas son hábiles para ser testigos. En efecto, los artículos 357 y 358 del CPC, establecen las inhabilidades de ciertas personas cuyo testimonio no puede ser valorado por el tribunal. El procedimiento para establecer la inhabilidad es el de las tachas, regulado en el párrafo 3, del título XI, Libro II del CPC.

⁴⁴ Artículo 1708 CC.

⁴⁵ DUCCI (1988) p. 400.

En cuanto a la valoración de la prueba testimonial, el artículo 384 del CPC⁴⁶, establece expresamente las reglas con que los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos⁴⁷. Sobre las mismas, llama la atención la regla segunda, en el sentido que, bastaría para tener que un hecho tenga fuerza probatoria de plena prueba, con la declaración conteste en el hecho mismo y en sus circunstancias esenciales, sin tacha y dando razón de sus dichos, de dos testigos. Es decir, para efectos de tener por probada la existencia del daño moral, la declaración de 2 testigos contestes sobre el mismo, según esta regla, sería suficiente para tener por acreditado el daño. Sin embargo, nuestros tribunales de justicia, en realidad poco y nada aplican esta norma de valoración expresa, ya que en la práctica la declaración de testigos siempre se valora en conjunto con otras pruebas, especialmente la documental acompañada en el proceso. Es decir, la testimonial se valora, más bien, como un antecedente para fundamentar una presunción judicial.

⁴⁶ El artículo 384 del CPC establece que: “*Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes:*

1a. La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426;

2a. La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario;

3a. Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas de proceso;

4a. Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número;

5a. Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho;

y
6a. Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes.”

⁴⁷ Contreras (2017) p. 302 señala que el artículo 384 del CPC “constituye una norma que se considera el paradigma de la prueba tasada, pues el legislador, situándose en varios supuestos, señala en qué casos se debe o no dar por cierto lo que han dicho los testigos, sin interesarse para nada en el nivel de convicción subjetiva que el sentenciador ha podido formarse racionalmente respecto de las declaraciones de cada uno de ellos, ni en las conclusiones que ha podido elaborar al efecto.”

Así por ejemplo en *Carrasco Estuardo con Municipalidad de Tomé*⁴⁸, que es un caso en que fallece un adolescente producto de las lesiones que sufrió al ser chocado por una camioneta en una cicletada organizada por su liceo y una oficina municipal de jóvenes. La Corte para fundar el daño, toma la declaración de dos testigos en la causa, pero no les da el valor probatorio señalado en la norma citada, sino que señala lo siguiente: *“A su turno, con la prueba testimonial agregada desde fs. 94 a fs. 98, consistente en las deposiciones de Aura Torres Quinteros y de Juan Torres Mora, ha quedado demostrado el profundo pesar y la aflicción que el fallecimiento de su hijo menor de edad causó a los demandantes, particularmente considerando que los deponentes se refieren a su situación indicando que quedaron “destrozados” tras la ocurrencia de los hechos; que han continuado apesadumbrados por largo tiempo (las declaraciones se prestaron el 9 de noviembre de 2012) y que el menor era muy apegado a sus padres”*. Como se puede apreciar, declararon en autos dos testigos contestes sobre el daño moral, pero no se fundamenta la decisión en la regla segunda del artículo 384 del CPC, diciendo que la declaración conteste de ambos testigos produce plena prueba respecto del daño moral. Sino que sin decirlo, más bien fundamenta la decisión en la construcción de una presunción judicial. Así la Corte continúa señalando que *“Conforme a tales antecedentes, que no han sido contradichos por prueba alguna, y considerando que la muerte de un hijo no puede provocar en sus progenitores sino un dolor profundo, un hondo pesar y una aflicción genuina y prolongada, se debe concluir teniendo por suficientemente acreditado el daño moral sufrido por los demandantes, cuyo monto se regulará prudencialmente en la parte resolutive.”*

La sentencia perfectamente pudo sustentar la decisión condenatoria respecto del daño moral en la plena prueba de dos testigos contestes o, en caso contrario, debió fundamentar por qué no podía asignársele dicho valor probatorio a esas declaraciones,

⁴⁸ *Carrasco Estuardo con Municipalidad de Tomé* (2015).

para luego construir la presunción judicial o que las mismas sirvieran de base de una presunción judicial.

La misma situación anterior se puede apreciar en *Quilodrán Ramírez con Servicio de Salud de Concepción*⁴⁹, un caso de negligencia médica, en que una mujer pierde su útero, quedando estéril de por vida, por la incorrecta aplicación de un medicamento por parte del Hospital Regional de Concepción en el tratamiento de un aborto retenido. La Corte Suprema, teniendo la regla imperativa de valoración de la prueba del artículo 384 del CPC, no aplica ninguno de sus numerales y da por acreditado el daño moral por la valoración conjunta de la prueba testimonial y documental allegada al proceso.⁵⁰

El razonamiento valorativo que se extraña en las sentencias citadas precedentemente, se puede apreciar de manera genérica en *Caucoto Pereira con Hospital del Salvador*⁵¹, un caso de falta de servicio por la comunicación tardía de los resultados del examen de VIH positivo, los que se encontraban en poder del Hospital del Salvador desde el 23 de octubre de 2007, y que fueron enviados por carta certificada un año después al demandante. La Corte da por acreditado el daño moral señalando que "*.....la afectación emocional que esta situación generó en el actor se encuentra acreditada con las declaraciones, de cuatro testigos quienes, de manera conteste, dan cuenta del sufrimiento que para el actor ha significado la actuación negligente del demandado.*"

⁴⁹ *Quilodrán Ramírez con Servicio de Salud de Concepción* (2017).

⁵⁰ El considerando 12° señala: "*Que, en la especie, se encuentran suficientemente acreditadas no sólo la disminución y daño físico que causa la esterilidad de la actora, consistente en la extracción del útero, previo transcurso de 12 días de internación hospitalaria, sino también el daño moral padecido por ella, en tanto sufrimiento derivado del efecto esterilidad, ello a los 29 años y sin embarazos previos, todo lo cual le ocasionó una indudable aflicción que la llevó a necesitar terapia psicológica, según lo reseñado en los documentos rolantes a fojas 49 y 50, que se suman al mérito de la prueba testimonial rendida a fojas 70 y siguientes, consistente en los dichos de los testigos Ana Rivas Yáñez, Jacqueline Coloma Zambrano, Marcia Castillo Montoya, Patricia Rivas Yáñez María Soledad Milic Salas quienes refieren los sufrimientos y angustia que padeció.*"

⁵¹ *Caucoto Pereira con Hospital del Salvador* (2017).

El mismo razonamiento, en que pareciera aplicarse la regla del número 2 del artículo 384 del CPC, se puede apreciar también en *Aravena Le-Fort con Municipalidad de Melipilla*⁵², un caso de falta de servicio por el accidente sufrido por una mujer debido a mala mantención de una vereda. La sentencia de primera instancia rechaza la demanda y la Corte de Apelaciones de San Miguel la revoca, acogiendo la sentencia, concediendo el daño moral, señalando que *“Que el daño moral sí se encuentra suficientemente acreditado, los testigos están contestes en que la actora desarrollaba distintas conductas que le permitían su sustento y una vida activa independiente de sus familiares, condiciones que variaron sustancialmente después de los hechos ya establecidos, porque se trasladó a vivir con su familia cercana y depende de su hijo y nieto para tener un lugar para vivir y para su sustento, camina con uso de un bastón y dejó de ser “una mujer activa y alegre” para convertirse en una persona deprimida...”*

Los testigos crearon convicción en el tribunal para dar por acreditado el daño moral, pero estimamos que, si bien es cierto se aplica de manera indirecta la regla de valoración del artículo 384 numeral segundo, ésta no se fundamenta de manera adecuada, ya la Corte pudo señalar que la declaración conteste de los testigos constituye plena prueba y la misma no ha sido desvirtuada por otra plena prueba.

En *Silva con Servicio de Salud*⁵³, que es un caso de negligencia médica por la muerte de un niño de 3 meses de edad, debido a la deficiente atención que recibió en el CESFAM y al Hospital Sótero del Río, puesto que ambos centros asistenciales soslayaron la gravedad del cuadro respiratorio que padecía el lactante, derivándolo en ambas ocasiones a su domicilio, donde finalmente falleció. La Corte Suprema en sentencia de reemplazo señaló: *“Que en cuanto al daño moral, cabe consignar que en estos autos ha quedado debidamente acreditado con la prueba testimonial rendida el dolor y la aflicción que sufrieron los padres de C.S.S. producto de su muerte, toda vez*

⁵² *Aravena Le-Fort con Municipalidad de Melipilla* (2015).

⁵³ *Silva Silva con Servicio de Salud* (2016).

que aquellos deponen acerca de lo difícil que les ha resultado aceptar la muerte de su hijo, quien había nacido sano, cuestión que además afectó al resto de su núcleo familiar pues incluso su hija Carla Salazar Silva, que a la fecha del deceso tenía 8 años, debió recibir ayuda psicológica para enfrentar el duelo puesto que sus padres de ésta no estaban en condiciones de brindarle ayuda, pues tenían un duelo no resuelto que derivó en depresión (fojas 263).” Cabe señalar que tratándose de expresiones médicas que indican la existencia de una patología, como lo sería una depresión, al tratarse de una patología mental, se ve como una necesidad que un perito, o un testigo experto fundamente la existencia de la misma, toda vez que los profesionales del derecho no estamos en condiciones de dar por acreditada, ni mucho menos de negar la existencia de este tipo de dolencias, por lo que parece sensata esta exigencia al evitar así la arbitrariedad judicial. Así las partes deberían valerse de testigos expertos o testigos peritos⁵⁴, para que éstos ilustren al tribunal no sólo sobre el trastorno mental que constituye el daño moral, sino que también se pronuncien sobre la causalidad y consecuentemente, los factores de base para la determinación del quantum indemnizatorio.

En *Letelier Vásquez con Servicio de Salud del Maule*⁵⁵, otro caso de negligencia médica respecto de un niño que quedó con parálisis cerebral tipo tetraparesia mixta a consecuencia de una asfíxia perinatal, la Corte dio por acreditado el daño moral, fundándose para ello en la testimonial rendida en la causa. En dicho caso, los testigos declararon sobre el dolor y sufrimiento que experimentaron los padres por ver a su hijo postrado. Discurre el sentenciador señalando que los testigos acreditaron el sufrimiento

⁵⁴ AGUERRIZABAL (2012) p. 339. DUCE (2016) p. 321. Los testigos expertos en nuestro ordenamiento jurídico solo tienen reconocimiento positivo expreso en la ley N° 20.600 que crea los tribunales ambientales. El artículo 40 sin definir lo que son los testigos expertos establece que : “Por cada hecho consignado en el auto de prueba las partes podrán pedir la declaración de hasta un testigo experto y dos testigos que no reúnan dicha calidad”. En el inciso segundo del mismo artículo se dispone: “La parte que presente testigos expertos señalará, además, las circunstancias que acrediten la idoneidad de ellos. Sin perjuicio de prestar su declaración en la audiencia, el testigo podrá consignar su opinión en un informe escrito que la parte respectiva deberá acompañar hasta cuarenta y ocho horas antes del inicio de la audiencia”.

⁵⁵ *Letelier Vásquez con Servicio de Salud del Maule* (2016).

que debieron enfrentar los padres en el duro proceso de rehabilitación. Se hizo cargo dicha sentencia de la calidad de los testigos, aunque sin señalarlo expresamente, en el fondo valora la testimonial como testigos expertos, ya que en la causa declararon el kinesiólogo del niño, así como la doctora a cargo de su rehabilitación. En este sentido, la Corte concluyó que *“resulta estar suficientemente acreditado el cambio en las condiciones de vida que han enfrentado aquéllos, pues han debido dejar gran parte de sus actividades cotidianas para atender las especiales necesidades de su hijo, modalidad que deberán seguir cumpliendo, pues el estado del niño es irrecuperable”*. Importante es señalar que la referida sentencia agregó en su razonamiento metodológico un elemento relevante respecto a la ponderación de la prueba, como lo es la calidad de los testigos que depusieron en el juicio, tema que reviste importancia no sólo respecto a la calidad de la información que aporta este tipo de testigos. Sino que adquiere relevancia al momento de dar por acreditada la calidad técnica del referido testigo, habida consideración que su experticie no está previamente sometida a un examen de idoneidad, ni presenta el standard técnico de un perito judicial. Estimamos que, para la correcta incorporación del testimonio del testigo experto en el juicio, es necesario que se acompañen al proceso sus antecedentes profesionales, así como haber previamente emitido un informe, el cual sea ratificado con su declaración.

Por otra parte, en esta sentencia podemos apreciar cómo se concilia en un mismo análisis justificativo respecto de la procedencia del daño moral, la postura que sostiene la necesidad inherente de la prueba del daño moral, con aquélla que se sustentaría en su notable evidencia. En este sentido, la misma prueba documental y testimonial, pudo servir de base para la construcción de la presunción judicial, sin necesidad de hacer referencia a una supuesta evidencia del daño moral con respecto a la víctima. Así la Corte señaló que: *“En cuanto al daño moral sufrido por J.M.P., este resulta evidente, toda vez que producto de la falta de servicio en que se incurrió al momento de su nacimiento, se verá privado absolutamente de desarrollar una vida normal, dada las*

secuelas crónicas e irreversibles que presenta”. De esta forma, si bien la sentencia contiene una conclusión que podría considerarse poco fundamentada, interesante resulta la circunstancia que dicha conclusión se fundamentó en la prueba documental ratificada por la testimonial rendida, elementos probatorios que le llevaron a concluir la imposibilidad de llevar una vida normal a futuro, infiriendo de ese hecho concreto y probado científicamente, la conclusión respecto a la privación de la posibilidad de la víctima, de llevar una vida normal en el futuro. En estricto rigor, esta sentencia podríamos encasillarla también en aquéllas en que la determinación del daño moral se sustenta en la construcción de una presunción judicial.

En *Cortés Morgado con García Brito*⁵⁶, un caso de responsabilidad médica basado en un contrato de cirugía plástica, la prueba testimonial fue la prueba determinante para la fundamentación del daño moral en la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, por cuanto dio por acreditado el daño moral por la declaración de testigos. Una señaló expresamente que *“en una operación como la que se trata en esta causa, se juega la autoestima de la paciente y es así como después de la intervención médica la percibió desilusionada, desmoralizada y choqueada, pues se percibía perjudicada profesionalmente a causa de no poder continuar su trabajo de bailarina de danza árabe”*. Otra testigo declaró: *“que la operación fue muy rara, refiriéndose al resultado estético, que tenía todo hinchado y no se podía sentar; reconociendo las fotografías acompañadas en la demanda, añadiendo el efecto psicológico que provocó en la demandante, debido a que lo desproporcionado de los implantes le impidió continuar con su trabajo de bailarina.”* Como podemos apreciar en este caso, la testimonial también sirvió para dar autenticidad y valoración a la prueba documental, consistente en fotografías acompañadas en el proceso. Ejercicio que en el último tiempo ha de ser considerado de mayor relevancia, tomando en cuenta que las

⁵⁶“*Cortés Morgado con García Brito*” (2011).

fotografías en el proceso civil reglado son fuentes con carácter a-jurídico⁵⁷. Desde un punto de vista probatorio, observamos que la prueba documental privada puede transformarse en un potente medio de prueba en la medida que sea contrastado o corroborado mediante otro, especialmente con la testimonial. En efecto, en la actualidad en que los dispositivos móviles permiten inmortalizar una variada gama de situaciones, han de determinarse criterios objetivos que permitan darle mayor o menor credibilidad a la información obtenida mediante dichos dispositivos. Así en este caso, se utilizaron las fotografías obtenidas para exhibírselas a los testigos y así lograr 2 objetivos. Por una parte ratificar la documental, y por otra, aportar mayor información al juez, permitiéndole dotar de una mayor o menor credibilidad a cada testigo, en la medida que su declaración se advierta conteste con la información contenida en la documental. Asimismo, la testimonial podría estar abocada en dicho caso, a fijar la fecha cierta de la ocurrencia de un hecho, o a otorgar antecedentes de contexto a un hecho grabado o fotografiado de manera aislada.

La Corte Suprema en *Arias Freire con Municipalidad de Tirúa*⁵⁸, un caso de responsabilidad médica que habría producido el fallecimiento de un niño en el Hospital Regional de Concepción, debido a una Neumonía no diagnosticada ni tratada en Consultorio de Quicio y el Cesfam de la comuna de Tirúa, la Corte sustentó su decisión de conceder el daño moral, fundamentándose para ello en la declaración de dos testigos que habrían “*dado cuenta del cambio rotundo que en el orden emocional han sufrido estos padres, señalando que antes de los hechos se trataba de una familia muy alegre y que el menor Yerson Liviqueo era un niño con mucha energía, sano e inteligente, cuyo fallecimiento ha provocado en estos actores una carga emocional que sobrellevan hasta el día de hoy, con ayuda de tratamientos médicos*”. En este caso, resulta cuestionable la

⁵⁷ Con respecto a las fotografías Meneses (2008) p. 60, señala que: “En el ordenamiento chileno, por ejemplo, las fotografías o las cintas magnetofónicas son fuentes con carácter extra o a-jurídico, pues no hay normas expresas que señalen sus requisitos y efectos legales.”

⁵⁸ “*Arias Freire con Municipalidad de Tirúa*” (2017).

valoración de la prueba testimonial toda vez que puede parecer precario que la existencia y prueba del daño moral logre sustentarse tan sólo en la declaración de dos personas que finalmente no lograrán nunca dar cuenta del contenido emocional ni del fuero interno de la víctima, ni de sus familiares, puesto que no se trataba de testigos expertos.

En *Soto Maluenda con Servicio de Salud de Viña del Mar*⁵⁹ se condenó al Servicio de Salud Viña del Mar – Quillota, por una paciente que fallece en el Hospital Dr. Gustavo Fricke de Viña del Mar, por shock séptico de origen puerperal. La paciente en reiteradas ocasiones dio cuenta de dolores y síntomas que fueron ignorados por el personal del hospital, lo que en definitiva la llevó a su deceso 5 días después del parto. La Corte señala que se omitió entregar a la paciente una adecuada y oportuna atención a los síntomas que presentaba, lo que habría permitido un correcto diagnóstico y tratamiento, a fin de producir una respuesta eficaz ante la infección que presentaba⁶⁰. La Corte tuvo como prueba esencial para determinar la falta de servicio la ficha clínica y, para dar por acreditado el daño moral, la declaración de testigos que acreditaron el vínculo de la madre con la fallecida⁶¹, la depresión que debió soportar el marido⁶² y los padecimiento del hijo que se han manifestado en repercusiones derivadas hasta la actualidad como consecuencia de no haber tenido a su madre para sus cuidados. ⁶³

En la presente sentencia, desde el punto de vista probatorio, se puede analizar que existen ciertos matices a la hora de la ponderación de la prueba. En efecto ¿La

⁵⁹ *Soto maluenda con Servicio de Salud de Viña del Mar* (2018).

⁶⁰ Considerando 7°.

⁶¹ Considerando 11°.

⁶² Considerando 12°.

⁶³ Considerando 13° “*Que, sin embargo, el mayor daño ha sido provocado en el menor Alexis Soto González, a cuyo respecto declaran las deponentes de fojas 347 y 357. Los testimonios resultan contestes en tratarse de un niño hiperactivo y que sufre problemas de atención, aspectos en los cuales indudablemente influye el hecho de haberse visto privado de los cuidados de su madre, con quien no alcanzó a tener relación alguna; incluso durante sus primeros días de vida, ella no se encontraba en las condiciones de atenderlo adecuadamente, puesto que los síntomas que padecía – no atendidos por el establecimiento donde ambos se encontraban – se lo impedían.*”

prueba del daño moral, específicamente a propósito del detrimento que causa en una familia la pérdida de un ser querido, ha de satisfacer el mismo standard, tratándose de una madre, que de un hijo?. ¿Están en iguales condiciones los testigos de declarar, sobre el profundo dolor de un padre al perder un hijo, y al declarar sobre el dolor de un hijo al perder a su madre?. Puede estimarse que objetivamente no. Que legalmente al darle a la familia el rol de núcleo de la sociedad, se le otorgaría al padre y a la madre, jefes de familia, un rol preponderante en la misma, por lo que la prueba respecto de ellos puede resultar más laxa en el sentido que la testimonial más bien puede servir de base para la construcción de una presunción judicial. En cambio, respecto de la pérdida de un hijo, aunque el dolor tampoco tiene medida, la prueba testimonial debiese ser más rigurosa.

En efecto, la idea subyacente tras la afirmación precedentemente citada dice exclusiva relación con el rol de la prueba testimonial en este tipo de prueba del daño moral. En el caso de un padre que pierda a un hijo, los testigos podrán declarar sobre el dolor que han podido percibir en el padre, los cambios de ánimo, y la existencia o no de una patología mental asociada a su pérdida. Sin embargo, al analizar más profundamente este tipo de testimonio, se llegará indefectiblemente a la conclusión de que el testigo busca de alguna manera entregar al juez un conocimiento referido a una esfera tan íntima, tan personal, que malamente podrá objetivarse esta información. Y por último, mirado desde un punto de vista práctico, pero no por ello menos humano, habida consideración que no todos los jueces tienen hijos, no quedaría más opción que aceptar que esta materia quedará de alguna forma circunscrita siempre al sentir personal del juez frente a dicho dolor.

En cambio, tratándose de la muerte de una madre. Concretamente de una madre que aún no ha criado a sus hijos, que aún está en edad fértil y capaz de engendrar a otros hijos, el enfoque de la prueba testimonial sí podría presentar caracteres de objetividad. En efecto, si los testigos declaran sobre las consecuencias sufridas por la familia una vez sufrida la pérdida de la madre, evidentemente hablarán de dolor, de sufrimiento y quizás

también de depresión. Sin embargo, ellos estarán en condiciones de aportar con datos concretos y objetivos.

En efecto, en este caso los testigos no están limitados a declarar sobre el dolor y sufrimiento sufridos por el superviviente. Sino que en el caso de la muerte de la madre podrán declarar, además del dolor mismo producido y el sentimiento de pérdida irreparable, sobre las cosas concretas que esa madre hacía por su familia y dejará de hacer por la misma, desde su partida.

Así, los testigos podrán explayarse en la forma concreta en que cambió la vida de la familia. Cómo perdieron una parte del ingreso familiar, o cómo al llegar a la casa sus parientes ya no serán recibidos por ésta y su peculiar manera, o sobre cómo sus hijos deberán ir solos al Colegio, o sobre cómo esa madre les ayudaba con las tareas, y así explayarse sobre mil actividades concretas y específicas que tan sólo una madre puede hacer, que hoy concretamente ya han perdido. Ello evitaría tener que declarar y probar sólo sobre dolor, sino que el testigo declararía sobre actividades y hechos concretos que llevarán al juez a ponderar la existencia o no, de esta pérdida en la esfera moral.

En “*Bravo Tapia con Servicio de Salud de Concepción*”⁶⁴ se condenó al Servicio de Salud de Concepción por falta de servicio, ya que del demandante estando hospitalizado en dicho establecimiento sufrió una caída que significó la fractura de su cadera derecha. La Corte Suprema fundamentó la acreditación del daño moral exclusivamente en la prueba testimonial, señalando que los testigos “*dan cuenta del sufrimiento que para el actor Cristián Bravo ha significado la actuación negligente del demandado, pues pese a sus dolencias se encuentra perfectamente lúcido y, en consecuencia, está plenamente consciente de que no obstante su juventud no podrá volver a caminar nunca más.*”⁶⁵

⁶⁴ “*Bravo Tapia con Servicio de Salud de Concepción*” (2017).

⁶⁵ Considerando 9°.

En el presente caso, la prueba testimonial se utiliza como una forma no sólo de ratificar la documental científica acompañada, sino que éstos declaran respecto a los efectos que en la esfera emocional e íntima del demandante, tuvo el diagnóstico clínico de su discapacidad. En ese caso, la declaración de los testigos no se refiere tan sólo al sufrimiento y angustia, sino concretamente al cambio en las condiciones de vida de la víctima, derechamente un antes y un después que le será útil al juez para determinar, no sólo la procedencia, sino también el monto de la pretensión indemnizatoria. La sola circunstancia de la forma cómo cambió su vida tras la dolencia sufrida, incorporada a la causa a través de la correspondiente prueba testimonial, será la medida de su daño.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en *Carrera Arenas con Vespucio Sur S.A*⁶⁶ confirmó con declaración la sentencia que acogió la demanda interpuesta en contra de varias demandadas solidarias y subsidiarias, por la muerte de un trabajador que operaba una grúa que recibió una descarga de cables de alta tensión energizados, en virtud de la cual el Tribunal de primera instancia condenó a la demandada a pagar la suma de \$ 25.000.000 a cada una de las hijas y \$ 10.000.000 a cada uno de los padres del trabajador. La sentencia de la Corte de Apelaciones decide confirmar la sentencia con declaración que se rebajó el monto otorgado a cada una de las demandantes a \$22.000.000 y a cada uno de los padres, a \$ 7.000.000. El motivo que da la Corte de Apelaciones para esta rebaja prudencial fue considerar que existió una exposición imprudente al riesgo por parte del occiso, toda vez que éste habría operado la grúa sin los guantes de seguridad exigidos al efecto y al operar la referida grúa en forma cercana a los cables de alta tensión se habría provocado el fatal accidente. Al efecto señala: “*que al momento de determinar la correspondiente indemnización, debe considerarse que el trabajador, don Moisés Esteban Aravena Aliaga, se expuso imprudentemente al daño, ya que de los atestados de Jorge Humberto Duque Utreras y Miguel Ángel era Campos de fojas 382 y 393, respectivamente, se deduce que al momento del accidente la víctima no*

⁶⁶ *Carrera Arenas con Arriendo de Maquinarias Ltda.* (2010).

usaba los guantes de seguridad, que al primero le consta porque cuando lo atendió inmediatamente después de recibir el ofendido la descarga eléctrica tenía quemaduras en la mano, y al segundo, porque el operador de grúa o pluma que estaba encargado de sacar la mini excavadora del hoyo o pozo que hacían, imprudencia que indudablemente tiene que haber contribuido al desenlace fatal”.

Resulta novedosa esta sentencia, ya que con respecto al daño moral, decidió la rebaja del mismo tomando en consideración la prueba testimonial rendida en el proceso. Así las cosas, la referencia a la exposición imprudente al daño por parte de la víctima, hace que esta sentencia pueda ser criticada a la luz del artículo 2.330 del Código Civil. Dicha norma legal exige al sentenciador un standard mínimo de prueba al respecto, toda vez que altera el orden natural de las cosas. Por regla general todo daño ha de ser indemnizado por el agente causante del daño. Efectivamente el monto a indemnizar puede ser rebajado en caso de acreditarse que la víctima se expuso en forma imprudente a éste. Para estos efectos considero que la prueba al respecto ha de ser de tal magnitud, que logre producir la convicción que no quepa duda que la referida exposición se ha debido al hecho de la víctima, cabiéndole esta carga probatoria a la parte que alega dicha exposición. En el caso analizado, los argumentos dados por la Corte para fundamentar dicha rebaja prudencial no aparecen diáfanos, ni mucho menos irrefutables. En efecto, señala que las declaraciones de los dos testigos que cita en su fallo fundamentarían su decisión. No obstante ello, importante es advertir que si bien ambos testigos declararon que el occiso no llevaba los guantes al momento del accidente, durante el juicio la demandada no acreditó que la falta de uso de los guantes le haya sido imputable, y mucho menos acreditó que la falta de los mismos hubiese influido de alguna forma en el resultado fatal. Este último punto fue recogido por el voto disidente del Ministro señor Cerda. Estimamos que para que proceda la rebaja del precio por exposición imprudente por parte de la víctima, han de ponderarse factores objetivos que no observamos en la sentencia comentada. En efecto, a nuestro criterio debiese considerarse no sólo la entidad

de la culpa de cada interviniente en el hecho dañoso, sino también la influencia que esta exposición habría tenido en el daño y por último, en caso de accidentes laborales, la posición de garante por parte del empleador por parte del trabajador fallecido. En el presente caso no se advierte de qué forma probó la demandada que haya sido el occiso quien decidió trabajar sin guantes en contravención a órdenes de la empleadora o, si en su caso, ésta no suministró los implementos necesarios, y por último, no se probó de alguna manera, científica ni técnica, la influencia que habría tenido el uso de los mismos en el resultado fatal, considerando que al efecto la declaración de dos testigos empleados de la demandada que declaran que, a su parecer, con guantes no se habría producido el daño, hace que la sentencia no satisfaga el standard probatorio que estimamos ha de existir por parte del demandado, para una feliz aplicación del artículo 2.330 del Código Civil.

5.2.- Sentencias que han fundado la pretensión y tienen por acreditado el daño moral mediante el medio probatorio prueba pericial.

La prueba pericial, en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil se encuentra regulada en el Libro II, Título XI, párrafo número 6, artículos 409 a 425 del CPC. Nuestro CC no establece ninguna regla especial de valoración ni de admisibilidad de la prueba pericial, es más, el inciso segundo del artículo 1698 del CC, ni siquiera lo menciona como un medio de prueba. Nuestra doctrina clásica del derecho privado le da un escaso tratamiento doctrinario⁶⁷, a pesar de que existen varias disposiciones de nuestro CC, que establecen la resolución de determinadas materias por peritos. Por ejemplo, en materia de servidumbres, el artículo 848 establece que tanto el importe de la

⁶⁷ Por ejemplo DUCCCI (1998), p. 408, en su obra con respecto a la teoría de la prueba en el acápite referido a otros elementos de prueba ni siquiera menciona la prueba pericial.

indemnización, como el ejercicio de la servidumbre, si las partes no se convienen, se reglará por peritos⁶⁸.

El perito, por esencia, al igual que el testigo, es un tercero extraño al juicio, pero que detenta el conocimiento de una determinada ciencia o arte y emite su opinión al juicio a través de un informe pericial, respecto de una materia que sólo conoce en el proceso mismo, a diferencia del testigo que declara sobre hechos cuyo conocimiento adquirió en forma previa⁶⁹.

Este medio de prueba aparece como uno de los medios menos utilizados en la acreditación del daño moral, en el ámbito de la prueba legal o tasada, ya que supone la participación de un perito ajeno a las partes⁷⁰, lo que eleva el costo de la litigación⁷¹. De esta forma se termina reservando este medio de prueba sólo para determinado tipo de causas, utilizada para cierto tipo de litigantes, puesto que en la práctica las causas en que se condena a los demandados en costas, son notablemente menores a las que el tribunal exime al perdedor de esta carga. Sin embargo, no obstante su escasa utilización como medio de prueba y su mínimo desarrollo por parte de la doctrina, en mi opinión es una de las pruebas fundamentales para acreditar la existencia del daño moral y la ponderación de su monto. Puesto que en definitiva la prueba pericial puede determinar si el demandante ha experimentado tan sólo una molestia o malestar, molestia que no es indemnizable. O si, a consecuencia del hecho dañoso ha sufrido una merma concreta en su salud mental, experimentado como repercusión directa, un dolor o sufrimiento en

⁶⁸ Así por ejemplo también el CC se remite a los peritos en los artículos 855, 1335, 1943, 1997, 1998, 2002, 2006.

⁶⁹ CASARINO (2002) p.197.

⁷⁰ Si bien es cierto, por disposición del artículo 414 del CPC, el tribunal puede designar un perito propuesto de común acuerdo por las partes, en la práctica, esta actuación de consuno rara vez se concreta y en consecuencia, es el tribunal quién designa al perito de la lista elaborada por la Corte de apelaciones respectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 416 y 416 bis del CPC.

⁷¹ Los costos y honorarios del peritaje son de cargo de la parte que lo solicita, según lo dispone expresamente el artículo 411 del CPC, todo ello, sin perjuicio de la eventual condena en costas, pero en la práctica, el porcentaje de causas que se fallan con condena en costas son exponencialmente menores a aquellas en que sí se condena.

virtud del cual deberá o no seguir un tratamiento o terapia psicológica para superar o paliar sus consecuencias extrapatrimoniales. De suma importancia resulta esta determinación, no sólo porque la salud mental de cada ser humano es un mundo en sí mismo, y así lo que para una persona puede desencadenar una depresión con ideación suicida, para otra puede significar una experiencia triste de la cual sienta que salió fortalecido. Y también, porque el costo de un tratamiento psicológico o psiquiátrico, su duración y la dificultad que implique en el diario vivir de la víctima, también habría de ser incluido en el aspecto indemnizatorio. Pero teniendo siempre presente que debe enmarcarse dentro de la esfera del daño moral, ya que claramente no es lucro cesante, ni daño emergente.

En el sentido previamente señalado, este ámbito puede resultar tan variable como personas existen, puesto que como dijimos, no existe un parámetro único de comportamiento ante un evento traumático, por lo que cada caso ha de ser necesariamente estudiado a la luz de sus antecedentes particulares y especiales características y consecuencia aplicables al caso particular.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, el artículo 425 del CPC, señala expresamente que se valorará conforme a las reglas de la sana crítica.⁷² Como podemos apreciar, si bien la prueba pericial se encuentra regulada en el sistema reglado del CPC, el legislador le otorgó al juez la posibilidad de valorar el informe pericial de acuerdo a la sana crítica, lo que ha tendido a relativizar su importancia como medio probatorio⁷³, en circunstancias que a diferencia de rigidez impuesta para la forma de valorar de sistema reglado, la sana crítica implica una mayor libertad para el juez para fundamentar su decisión en el informe pericial. El CPC a diferencia de los sistemas reformados vigentes

⁷² Artículo 425 del CPC, señala que: “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica.”

⁷³ FEMENÍAS (2011) p. 43, sostiene que “En todo caso, valga la advertencia de que los informes periciales, en general, son simplemente ilustrativos, que tienen el valor probatorio de las personas designadas y por eso su valor probatorio se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica.”

en nuestro país, no ha incorporado una definición de sana crítica, por lo que la misma se ha ido forjando por el criterio jurisprudencial. Así por ejemplo, nuestra Corte Suprema en *Barrera Díaz con Hospital Regional de Antofagasta*⁷⁴ ha señalado, a propósito de la regla de valoración del artículo 425 del CPC, que la sana crítica “...*importa tener en consideración las razones jurídicas, asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud se le asigne o se le reste valor, teniendo presente la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las demás pruebas o antecedentes del proceso, de manera que conduzcan a la conclusión que convence al sentenciador.*” La Corte más bien razona en el sentido que la valorización del informe pericial de acuerdo a las reglas de la sana crítica implicaría un antecedente para construir una presunción judicial, un antecedente para la justificación de la decisión fundamentada en la valoración en conjunto con otros medios de prueba, como podemos apreciar en el mismo falla la Corte señala que “*La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a considerar los medios probatorios tanto aisladamente como mediante una valoración de conjunto para extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que éstos sucedieron.*”

Los mismos razonamientos precedentes, la Corte Suprema los reproduce textualmente en *Bestpharma S.A. con Instituto de Salud Pública de Chile*⁷⁵, estableciendo el alcance del artículo 425 del CPC y la forma de valorar la pericia de conformidad con la sana crítica, así como en *Nazal Nicolas con Serviu Araucanía*⁷⁶.

En cuanto a su admisibilidad, como hemos señalado, el legislador la ha contemplado para determinadas materias y ha establecido una hipótesis genérica en el artículo 411 número 1º al señalar que se podrá oír informe de peritos “*sobre puntos de*

⁷⁴ *Barrera Díaz con Hospital Regional de Antofagasta* (2015).

⁷⁵ *Bestpharma S.A. con Instituto de Salud Pública de Chile* (2017).

⁷⁶ *Nazal Nicolas con Serviu araucanía* (2019).

hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte". En cuanto al daño moral, podríamos señalar que precisamente el sentenciador no cuenta con los conocimientos especiales de psicología o psiquiatría para resolver el asunto relacionado con el padecimiento extra patrimonial, por lo que podría estimarse que estaría obligado a oír el dictamen de peritos en esta materia. Sin embargo, la Corte Suprema ha resuelto que el juez no se encuentra limitado o restringido a considerar exclusivamente un medio probatorio específico respecto de materias que requieran conocimientos especiales.

Así, por ejemplo, *Campos Ramírez con Servicio de Salud Concepción*⁷⁷, un caso de negligencia médica, en que un paciente fallece por un infección intrahospitalaria, la Corte de Apelaciones de Concepción, revoca la sentencia de primera instancia que había condenado al Servicio de Salud Concepción, teniendo como fundamento que el demandante no habría incorporado como medio de prueba un peritaje para la determinación de la falta de servicio. Así la Corte señala que *"siendo la materia discutida en este juicio de carácter técnico para cuya apreciación se requieren conocimientos especiales en la ciencia médica, de los que carecen estos sentenciadores, resultaba útil y pertinente recurrir a la opinión de los expertos, sin que la demandante se haya valido de la prueba pericial para sustentar sus afirmaciones, las que pudiese haber sido mayormente ilustrativa para el tribunal."*⁷⁸ La Corte Suprema, acogió la casación en la forma y anuló la sentencia de segunda instancia, por haber exigido la prueba pericial sin valorar toda la prueba rendida que resultaba suficiente para acoger la demanda, señalando que: *"Lo cierto es que se aprecia que el fallo impugnado respecto de las materias debatidas no entrega mayores explicaciones acerca de sus razonamientos, amén de encontrarse errado desde un punto de vista adjetivo por cuanto la legislación procesal en relación a la admisibilidad de los medios probatorios respecto*

⁷⁷*Campos Ramírez con Servicio de Salud Concepción* (2013).

⁷⁸*Campos Ramírez con Servicio de Salud Concepción* (2013).

*a los asuntos aun complejos no contempla limitaciones al respecto*⁷⁹.” El mismo criterio se puede apreciar en *Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule*⁸⁰ en que la Corte Suprema, en sentencia de reemplazo, ordena valorar la documental en ausencia de la prueba pericial, para dar por acreditada la impericia de un médico en un caso de negligencia médica. Así la corte señala que: “*en atención a que en esta causa no se decretó informe pericial, resulta trascendente valorar la prueba documental acompañada en autos, especialmente aquellas copias de los Informes del Servicio Médico Legal.*”

Sin embargo, la importancia práctica de la prueba pericial, para la acreditación del daño moral, resulta relevante. Así lo podemos apreciar en *Donoso Campos con Municipalidad de Valparaíso*⁸¹, en el cual la Corte de Apelaciones de Valparaíso tuvo en especial consideración la prueba pericial no solo para confirmar la sentencia sino que para aumentar el daño moral otorgado. Así la Corte razona que los medios de prueba fueron suficientes para acreditar el daño moral “*...y especialmente el informe pericial psicológico evacuado en autos respecto de Jaime Guital Donoso, es posible tener por acreditado el daño moral que éste sufrió producto del actuar negligente de la demandada, constatándose las consecuencias psicológicas y emocionales emanadas de los hechos en que se funda la demanda, especialmente el estrés post traumático que aún persiste en el joven.*”

En *Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví*,⁸² también se puede apreciar la importancia de la prueba pericial. Es un caso de falta de servicio por la responsabilidad del Servicio de Salud por la incorporación errónea en la ficha clínica de la demandante de un examen de otro paciente, que llevó a la demandada a efectuar dos

⁷⁹ *Campos Ramírez con Servicio de Salud Concepción* (2015).

⁸⁰ *Campos Jimenez con Servicio de Salud del Maule* (2017).

⁸¹ *Donoso Campos con Municipalidad de Valparaíso* (2016).

⁸² *Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví* (2017).

intervenciones quirúrgicas derivadas del Síndrome de Túnel Carpiano en ambas manos de la demandante. En esta causa, la Corte Suprema, para conceder el daño Moral se basó principalmente en el informe pericial realizado a la demandada, en que el perito informó “...la presencia de un trastorno depresivo reactivo con sintomatología aguda, identificando indicadores observables de ansiedad y angustia al momento de abordar el hecho vivenciado con acentuada desesperanza por su futuro y presente. En este mismo sentido se refiere que la examinada no sería capaz de elaborar y/o aplicar defensas adaptativas, mostrándose inmovilizada y resignada”. En base a este peritaje la Corte Suprema, concede el daño Moral y condena a la demandada señalando expresamente que de la pericia psicológica se pudo desprender que: “la actora presenta un cuadro depresivo expresado en su angustia, desesperanza y resignación frente a la situación a la que se vio expuesta y que es capaz de identificar claramente por el conocimiento que ha tomado sobre las circunstancias irregulares que rodearon las atenciones médicas a las que se sometió”.

Esta sentencia resulta interesante también, por cuanto la prueba pericial puede ser determinante no sólo en la acreditación del daño mismo, sino también para la determinación del monto a indemnizar. Aunque nuestros tribunales Superiores de Justicia, de manera sistemática han señalado que la determinación del monto queda determinado a la prudencia del juez de fondo, entendemos que la prueba pericial puede ser un factor objetivizador de esta fijación prudencial⁸³. Así la Corte Suprema señala “Que, establecido el daño moral, esto es, el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona a la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona, corresponde sea reparado, y el monto deberá determinarse sobre la base de la prudencia y la equidad, para lo cual se tendrá en consideración lo razonado en el

⁸³ En este sentido BARROS (2006) p. 333 y 334, señala que: “A pesar de que los daños no patrimoniales no pueden ser reparados en su valor en dinero, sí pueden ser comparados en su intensidad relativa. El aporte pericial de especialistas médicos puede ser relevante al momento de determinar el dolor que se sigue de diversos tipos de daños, especialmente en el caso del daño corporal.”

considerando anterior en cuanto al impacto que este ha significado en su vida, fijándose prudencialmente en la suma de \$40.000.000⁸⁴.-

En *Gajardo Orellana con Servicio de Salud Talcahuano*,⁸⁵, un caso de negligencia médica en que una mujer demanda al médico tratante y al Servicio de Salud por responsabilidad contractual, por su actuar negligente en una mamoplastía que derivó en malformación mamaria evidente, el tribunal de primera instancia acogió la demanda sólo en contra del médico. La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la sentencia, declarando que aumenta el monto del daño moral, por resultar insuficiente el que fue decretado en primera instancia. Para ello considera la prueba pericial rendida, como medio de prueba esencial, no sólo para confirmar el fallo apelado, sino que también para fundamentar el aumento del monto por daño moral a que es condenado el médico que realizó la operación de manera negligente. La sentencia señala que: “*Debe tenerse presente que, si bien el daño moral no es susceptible, en sí, de ser avaluado materialmente, puesto que una suma de dinero no ha de suprimir los efectos de quién lo padece, el tribunal puede fijar prudencialmente una cantidad que permita, a lo menos, morigerar sus efectos. En este orden de ideas, atendido la prueba producida en el juicio y las conclusiones emitidas en el informe pericial evacuado por el perito Psicólogo don Héctor Maturana Fuentealba, respecto de doña Katherine Gajardo, estos sentenciadores son de la opinión que el monto de \$15.000.000 es del todo insuficiente para paliar al menos en parte el daño moral causado por la demandada, razón por la cual la suma se fijará prudencialmente en \$25.000.000 de pesos*”. En efecto, tratándose de un caso en que se demanda evidentemente el perjuicio estético como subcategoría de

⁸⁴ Considerando décimo quinto *Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví* (2017).

⁸⁵ *Gajardo Orellana con Servicio de Salud Talcahuano* (2015).

daño⁸⁶, resulta esencial la prueba pericial para determinar la procedencia del daño y la determinación de su cuantía.

Por último, a propósito de la importancia de la prueba pericial en la acreditación del daño moral, como parte de la pretensión indemnizatoria, resulta interesante una breve referencia a la prueba pericial en la pérdida de una chance, sin perjuicio que en concreto nos referiremos a ella con más extensión en otro apartado especial. Para ello, nos referiremos concretamente al caso paradigmático *Vásquez Contreras con Hospital Van Buren*⁸⁷, que fue el primer caso en que nuestra Corte Suprema, acepta expresamente la indemnización por pérdida de la chance, en que el peritaje sobre probabilidades de sobrevivencia del paciente fue esencial para la determinación de la indemnización que en definitiva concedió la Corte Suprema.

Así la Corte Suprema en la sentencia de reemplazo señala expresamente que: *“En efecto, el informe pericial, valorado en los términos expuestos en el fundamento sexto del fallo anulado, que tampoco ha sido afectado por el vicio de casación declarado con esta fecha, demuestra categóricamente que la falta de un diagnóstico oportuno al momento del ingreso del paciente a la Unidad de Emergencias del hospital, el estado de abandono en el que fue dejado a continuación, el largo tiempo transcurrido antes de que alguien se acercara a verificar su estado y, por último, las omisiones en que incurrieron los médicos que intervinieron para declarar su fallecimiento, lo despojaron de cualquier oportunidad, aún de la más mínima, de ser sometido a los tratamientos adecuados, pertinentes y oportunos en cuyo mérito podría haber, eventualmente, salvado su vida. El perito es claro al señalar que, si bien su pronóstico era ominoso, la negligencia del equipo médico permitió que el paro cardiorespiratorio*

⁸⁶ CÁRDENAS y GONZÁLEZ (2007) p. 371, a propósito de los medios de prueba idóneos para acreditar el daño moral señalan que “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 pericial.”

⁸⁷ *Vásquez Contreras con Hospital Van Buren* (2015).

en el que fue hallado “evolucionara naturalmente hacia la irreversibilidad y -por ende- se produjera la muerte del enfermo”. Como se puede apreciar, el sentenciador se apoyó en los dictámenes periciales para obtener una probabilidad lógica. Y haciendo uso del conocimiento científico técnico aportado al juicio mediante la ponencia del perito, se llega a construir la presunción lógica que, de haber sido asistido a tiempo, la víctima no habría fallecido. En este caso, no se exige una certeza absoluta, sino que el juez atiende a las probabilidades que le entrega un experto en la materia el que señala que, a su juicio, y en virtud de sus conocimientos, de no haber mediado la concatenación de actos, no se habría producido el resultado dañoso denunciado.

Lo criticable es que en este caso concreto, el perito determinó que el 49% de los casos una persona que llega a tiempo para ser atendido finalmente sobrevive. ¿Basta un porcentaje determinado para condenar o absolver?. Resulta cuestionable, pero puede estimarse que, en concordancia con otros medios de prueba, la prueba pericial resulta determinante para acreditar la probabilidad, que es definitiva el parámetro a indemnizar en la pérdida de una chance. Así lo resolvió la Corte Suprema en *Segura Riveiro con Fisco de Chile*⁸⁸ al señalar: “*Que en materia sanitaria, la certidumbre sobre la relación causal es más difícil de establecer, es especial cuando el dilema es si en razón de una negligencia médica el paciente pudo perder una oportunidad de sanarse. En estos regímenes de responsabilidad muchas veces sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, como sucedió en este caso, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y oportuna, por el cual el demandado deba responder*”.

Tras el análisis de la prueba, estimo que el medio idóneo para acreditar esta estimación de probabilidad es la prueba pericial, que precisamente estuvo ausente en el caso citado precedentemente.

⁸⁸ *Segura Riveiro con Fisco de Chile* (2014).

5.3.- Sentencias que han fundado la pretensión y tienen por acreditado el daño moral mediante el medio probatorio presunción judicial.

Tradicionalmente dentro de las clasificaciones de los medios de prueba, se ha distinguido entre medios de prueba directos e indirectos⁸⁹. Los medios de prueba directos, serían aquellos que el tribunal podría percibir directamente de la fuente de prueba como la inspección personal del tribunal e indirectos serían aquellos que formarían convicción en el tribunal a través de un intermediario con la fuente de prueba, como sería la prueba testimonial, pericial y confesional⁹⁰. Dentro de estos últimos, se incluye a la prueba a través de las presunciones⁹¹, como la actividad lógica del legislador o del propio juez⁹².

Las presunciones se encuentran establecidas expresamente como medio de prueba⁹³, en el inciso segundo del artículo 1698 del CC y en el artículo 341 del CPC. En nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, las presunciones se encuentran reguladas en el Libro II, Título XI, párrafo número 7, artículos 426 a 427 del CPC. Nuestro CC las regula en el artículo 1712 en relación con el artículo 47 del mismo cuerpo legal.

La prueba por presunciones, se define como aquella que emplea ciertos antecedentes o circunstancias conocidos para inferir de ellos, sea por obra del legislador o del juez, un hecho desconocido y controvertido en el pleito⁹⁴. La presunción, como

⁸⁹ BORDALÍ, CORTÉS y PALOMO (2014) p. 234. PEÑAILILLO (1989) p. 31. DUCCI (1988) p. 382.

⁹⁰ MENESES (2008) p. 65.

⁹¹ GAMA (2013) p. 68.

⁹² CASARINO (1997) p. 209.

⁹³ Sin embargo, BORDALÍ, CORTÉS y PALOMO (2014) p. 390, son de la opinión que respecto de las presunciones no puede hablarse propiamente tal de un medio de prueba. Señalan que: “a diferencia de lo que ocurre con todos los verdaderos medios de prueba, las presunciones carecen de normas específicas de procedimiento, pues no las necesitan (Ramos, F.). Lo que sí hay es construcción y utilización de razonamiento presunciones en el sentencia en caso que concurren las condiciones legales para ello (Ortells, M).”

⁹⁴ CASARINO (1997) p. 209.

medio de prueba, requiere copulativamente la concurrencia de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad⁹⁵.

En cuanto a la valoración o ponderación que el sentenciador debe efectuar respecto de la presunciones, resulta de vital importancia en el sistema de la prueba legal o tasada, ya que el inciso final del artículo 426 del CPC señala que: *“Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”*. Por su parte, el inciso final del artículo 1712 del CC señala que: *“Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.”* Sobre el particular nuestro legislador, tanto en el CPC como en el CC, no define qué se debe entender por graves, precisas y concordantes. Sin embargo, la jurisprudencia siguiendo a la doctrina⁹⁶ han delimitado dichos conceptos, estando conteste en cuanto a que debe entender por gravedad, precisión y uniformidad. Así, a modo de ejemplo, en *Colosia Martínez con Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano*⁹⁷ se señaló que *“es la fuerza, entidad o persuasión que un determinado antecedente fáctico produce en el raciocinio del juez para hacerle sostener una consecuencia por deducción lógica, de manera que la gravedad está dada por la mayor o menor convicción que produce en el ánimo del juez”*. La Precisión, señalando que *“está referida a lo uniforme de los resultados del razonamiento del juez, de modo que una misma presunción no conduzca sino a una consecuencia y no a múltiples conclusiones”* y la concordancia, *“se refiere a la conexión que debe existir entre las presunciones y que todas las que se den por establecidas lleguen a una misma consecuencia”*⁹⁸.

⁹⁵ CERDA (2011) p. 68.

⁹⁶ CASARINO (1997) p. 215. RODRIGUEZ PAPIC (1995) p. 214. BORDALÍ, CORTÉS y PALOMO (2014) p. 393.

⁹⁷ *Colosia Martínez con Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano* (2016).

⁹⁸ Los mismos conceptos se replican en *Miñano Zenteno con Banco Santander* (2016).

La Jurisprudencia ha estado conteste en cuanto a que la revisión casacional de la forma como se construye una presunción judicial queda vedada a la Corte Suprema. Así por ejemplo, en *Gotelli Rivera con Servicio de Salud Talcahuano*⁹⁹, se ha resuelto que “*queda fuera del alcance del recurso de casación en el fondo evaluar si determinados antecedentes han sido suficientes o bastantes para desprender de ellos presunciones judiciales, no pudiendo fundarse tal arbitrio en el hecho de que hayan sido deducidas.*”¹⁰⁰

Con respecto a la prueba del daño moral, se ha sostenido que, dada su particular naturaleza, no es posible contar con prueba directa del daño moral demandado, por lo que el único medio propicio serían las presunciones¹⁰¹. Así por ejemplo, en concordancia con lo anterior, podemos apreciar en *Sangurfo Lira con Banco Edwards*¹⁰² y en *Fernández Farfán con Servicio de Salud de Arica*¹⁰³, que la prueba determinante para dar acreditado el daño moral han sido las presunciones como medio de prueba. En los referidos casos, el Tribunal logrando construir una presunción judicial sólida partiendo desde la información aportada al juicio respecto a los problemas personales que a cada demandante le originó la conducta del demandado. Al no haberse denunciado la existencia de una patología de salud mental en la demanda, los litigantes introdujeron elementos objetivos que dieran cuenta de la magnitud de las molestias, pesar y malestar que sufrieron los demandantes, permitiendo al sentenciador construir una presunción

⁹⁹ *Gotelli Rivera con Servicio de Salud Talcahuano* (2016).

¹⁰⁰ El mismo razonamiento se reitera uniformemente a través de los años, a modo ejemplar, la Corte Suprema lo ratifica en *Consejo de Defensa del Estado con Castillo Díaz* (2013), *Aravena Le-Fort con Municipalidad de Melipilla* (2015), *Araya Atencio con Leasing Tattersal S.A.* (2017) y *Calderón y torrentegui con Clínica las lilas* (2018).

¹⁰¹ BARROS (2006) p. 332. Señala que: “En circunstancias que el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa como el patrimonial, sino sólo puede ser *inferido*, el único medio de prueba disponible son las *presunciones judiciales*.”

¹⁰² *Sangurfo Lira con Banco Edwards* (2008).

¹⁰³ *Fernández Farfán con Servicio de Salud de Arica* (2014).

judicial, y concluir en virtud de ella, sin temor de caer en arbitrariedad, que el daño en la esfera extrapatrimonial efectivamente existió.

Por ejemplo, en *“Letelier del Solar con Aguas Andinas S.A.”*¹⁰⁴, un caso de daño moral provocado por los malos olores emanados de una planta de tratamiento de aguas servidas, la sentencia establece la existencia del daño moral a través de la prueba de presunciones deducida de entrevistas psicológicas efectuadas a los demandantes, que permitieron dar por establecido que los demandantes padecieron de trastornos del sueño, dolores de cabeza, problemas digestivos, reacciones alérgicas, sentimientos de angustia, incertidumbre, desconfianza, culpa, tensión, tristeza, stress, incluso de aislamiento y discriminación social. Así la Corte sostiene que: *“Que, en lo que concierne al daño moral se debe tener presente que su prueba resulta difícil, en la medida que sentimientos como la pena, la angustia, la congoja, la frustración se presenta en el fuero interno de la víctima, por lo mismo, no es posible que sea objeto de una prueba directa. Sin embargo, puede serlo de una indirecta como las presunciones, y, en ese contexto, teniendo presente el mérito que surge de la prueba rendida por la parte demandante, consistente en doscientos treinta y cuatro informes que dan cuenta de entrevistas psicológicas practicadas a los actores más al núcleo familiar, y que consignan las consecuencias físicas y psicológicas que experimentaron con motivo de la conducta que se le atribuye a la demandada”*.

Esta sentencia recoge perfectamente la concepción de que el daño moral, en cuanto a la prueba de su procedencia, en la mayoría de los casos puede ser justificado en la sentencia a través de la construcción de una presunción judicial. En este caso existió una abundante prueba documental acompañada por ambas partes que consistió en las entrevistas psicológicas efectuadas a los demandantes, las que fueron ratificadas por los psicólogos que declararon como testigos, quienes fueron los que practicaron los referidos informes de acuerdo a las herramientas clínicas de sus especialidades, que dio

¹⁰⁴ *“Silva Silva con Servicio de Salud”* (2011).

cuenta de numerosas atenciones psicológicas que lograron convencer al juez sobre la existencia del daño en la esfera extrapatrimonial de los demandantes. Este es uno de aquellos casos en que, de no haberse acogido la pretensión indemnizatoria, el Tribunal se habría visto enfrentado a una tarea bastante ardua en el sentido de fundamentar el por qué a su juicio, los informes incorporados no le habrían llevado a una convicción condenatoria. A este tipo de actividad probatoria intensa los litigantes nos referimos al comentar que nuestra labor consiste en ayudar al juez a fundamentar su sentencia. Sin embargo, en esta sentencia se puede apreciar nuevamente que la jurisprudencia, teniendo las reglas de valoración tasadas, prefiere omitir la fundamentación basada en aquéllas y decide en base a la construcción de una presunción judicial, ya que al haberse incorporado como documentos los informes y al haber sido ratificados los mismos, a través de la declaración de los testigos como prueba testimonial, la sentencia pudo haber condenado al daño moral, teniéndolo por probado con la declaración conteste de dos testigos, pero se prefiere de todas maneras construir la presunción judicial.

En este sentido también lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Temuco, en *“Conejeros Coña con Fisco de Chile”*¹⁰⁵, citando al profesor Enrique Barros B., señala que la prueba del daño moral sólo puede ser objeto de acreditación a través de las presunciones (considerando decimosexto). Sin embargo, la sentencia, si bien es cierto, señala que el daño moral debe ser acreditado a través de presunciones, en el considerando decimoséptimo señala que la sola prueba del parentesco *“constituye presunción judicial del daño moral provocado”*.

La Corte de Apelaciones de Santiago en *Velasco Morandé con Corpbanca*¹⁰⁶ también ha resuelto que el daño moral es de difícil acreditación, por lo que no sería posible acreditarlo con una prueba directa, pero si podría ser objeto de prueba a través de una prueba indirecta como las presunciones. Esta sentencia se presenta como novedosa,

¹⁰⁵ *Conejeros Coña con Fisco de Chile* (2011).

¹⁰⁶ *Velasco Morandé con Corpbanca* (2011).

por cuanto derechamente excluye la posibilidad de considerar ninguna prueba como directa tratándose del daño moral, pero abre la puerta a las presunciones y al cumplimiento de sus requisitos, como una forma de lograr evitar la incertidumbre que presentaría la acreditación del mismo.

La Corte Suprema en *Luengo Ojeda con Municipalidad de Cañete*¹⁰⁷, un caso de falta de servicio. Por una descarga eléctrica que sufrió una niña que jugaba en los jardines de la Plaza de Armas de Cañete, al apoyar una de sus extremidades en un poste de alumbrado público. La Corte Suprema al resolver el rechazó del recurso de casación, por estimar que los sentenciadores de fondo no le dieron el valor de prueba pericial a los informes psicológicos acompañados por las partes, sino que fueron ponderados para la construcción de una presunción judicial. Así la Corte señala: *“Que sin perjuicio de lo expuesto, se debe señalar que no es efectivo que los sentenciadores otorgaran el valor de informe pericial a los informes psicológicos acompañados en autos, toda vez que es posible concluir que la valoración de su contenido se reconduce a la aplicación del artículo 426, que regula las presunciones judiciales como medio probatorio remitiendo, a su turno, a lo establecido en el artículo 1712 del Código Civil, razón por la que, finalmente, es en razón de la construcción de una presunción judicial que se establece la existencia del daño moral que ha sido cuestionada por el recurrente”*.

Al respecto, cabe señalar que esta sentencia logra resumir mi conclusión personal en cuanto a la calidad de los testigos. En efecto, si bien los testigos presentados no declaran en calidad de peritos, y por lo tanto su acreditación y cualificación profesional no puede darse por probada, el juez se vale de éstos para construir una presunción judicial. De las declaraciones de estos testigos expertos, cuya acreditación profesional fue probada mediante documental, el juez deberá verificar si reúnen las características de ser graves, precisas y concordantes; y además señalar por qué en su caso, llega a cada

¹⁰⁷ *Luengo Ojeda con Municipalidad de Cañete* (2018).

una de estas conclusiones. De esta forma se logra construir una presunción de tal fuerza, que sea muy difícil desvirtuar, atendida la totalidad de la prueba rendida en la causa.

En *Mondaca Soriano con Santo Tomás*,¹⁰⁸ la Corte Suprema, en sentencia de reemplazo, condenó a la Corporación Santo Tomás por haber publicitado la carrera de técnico criminalística de manera negligente, ya que entregando información falsa respecto al supuesto campo laboral, indujo a una serie de personas a matricularse en ella. La Corte Suprema, concedió el daño moral razonando que *“si la demandada publicitó la carrera de técnico criminalística de manera negligente utilizando expresiones que dan cuenta de su vasto campo ocupacional, que indujo a un grupo de personas a matricularse en los cursos ofrecidos con la expectativa de un futuro promisorio si la cursaba, que no pudo cristalizarse precisamente porque se trataba de una información que calificada de relevante resultó falsa, presupuestos fácticos que se tuvieron por acreditados en la causa incoada en sede de policía local, se puede colegir que los demandantes experimentaron frustración, ansiedad, desazón, perturbación en su fuero interno con repercusión en la esfera moral, lo que constituye el hecho desconocido, generando un daño de carácter extrapatrimonial que si se solicita resarcir, debe serlo necesariamente”*

En el referido caso, se pudo observar que, si bien en la sentencia se señala que se pudo colegir dicho daño, el análisis de la misma permitió observar que la existencia del daño se logró construir mediante presunciones fundadas en hechos conocidos que fueron probados. Se probó que se publicitó de determinada manera, se probó la falsedad de las afirmaciones de la demandada respecto al supuesto campo laboral de la mencionada carrera. Asimismo se probó la cantidad de tiempo y dinero que cada alumno gastó en ella, y se probó además el efecto dañoso no sólo en la vida actual, sino futura inmediata de los demandantes, quienes tenían todos una aspiración profesional, aspiración que sólo pudo satisfacerse iniciando otros estudios. De esta forma, se lograron construir sendas

¹⁰⁸ *Mondaca Soriano con Santo Tomás* (2017).

presunciones judiciales relativas a la existencia del daño en la esfera extrapatrimonial de los demandantes, presunciones que al estar bien concatenadas con los hechos de la causa, permiten entender el razonamiento lógico de la misma y considerarla una sentencia muy bien fundamentada, aunque esta fundamentación esté basada principalmente en presunciones, estilo que ha sido criticado por algunos autores, pero que en caso de estar bien realizado lógicamente y argumentativamente, no debiere ser objeto de una crítica per se.

En *Duarte Reguera con Fisco de Chile*¹⁰⁹ la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia de primera instancia interpuesta por falta de servicio respecto del Servicio Médico Legal, que, otorgando una indemnización de \$ 10.000.000 a la cónyuge, negó lugar a la indemnización de los perjuicios sufridos por los hijos de don Hernán Fernando Albornoz Prado, cuyas osamentas fueron encontradas en el patio 29 del Cementerio General. Tras 10 años y luego de un análisis de ADN, los demandantes descubrieron que dichas osamentas no correspondían a su familiar, solicitando no sólo un aumento del monto otorgado a la cónyuge, ya que el exiguo monto otorgado “*le lleva a concluir que no ha contemplado en toda su magnitud los perjuicios sufridos por la demandante, produciéndole agravio*”. Además de ello, solicitan se otorgue indemnización a los hijos de don Hernán Fernando Albornoz Prado, señalando que “no se entiende cómo en una situación se considere sólo a la cónyuge como víctima del daño y no a los hijos; que todos los demandantes han sufrido con esta situación, ya que fueron todos quienes realizaron el funeral de la víctima y a todos se les comunicó en su oportunidad que los restos sí correspondían a los de su padre y cónyuge”. Sostiene el recurrente “que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria coinciden en señalar que el daño moral no requiere prueba. Según la opinión dominante, basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal para que se infiera el daño”. Al efecto cita dos sentencias de la Corte Suprema, del año 1944 y del año 1967, una sentencia de la Corte

¹⁰⁹ *Duarte Reguera con Fisco de Chile* (2010).

de Apelaciones de Santiago de 1990 y una de la Corte de San Miguel, del año 1997. La apelada se excusa señalando que a la época de la individualización de las osamentas los conocimientos científicamente avanzados no permitían determinar con la misma exactitud que en la actualidad el origen de las osamentas, señalando que no existiría falta de servicio, ya que el Servicio Médico Legal habría actuado dentro de sus posibilidades científicas a la época en que realizó la individualización de las osamentas. La Corte concluye que efectivamente lo que cabe esperar de la labor pericial *“es únicamente que desplieguen lo mejor de su ciencia, arte o disciplina, para el logro de un resultado, como lo fue en este caso el reconocimiento de la identidad de restos óseos. De lo que se concluye que, si no existe certeza acerca del hecho que han de esclarecer, han debido decirlo así en su informe, mas no emitir un juicio inequívoco de término si los medios entonces a su alcance no es permitían concluir con precisión, certeza o equívoco alguno de tal entidad...”*. De esta forma concluye que no cabe sino confirmar el fallo apelado. Una vez concluido esto, el sentenciador argumenta que el sólo hecho de acreditarse la calidad de hijos del occiso daría origen a daño moral *“sin necesidad de prueba adicional alguna más allá de haberse probado su calidad de hijos legítimos”*. Al respecto, lo primero que se advierte es la antigua concepción respecto a la presunción del daño moral tratándose de los hijos de la víctima. Si bien el presente caso se trataría de una situación especialísima, por cuanto no se trata del típico caso de fallecimiento de familiar y la aflicción psicológica derivada de la pérdida, entendemos que de todas maneras debía acreditarse el daño moral sufrido por los demandantes. Sobre este punto, cabe realizar el siguiente análisis, sostenemos que el daño moral siempre debe ser probado, pero que la dinámica probatoria del mismo es evidentemente casuística. En el presente juicio no cabría otorgar indemnización por esta esfera dañosa, o debiera rebajarse su monto, por ejemplo, si los hijos jamás tuvieron contacto en vida con el occiso, o no tomaron conocimiento de ser él su padre hasta determinado momento, o si se diera el caso particular, por ejemplo, de haberse encontrado separados de hecho por actos de violencia

entre ambos antes de su fallecimiento, o diversas circunstancias que no ameritaran un dolor o sufrimiento real. Al exigir prueba sobre este punto estimamos que una prueba testimonial conteste bastaría para dotar al menos a la sentencia de un halo de certeza. Ya que simplemente suponerlo y darlo por probado por el simple vínculo legal existente entre las partes, le resta peso doctrinal e implica un retroceso jurisprudencial que estimamos es prudente eliminar para poder pretender encontrar en la función jurisdiccional una visión más técnica y profesional.

En *Urrejola con Autopista del Maipo*¹¹⁰, acoge la casación en el fondo estableciendo que no existe un orden de prelación para la legitimación activa de quiénes pueden demandar el daño moral. En síntesis, la sentencia de primera instancia sólo acogió la demanda de indemnización de perjuicios en favor de la cónyuge y los hijos, rechazando la acción respecto de los demás actores por estimar que ellos no forman parte del núcleo familiar directamente afectado. La Corte de Apelaciones de Santiago, revoca la sentencia definitiva de primera instancia y da lugar a la indemnización de perjuicios a los padres de la víctima. La Corte Suprema acoge la casación en el fondo y determina que los hermanos también se encuentran legitimados para obtener la indemnización de perjuicios por daño moral. Para ello sostiene que la prueba testimonial dio por acreditada la afectación que experimentaron los hermanos, puesto que se acreditó que la relación era estrecha “*con contacto diario, quienes veraneaban juntos y celebraban todos los acontecimientos familiares*”.

Por otra parte, fundamentó la decisión en la prueba documental, la que dio cuenta que uno de los hermanos presentaba un trastorno adaptativo con síntomas mixtos, debido al duelo que vivía y que le habría provocado un profundo cambio en su manera de ver la vida y en su relación con la muerte, el que tendría su causa en la pérdida de su hermana. Del mismo modo la Corte sustentó su decisión en un informe psiquiátrico que señalaba que la paciente padecía de un trastorno de estrés postraumático y duelo prolongado no

¹¹⁰ *Urrejola con Autopista del Maipo* (2015).

resuelto, requiriendo de tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico para poder recuperar su estado de ánimo. Esta sentencia es un buen reflejo de cómo ha de analizarse la titularidad activa para determinar la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios en caso de fallecimiento de un ser querido. Al respecto, cabe señalar que se trata de un tema de prueba, no de consanguinidad, ni mucho menos se exige la calidad de heredero. En efecto, lo que debe acreditarse es que la pérdida del ser querido ha producido un daño extrapatrimonial al demandante. No exige una limitación respecto al grado de consanguinidad, ni siquiera se exige que sea heredero. De hecho, la sentencia analizada en primera instancia al negar lugar a los padres y hermanos otorga indemnización sólo a los herederos, cónyuge e hijos, sin que exista una razón que justifique la limitación. La solución dada finalmente por la Corte Suprema, que decide incluir a la totalidad de los demandantes en el pago resarcitorio, es una solución relacionada estrechamente con la prueba rendida durante el juicio. En efecto, se otorga indemnización a todos quienes probaron haber mantenido un estrecho lazo afectivo con el occiso, a quienes probaron haber sufrido daño emocional con su muerte, y ello no tiene una limitación pre post. Si existe un conviviente, un tío, un abuelo que acredite haber sufrido daño, éste ha de ser indemnizado. Por el contrario, el sólo hecho de acreditar un parentesco cercano no es carta blanca a la pretensión indemnizatoria, tal como se comentó en la sentencia anterior. De esta manera, incluso tratándose de padres e hijos, estimamos que debe acreditarse tanto el vínculo afectivo y emocional entre las partes, y además el daño del legitimado activo. En dicho sentido, la presente es una sentencia certera, técnica y esclarecedora respecto a este punto en particular, abordando la problemática desde la perspectiva correcta, como lo es la prueba rendida.

5.3.1. Teoría del daño moral evidente y las presunciones.

En el universo de sentencias estudiadas aún existen fallos, que en sus considerandos exponen que no es necesario probar el daño moral, sustentadas en la

superada teoría del daño moral evidente.¹¹¹ Sin embargo, podemos advertir que en materia de lesiones y muerte ha existido una evolución, en el sentido de que si bien es constatable el daño producido de la sola circunstancia de la lesión o el fallecimiento, las sentencias han ido incorporando la necesidad de justificación a través de las presunciones de dicho daño. La teoría del daño evidente establece que el daño moral se prueba por la sola acreditación del hecho ilícito. El resultado dañoso es consecuencia del hecho ilícito y, por lo mismo, indisoluble en su apreciación. Es decir, existe el hecho y consecuentemente existe el daño¹¹².

La Corte suprema en *Lara Reyes con Fisco de Chile*¹¹³, nos ilustra en el sentido que la teoría del daño evidente no es una cuestión ya superada por nuestra jurisprudencia, sino que, aunque minoritariamente, aún sirve de fundamento para justificar la condena del daño moral y su cuantificación. En efecto, la Corte suprema ha señalado que *“acreditado como ha sido la comisión del delito, la participación culpable y penada por la ley de los agentes del Estado que intervinieron y la relación de parentesco entre los actores y la víctima, surge la efectividad del padecimiento del daño moral, de manera que el Estado debe reparar ese detrimento por el hecho de sus agentes, cuya determinación concierne a la prudencia del tribunal, y no podría ser de otro modo porque materialmente es difícil, sino imposible, medir con exactitud la intensidad del sufrimiento que provoca la desaparición y la incertidumbre del destino de un familiar en tan repudiables circunstancias.”* Sobre la materia podría debatirse mirando la problemática desde una perspectiva social o política que modifique el enfoque. No obstante ello, nuestra visión es netamente jurídica, y para satisfacer el estándar probatorio que entendemos debiese satisfacer al juez para arribar a un convencimiento indemnizatorio, por más repudiable que sea el hecho generador de

¹¹¹ RUZ (2014) p. 466.

¹¹² RUZ P(2014) p. 466.

¹¹³ *Lara Reyes con Fisco de Chile* (2018).

responsabilidad y por más probada que esté la participación del agente, toda vez que su participación ha de ser sancionada en sede penal, ha de servir para fundamentar el daño sufrido y lograr así que la sentencia cumpla con su función reparadora del daño efectivamente causado. Por último, en mi opinión, en la sentencia en comento, se detecta más un tema de falencia en la fundamentación de la sentencia, que de improcedencia misma de la indemnización. El mismo considerando anterior se replica textualmente en *García Vega con Fisco de Chile*¹¹⁴, la Corte suprema reitera la justificación del daño evidente para otorgar el daño moral.

En el mismo sentido, en *Sánchez Sánchez con Municipalidad de Arica*,¹¹⁵ la Corte Suprema se refiere a la evidencia del daño, como “consecuencia natural” sin entrar a fundamentar, señalando “...en relación a los daños morales demandados, debe acogerse este capítulo de la demanda por ser ellos ostensibles al constituir una consecuencia natural del detrimento en la integridad física que padeció el actor. En este predicamento, esta Corte estima como debida indemnización por los daños morales sufridos la cantidad de \$3.500.000.”

En *Salgado Carvajal con Plaza Oeste*¹¹⁶, la Corte de Apelaciones de Santiago, en el considerando duodécimo establece que el daño moral no es susceptible de prueba y que a pesar de que el demandante no rindió prueba para establecer el monto, la Corte establece que el daño “resulta evidente que este se ha producido como efecto necesario del ilícito civil causado..”.

En materia laboral, a propósito de las lesiones en accidente del trabajo en “*Valdivia Pérez con Envases Plásticos Prochem*”¹¹⁷ la Corte de Apelaciones de San Miguel ha resuelto que bastaría con acreditar las lesiones para dar por acreditado que el

¹¹⁴ *García Vega con Fisco de Chile* (2018).

¹¹⁵ *Sanchez Sanchez con Municipalidad de Arica* (2008).

¹¹⁶ *Salgado Carvajal con Plaza Oeste* (2011).

¹¹⁷ *Valdivia Pérez con Envases Plásticos Prochem* (2011).

hecho “*provocó inequívocamente dolor, tanto físico como moral al demandante.*” Sin embargo, la misma sentencia fundamenta el daño moral en base a la incapacidad parcial acreditada en autos mediante prueba instrumental.

En el sentido correcto, nuestra Corte Suprema ha incorporado una cierta evolución en el sentido de argumentar en base a la construcción de una presunción judicial para tener por acreditado el daño. Así, acreditada la lesión (hecho cierto) se puede inferir o presumir el daño (hecho desconocido). De esta manera, la Corte en la sentencia “*Olmos Bruna con Hernández Pino*”¹¹⁸ establece que: “... *la prueba del daño moral resulta especialmente dificultosa, porque las emociones como el dolor, la pena y angustia, son propias del fuero interno de la víctima, por ende, no es dable que sea objeto de una prueba directa, pero sí es susceptible de demostrarse por medios indirectos como inferencias y presunciones y, así, de un hecho conocido se puede deducir uno desconocido. En ese contexto, acreditada la lesión corporal de la demandante, esto es, el esguince cervical y las policontusiones, como, asimismo, la incapacidad por 180 días, se constituyen en presupuestos fácticos de los cuales se puede colegir que la actora experimentó emociones dañosas en su fuero interno con repercusión en la esfera moral, lo que constituye el hecho desconocido, generando un daño de carácter extrapatrimonial que debe ser resarcido.*”

5.3.2.- Principio de normalidad de las cosas y las presunciones.

Por otra parte, algunas sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia para dar por acreditado el daño moral, han morigerado la carga probatoria del mismo, basándose en el criterio o principio de la normalidad, que señala que lo normal y corriente se presume y que quién sostenga lo contrario debería probarlo. Así, por ejemplo en caso de muerte de un familiar directo el sólo hecho de acreditar el parentesco

¹¹⁸ *Olmos Bruna con Hernández Pino* (2018).

permite tener por acreditado el sufrimiento, congoja y angustia del demandante, ya que es lo normal y quien pretenda desvirtuarlo deberá acreditar lo contrario. Es decir, el demandado deberá acreditar que el demandante no experimentó dolor o sufrimiento con la muerte de su pariente.

Así lo ha resuelto por ejemplo la Corte de apelaciones de Concepción en *Arévalo Fuentealba con Municipalidad de Lebu*,¹¹⁹ al señalar que: “*en relación al daño cuya indemnización se pretende, cabe hacer notar que a partir del serio dolor que sufrió la actora a raíz de la muerte de su hijo -cuestión que, por lo demás, relatan los testigos presentados a deponer por su parte- es posible concluir, a través de un procedimiento lógico de inferencia, el daño que debió experimentar en su sensibilidad psicológica como una natural consecuencia, siendo esto lo normal y corriente de las cosas, razón por la cual quien pretenda sostener lo contrario debe revertir el hecho asentado a partir de la aplicación del principio de la normalidad, cosa que no ha acaecido en la situación sub lite.*”

El solo parentesco no puede servir de base para estimar como procedente el daño moral¹²⁰, ya que es necesario acreditar el sufrimiento de la víctima y ello se podría deducir o establecer a través de una prueba por presunciones, probando el vínculo afectivo entre el actor y la víctima directa. Esto, ya que si bien la normalidad de las cosas podría llevarnos a concluir que el mero hecho de perder a un pariente cercano, acarrea dolor y sufrimiento, al momento de acceder a una pretensión indemnizatoria basada en el dolor producido por la pérdida del ser querido, es indispensable probar el

¹¹⁹ *Arévalo Fuentealba con Municipalidad de Lebu*(2011).

¹²⁰ Así por ejemplo, en sentido contrario a este principio de la normalidad la Corte Suprema ha resuelto que la sola circunstancia del parentesco no es prueba suficiente para inferir la existencia del daño moral. Así en *Colegio de Arquitecto de Chile y otros con Jiménez Albornoz* (2017), que es una causa por violación de los derechos humanos, se ha resuelto que: “*Que en relación a la demanda civil deducida contra el Fisco por Leonor Amelia Benítez Aldunate, Catalina Octavia Montero Benítez y Valentina Fuentes Benítez, cabe tener en cuenta que el daño moral que se pretende sea indemnizado ha de estar suficientemente demostrado, en particular si se trata de familiares cuya existencia legal es muy posterior a la fecha de los hechos delictuosos establecidos, caso en el cual el estándar probatorio exigido para justificar el padecimiento que pretenden sea reparado por el Estado debe ser mayor, y ya que los lazos y dependencia afectiva que invocan respecto de la persona de la víctima no fue demostrado, la acción ejercida carece de sustento fáctico para concederles una reparación.*”

vínculo real entre parientes. Así por ejemplo, podría darse el caso de un padre demandante que nunca conoció ni convivió con su hijo, o de una cónyuge demandante que se encontrare separada de hecho desde hace varias décadas, o de un hermano que abiertamente se detestase con otro hermano y no tuvieran vínculo desde hace décadas. De esta manera, debe evitarse la simplificación del problema, aduciendo tan sólo al vínculo existente entre las partes. Ello puesto que, en materia probatoria todo lo que huelga a arbitrariedad debe evitarse, y otorgar una indemnización tan sólo por el mero hecho del nacimiento, podría acercar peligrosamente al juez a esa errada conclusión.

Estimamos que el parentesco cercano puede constituir un indicio conocido del que se puede inferir otro desconocido, como es el sufrimiento del pariente o cónyuge. Sin embargo, este indicio que es el parentesco, por sí solo no basta para inferir dicho padecimiento. Es necesario que ese sufrimiento o dolor se prueben a través de los medios de prueba establecidos por la ley, entre los que encontramos expresamente las presunciones. En este sentido, resulta destacable, lo que resuelve la Corte Suprema en *Ravelo Meneses con Express de Santiago Uno S.A.*,¹²¹ ya que si bien es cierto, adhiere al criterio o principio de la normalidad en el sentido que el vínculo de parentesco sirve para acreditar el daño moral, del mismo modo, argumenta que se tuvo por acreditado además por prueba testimonial y documental. Así la Corte señala: “...considerando únicamente que el fundamento del daño moral, dado su carácter netamente subjetivo, se encuentra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, puede decirse que bajo circunstancias de normalidad la muerte de un cónyuge produce aflicción y dolor, más aún cuando dicho deceso es consecuencia de un hecho ilícito que repentinamente interrumpe la vida de un ser querido. No obstante lo anterior, la demandante más allá del vínculo ya aludido, rindió prueba testimonial y documental en orden a establecer el sufrimiento o aflicción que padeció luego del fallecimiento de su cónyuge.” Como se puede apreciar,

¹²¹ *Ravelo Meneses con Express de Santiago Uno S.A.* (2015).

la Corte Suprema, pondera correctamente, complementando los medios de prueba para dar por acreditado el sufrimiento y dolor y consecuencialmente el daño moral.

Sin embargo, podemos apreciar que aún persisten en la Jurisprudencia reciente de nuestra Corte Suprema, sentencias que se basan en este criterio para dar por acreditado el daño moral. Así la Corte suprema en *Loayza Rojas con servicio de salud Metropolitano*,¹²² señala que la imposibilidad de que un padre vea a su hijo “*representa un evento traumático en la vida de cualquier progenitor, de manera que, conforme al curso normal de los acontecimientos, en cuya virtud todo padre que ha de vivir la muerte de un hijo sufre uno de los dolores más trágicos y aciagos que un ser humano puede enfrentar, no cabe sino tener por debidamente comprobada la existencia del daño moral materia de autos, máxime si el demandado no rindió probanza alguna destinada a descartar su efectividad.*” Del considerando transcrito, llama la atención que el sentenciador exija que la demandada pruebe que la demandante no sufrió daño como consecuencia de la pérdida de un hijo. Concretamente, da la impresión que, en la búsqueda de un afán moralizador de la función judicial y concretamente de la indemnización en caso de fallecimiento de ser querido, se cae con facilidad en absurdos legales que no admiten mayor discusión. Sostener lo que este fallo señala, al igual que la teoría del daño moral evidente contraría abiertamente el artículo 1698 del Código Civil¹²³, por más que esté revestido de una apariencia de justicia distributiva¹²⁴, al invertir derechamente la carga de la prueba que recae sobre el actor en el sentido de acreditar derechamente el daño, como elemento esencial de la responsabilidad civil y radicar la carga de la prueba en la demandada sobre un hecho personalísimo del demandante. Así, por ejemplo, nuestra Corte Suprema lo ha resuelto expresamente en

¹²² *Loayza Rojas con servicio de salud Metropolitano* (2018).

¹²³ RUZ (2014) p.467.

¹²⁴ Sobre la relación entre derecho de daños y justicia distributiva, véase GONZÁLEZ (2017) p. 201.

*Gotelli Rivera con Servicio de Salud Talcahuano*¹²⁵ al señalar que “...es conveniente destacar que el daño moral debe ser probado por quien lo reclama, puesto que se hace necesario demostrar el efectivo detrimento psicológico que un hecho como el que motiva esta acción indemnizatoria pudo producir en las víctimas. Efectivamente, quien pretende atribuir responsabilidad extracontractual debe demostrar sus supuestos y uno de ellos es el daño, con arreglo a lo previsto en la regla del onus probandi prevista en el artículo 1698 del Código Civil, cuyo alcance es extensivo a la materia de que se trata.”

Prueba de la vigencia en nuestra jurisprudencia de este principio de normalidad lo podemos apreciar en una sentencia reciente pronunciada por nuestra Corte Suprema que vuelve a fundar la acreditación del daño moral a través de este argumento. En efecto, en *Valls Morales con Chilevisión S.A.*,¹²⁶ la Corte Suprema, trae a colación nuevamente este principio en un caso en que un Canal de Televisión informó en su noticiario, que el demandante en un arrebato de ira, habría lanzado a la carretera desde el interior de un bus a una persona, quien falleció en el lugar, en circunstancias que quedó demostrado que el actor ni siquiera se encontraba al interior del bus, sino que conducía un vehículo que se detuvo con la intención de prestar ayuda a la víctima.

En esta sentencia, la Corte Suprema se hace cargo de la crítica que hemos planteado, en cuanto a que con este razonamiento se vulneraría la regla del artículo 1698 del CC. Así señala a propósito del principio de la normalidad que: “*El referido principio no es extraño al artículo 1698 del Código Civil el cual, adoptándolo, impone el peso de la prueba a quien alega que alguien ha contraído una obligación a su favor; y luego, si esa obligación es probada, siguiéndolo, impone el peso de la prueba a quien alegue que ella ha sido extinguida. Y es así porque lo normal es que las personas no estén obligadas unas para con otras; si bien es posible que la generalidad de las personas tengamos actualmente una o más obligaciones para con otros, no es normal o común*

¹²⁵ *Gotelli Rivera con Servicio de Salud Talcahuano* (2016).

¹²⁶ *Valls Morales con Chilevisión S.A.* (2019).

que uno tenga cierta o determinada obligación para con otro cierto o determinado sujeto; eso no es lo normal. Y, establecido que esa obligación exista, de X a Z, consistente en tal prestación, esa situación es el nuevo estado normal entre ellos (o, como lo expone el autor que luego será citado, la situación que al menos aparentemente es la vigente entre ellos), de modo que si alguno de ellos propone que ese estado ha sido alterado, porque la obligación ha sido modificada o extinguida, está sosteniendo una situación distinta, nueva, y deberá probarlo.”

Resulta interesante precisar que el redactor de esta sentencia en su oportunidad cuestionó este principio de la normalidad, señalando que el mismo podría llevar a decisiones arbitrarias al no saber sobre qué es lo normal o no¹²⁷. Tanto es así que la misma Corte Suprema, años antes en *Rubio Castro con Alvi Supermercados Mayoristas S.A.*,^{128a} propósito de un caso de daño moral como consecuencia de lesiones corporales señaló expresamente que: *“Por último, con respecto al criterio de alteración de la normalidad, cabe precisar que si bien parte de la doctrina cuestiona su aplicación para decidir qué debe probarse en un pleito, por las dificultades que conlleva definir que ha de entenderse por estado normal de las cosas y por el riesgo de que en dicha labor el juez incurra en arbitrariedad (Daniel Peñailillo A., La Prueba en Materia Sustantiva Civil, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág.52), no hay duda que el criterio de normalidad resulta plenamente funcional para presumir o estimar como hechos evidentes, aquellos presupuestos fácticos que surgen como una consecuencia común y ordinaria del devenir de ciertos sucesos, como ocurre, por ejemplo, con el dolor físico derivado de lesiones corporales.”*

¹²⁷ PEÑAILILLO (1989) p. 52.

¹²⁸ *Rubio Castro con Alvi Supermercados Mayoristas S.A.* (2015).

En “*Hauyon Roman con Administradora de Fondos Absal*”¹²⁹, se rechaza un recurso de Apelación interpuesto por la demandada, y se confirmó con declaración de rebaja del monto concedido a título de daño moral, sosteniendo al efecto que al tratarse de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, “*debe necesariamente acreditarse un nexo causal entre la conducta y el daño irrogado con dicho proceder*”. Señala asimismo que además de este nexo se requiere un criterio de imputación de esa responsabilidad, con relación al demandado, haciendo hincapié en el hecho de que “*el estándar suficiente para tal propósito es el de la culpabilidad, pero la dogmática y la ley en la actualidad, admiten otros factores de atribución, estos últimos de naturaleza objetiva, y como en principio todo daño provocado a otro resulta antijurídico, así pues la actividad riesgosa, lícita en si misma, en tanto produce un daño puede ser calificada de antijurídica y dicho menoscabo que experimenta una persona, sea en ella o en su acervo debe ser indemnizado si ha sido a consecuencia de un acto que lesiona bienes jurídicos...*”. Tras analizar la prueba rendida, el Tribunal tiene por establecido que la demandante ha padecido daños por efectos de ruidos molestos durante el espacio de tiempo mediado entre 2011 a 2013, durante el período de construcción de la edificación vecina. Si bien se hace cargo del actuar negligente del agente dañoso, la misma sentencia antes de analizar la procedencia y evaluación del daño moral, aclara que la misma no puede basarse en factores de naturaleza punitiva. En concreto señala que “*el grado de la culpa del demandado jamás puede influir en la determinación del daño extrapatrimonial, ya que verificado este daño, su reparación debe ser íntegra, dentro de lo posible, y no atender a la mayor o menor negligencia con que actuó el ofensor. Conceptualmente constituye un error considerar como agravante en la fijación del monto de la indemnización el grado de culpabilidad del ofensor... es así que al fijar el monto de la indemnización, ésta debe ser regulada en una suma que sea estrictamente resarcitoria del daño ocasionado*”. Al efecto señala dos criterios de objetivación del daño, como lo

¹²⁹ *Hauyon Roman con Administradora de Fondos Absal* (2015).

serían el principio de la equivalencia entre el daño y la reparación, y el principio que exige la realidad del daño para ser indemnizable. Afirma que, si bien en el caso sublite el daño fue debidamente acreditado con los antecedentes examinados, la indemnización por daño moral debe ser establecida como una forma de reparar el daño causado, pero no puede llegar a constituir una fuente de lucro para el afectado. En virtud de los antecedentes de la causa, si bien confirma la sentencia, se declara que el monto a indemnizar se rebaja prudencialmente a la suma de \$ 4.000.000.

La referida sentencia se observa como una de las más técnicas analizadas hasta el momento. Si bien el caso se centró durante la tramitación del juicio, en la conducta recalcitrante de la demandada, quien fue numerosas veces multada por la generación de ruidos y las molestias causadas a los vecinos y demandantes, y que se probó que la empresa eligió perseverar en su conducta en desmedro de la calidad de vida de los vecinos, causando de esta forma el daño a sabiendas, el sentenciador logra evitar la humana tentación de fijar el monto a indemnizar en atención a la conducta del agente dañoso, y no en relación al daño efectivamente acreditado. Es digno de mencionar el esfuerzo que hace el Tribunal para buscar criterios objetivos que avalen su decisión de confirmar la sentencia, dejando a salvo así la procedencia de la misma. Una vez aclarada la postura doctrinal del sentenciador postura que debiera ser unánime en los tiempos que corren, no deja de valorarse que se haga cargo de la necesidad probatoria en cuanto al daño moral y la necesidad de evitar terminar sancionando al agente en lugar de reparar el daño efectivamente causado. En virtud de las pruebas rendidas, la sentencia es confirmada en cuanto a la procedencia de la indemnización, pero siendo coherente con la postura objetiva, decide rebajar el monto a indemnizar, a la suma de \$ 4.000.000, monto que estima reparará el daño efectivamente causado, sin caer en una sentencia punitiva. Es una sentencia dogmática, técnica y que ha de ser tomada en cuenta como un ejemplo de fallo fundamentado al momento de determinar la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios por daño moral.

6.- La prueba del daño moral en el sistema de valoración de la sana crítica.

El sistema de valoración de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica, es un sistema de valoración racional que debe regirse por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Para Couture las reglas de la sana crítica serían "las reglas del correcto entendimiento humano"¹³⁰.

La vulneración de la valoración de la prueba en virtud de las reglas de la sana crítica, en definitiva vuelve a la sentencia en infundada y carente de sustento, ya que si bien es cierto, en este sistema valorativo de la prueba, el sentenciador no se encuentra vinculado *a priori* al valor probatorio de los medios de prueba, este sistema de valoración racional requiere que la justificación de la decisión a que arriba el sentenciador deba considerar la ponderación de todos los medios de prueba rendidos en el proceso, incluso aquella prueba que se estime que deba desacatarse para fundamentar la decisión.

Resulta relevante el análisis de jurisprudencia pronunciada bajo este sistema de valoración, en primer lugar porque el Proyecto de Reforma Procesal Civil¹³¹, ha establecido como regla de valoración de la prueba a la sana crítica¹³². El legislador chileno de manera sistemática, se ha dirigido hacia a una especie de unificación de los procedimientos en cuanto a la valoración de la prueba, ya que los procedimientos orales reformados de nuestro ordenamiento jurídico han establecido todos ellos como sistema

¹³⁰ Couture (1958) p. 270.

¹³¹ El artículo 295 del Proyecto de Ley que establece el nuevo Código procesal civil, señala que: "Valoración de la prueba. Salvo que la ley atribuya un valor determinado a un medio probatorio, el juez apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, deberá estarse a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla de apreciación diversa."

¹³² A pesar del establecimiento de esta norma, HUNTER (2017) p. 248, sostiene que en el proyecto de reforma procesal civil, conviven las reglas de valoración conforme a la sana crítica y la prueba legal o tasada, ya que la prueba instrumental mantiene sus reglas de valoración del CPC y el CC.

de valoración de la prueba a la sana crítica, así lo determinó expresamente el Código Procesal Penal¹³³, el Código del Trabajo¹³⁴, la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia¹³⁵. Del mismo modo, el Código Tributario¹³⁶ y Ley 18.287 sobre Procedimiento ante los juzgados de policía Local establecieron expresamente el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica¹³⁷.

En segundo lugar, y como veremos de la jurisprudencia analizada, reviste especial consideración el análisis de fallos dictados bajo el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica, por cuanto la ley 19.496 sobre protección de los consumidores estableció por remisión normativa que el sistema de valoración de la prueba en dichos procedimientos será el de la sana crítica, ya que el artículo 50 B del citado cuerpo legal hace aplicable el procedimiento establecido en la ley 18.287 para los juzgados de Policía

¹³³ El artículo 297 del Código Procesal Penal, señala que: “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.”

¹³⁴ El inciso primero del artículo 456 del Código del Trabajo, establece que: “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.”

¹³⁵ Artículo 32 de la Ley Sobre Tribunales de Familia, señala que: “Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.”

¹³⁶ El inciso décimo cuarto del Código Tributario señala que: “ La prueba será apreciada por el Juez Tributario y Aduanero de conformidad con las reglas de la sana crítica. Al apreciar las pruebas de esta manera, el tribunal deberá expresar en la sentencia las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales les asigna valor o las desestima. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

¹³⁷ ARTICULO 14° de la Ley sobre procediendo ante los Juzgado de Policía Local, “El Juez apreciará la prueba y los antecedentes de la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y del mismo modo apreciará la denuncia formulada por un Carabinero, Inspector Municipal u otro funcionario que en ejercicio de su cargo deba denunciar la infracción. El solo hecho de la contravención o infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe relación de causa a efecto entre la contravención o infracción y el daño producido.

Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.”

Local,¹³⁸ que en su artículo 14 establece la sana crítica como sistema de valoración de la prueba.

Así las cosas, nutrida jurisprudencia sobre casos de protección a la ley del Consumidor se han pronunciado con respecto al daño moral.

En este apartado se analizará un primer grupo de sentencias en que la prueba se valora bajo el sistema de la sana crítica, en el que veremos que a pesar de que el sistema de valoración racional exige al sentenciador una exigencia más estricta en cuanto a la fundamentación, veremos que no se ha asimilado correctamente dicha exigencia y existe más bien una tendencia a valorar como si se tratase del sistema de ponderación “en conciencia” como lo estableció expresamente la ley.

El sistema de valoración de la prueba de conformidad con la sana crítica exige un alto estándar de fundamentación. Por ejemplo en *Simonetti Gálvez con Paris S.A.*¹³⁹, vemos un caso en que este estándar de fundamentación queda en deuda por parte del sentenciador de segunda instancia. Especial consideración merece esta sentencia que dice relación con la publicación en registro de morosidad por error de establecimiento comercial. En este caso, la sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, revocó la de primera instancia dictada por el Juzgado de Policía Local de Las Condes que denegó la indemnización por daño moral. La corte de Apelaciones de Santiago concluye para fundamentar el daño moral que la publicación errónea era “una situación de una injusticia extrema que sin el menor asomo de dudas, ha debido causarle gran pesar, malestar o aflicción, lo cual es fácil de deducir. Por ende, ha sufrido un daño moral que debe ser debidamente reparado”. Para luego fundamentar la decisión en la declaración de 4 testigos en la causa que dan cuenta que el

¹³⁸ Artículo 50 B.- Los procedimientos previstos en esta ley podrán iniciarse por demanda, denuncia o querrela, según corresponda. En lo no previsto en el presente Párrafo, se estará a lo dispuesto en la ley No 18.287 y, en subsidio, a las normas del Código de Procedimiento Civil.

¹³⁹ *Simonetti Gálvez con Paris S.A* (2011).

demandante se vio privado de participar en una licitación, de efectuar ciertos negocios y vio afectada su vida por los constantes llamados de cobranza.

Esta sentencia resulta muy interesante, de analizar, por cuanto en el considerando 8º de la sentencia, si bien se refiere a las reglas de la sana crítica de manera genérica, no señala en particular qué regla en concreto permite arribar a la convicción de que el daño moral fue efectivamente acreditado. En efecto, los sentenciadores en el sistema de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, pueden fundamentar sus decisiones en éstas, pero al analizar sentencias y buscar en ellas las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia utilizadas, es común encontrarse con ese tipo de frases genéricas en forma grandilocuente, que finalmente no explican nada. Ello, porque decir que en virtud de lo establecido en las reglas de la lógica se llega a equis conclusión no es fundamentar. Necesario sería que en este sistema de valoración, el juez se esmerara por señalar qué hecho probado analizado bajo qué regla de la lógica le llevó a desarrollar tal conclusión, y no otra.. En efecto, el que la sentencia contenga expresiones como la reseñadas respecto a que, para el Tribunal el daño ha debido causar sin asomo de dudas, pesar, malestar, o aflicción, siendo fácil de deducir, no aparece como una manifestación de fundamentación de la misma, sino todo lo contrario. Puesto que dichas expresiones nada aportan respecto a parámetros objetivos que hayan llevado al sentenciador a esa conclusión, sino que es sólo la manifestación de una conclusión, sin que ella contenga la fundamentación misma.

En *Cereño Weisghaupt con Plaza Tobalaba S.A.*¹⁴⁰, que ya citamos a propósito del daño moral evidente y las presunciones, la Corte de Apelaciones de San Miguel revocó la de primera instancia, haciendo lugar al daño moral por estimar que habiéndose acreditado el daño emergente “*es evidente e incuestionable que ella, al constatar este atentado a su propiedad, que constituye un daño moral grave, aumentado por el hecho que se encontraba con su hija menor de cuatro años y que estaba embarazada, lo que se*

¹⁴⁰ *Cereño Weisghaupt con Plaza Tobalaba S.A.*(2011).

comprueba con el certificado de fs. 84, apreciándose prudencialmente la entidad de este daño moral, se evalúa en la suma única de dos millones quinientos mil pesos". (considerando octavo). La sentencia establece derechamente que el daño moral sería evidente, en circunstancias que pudo fundamentar la sentencia en las máximas de la experiencia, apareciendo claro que si para el sentenciador era tan evidente la existencia del daño, fácilmente podría haberlo expresado de una manera concreta. A mi entender, la sentencia analizada evidencia no sólo falta de fundamentación, sino de rigurosidad técnica al señalar, por ejemplo, que el atentado a su propiedad constituiría un daño moral grave. Al respecto podríamos decir que la sentenciadora manifiesta al menos una confusión terminológica al expresarse de esa forma en la sentencia, por cuanto el daño moral grave en ningún caso podría considerarse como el atentado a su propiedad. Dicho atentado constituye efectivamente el hecho ilícito generador de responsabilidad. De este hecho ilícito generador de responsabilidad civil surgiría la fuente de la obligación indemnizatoria por parte del agente dañoso. En concreto, el daño a la propiedad constituye el supuesto fáctico que se denominaría en nuestra legislación la fuente de la obligación. Una vez nacida la obligación de indemnizar perjuicios, ha de comenzar a determinarse qué tipo de perjuicios existieron, y dentro de ese análisis habrá de concluir si la esfera extrapatrimonial del demandante se vio dañada, o no.

En *López Angulo con Turismo Cabot Ltda*¹⁴¹ la Corte de Apelaciones de Coyhaique, hace una relación interesante en cuanto a la prueba del daño y la determinación del monto a fijar por concepto de daño moral. En efecto, señala que la estimación pecuniaria del daño, *"debe hacerse necesariamente, conforme a la prueba que conste en el proceso y no de modo discrecional, por lo que este ámbito, el daño, sea material o moral, debe estar debidamente acreditado"*.

Si bien, lo señalado por esta sentencia pudiere parecer una obviedad, parece interesante incorporarla, por cuanto se encontró variada jurisprudencia que se aleja de

¹⁴¹ *López Angulo con Turismo Cabot Ltda*. (2011).

este principio básico. Derechamente parece ser totalmente soslayado en diversas sentencias estudiadas. En efecto, al estudiar el tema podría llegar a pensarse que desde el punto de vista jurídico, al adoptarse nuevas tendencias o darse por superadas algunas teorías, éstas caen en desuso y se logra avanzar un escalón más en la evolución de la ciencia jurídica. Sin embargo, se produce en este ámbito una constante vuelta a antiguas teorías, lo que podría encontrar su explicación, bien en una contumacia jurídica, o derechamente en falta de información al respecto. Tratándose de la actividad jurisdiccional, entiendo que esta falta debiese constituir una constante preocupación por parte de los Tribunales Superiores de justicia, ya que incluso en oportunidades se ha podido observar que sentencias que afirman que el daño moral no debe ser probado, han sido confirmadas por Cortes de Apelaciones que históricamente no propugnan dicha teoría. Es por ese motivo que nos parece que esta sentencia, con su simplicidad, es interesante y merece estar incorporada en este análisis.

La Corte de Apelaciones de La Serena en *Galleguillos González Con Casa Ximena*¹⁴² concede el daño moral a un cliente por fallas en una impresora que adquirió y que imposibilitaron su funcionamiento. En este fallo la Corte de Apelaciones de La Serena, fundamenta correctamente la sentencia para justiciar la acreditación del daño moral puesto que en su considerando Noveno, no da por supuesta la existencia del daño moral, sino que señala: “*perjuicio que arranca de la frustración sufrida por el cliente respecto de la imposibilidad de utilizar la impresora y de la tramitación posterior del reclamo y espera de una solución satisfactoria, situación que a juicio de estos sentenciados y conforme a las máximas de la experiencia y el sentido común, debió causarle malestar, sufrimiento y angustia...*”. Parece interesante analizar las sentencias que se dictan bajo el estatuto contemplado en la ley 19.496 ley de Protección a los Consumidores, toda vez que esta ley ordena al juez a indemnizar todos los daños

¹⁴² *Galleguillos González Con Casa Ximena* (2011).

materiales y morales sufridos por el actor¹⁴³. De esta forma, tratándose de esta sede, al juez le puede bastar la declaración de testigos que le hagan arribar a la conclusión de que efectivamente el bien no fue apto para su uso. Y la conducta del proveedor también es considerada para determinar su procedencia, toda vez que también esta ley impone al proveedor un standard ético más alto que en sede civil, toda vez que una de las innovaciones de la ley 19.496 es que elimina la igualdad existente entre las partes, y asume la realidad subyacente tras una relación de consumo, en que el consumidor no está en situación de igualdad con el proveedor, por lo que consideramos que esta sentencia, si bien no analiza pormenorizadamente las reglas de la lógica infringidas, sí satisface la pretensión del legislador, al establecer la obligatoriedad de abarcar el daño moral en estos rubros indemnizatorio.

En *González González con Walmart Chile*¹⁴⁴, la Corte de Apelaciones de Concepción, condenó a un Supermercado por el robo de un vehículo desde su estacionamiento, señalando expresamente “resulta patente que la sustracción del vehículo del demandante desde los estacionamiento del establecimiento comercial demandado provocó un daño moral en aquél, constituido por las molestias y sufrimiento que le ocasionó la pérdida de su automóvil...”(considerando 16°).

Resulta analizable esta sentencia, puesto que en el considerando 15° se refiere expresamente a la dificultad probatoria del daño moral, señalando que no es posible hacer aplicable el régimen probatorio general de los daño materiales a la prueba del daño moral, concluyendo que la única forma de acreditar el daño es mediante las presunciones. Sin embargo, la sentencia es confusa, ya que este caso se rige por el sistema de valoración de la sana crítica y por ello debe recurrir a sus reglas. Sin

¹⁴³ Artículo 3° 1era e) Ley 19.496.- que señala que: “Son derechos y deberes básicos del consumidor:
e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea, y

¹⁴⁴ *González Gonzalez con Walmart Chile* (2012).

embargo, incluso en el error conceptual en que ocurre la Corte al señalar que en este caso se debería acreditar el daño moral mediante una presunción judicial. Como se pudo apreciar del considerando transcrito, la Corte fundamenta basándose en el daño evidente y no da mayores argumentos sobre la construcción de la convicción de que el daño moral se encuentra acreditado, omitiendo incluso construir la presunción judicial.

En *Reyes Cabello con Latam Airline Group S.A.*,¹⁴⁵ la Corte de Apelaciones de Rancagua rechaza el recurso de apelación deducido por la demandada LAN y confirma con declaración de aumento del monto a indemnizar, la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia que condenó a la demandada LAN a pagar la suma de \$ 5.000.000 a cada demandante, atendido que según refiere, no puede acoger la tesis de la demandada respecto al caso fortuito alegado, atendido concretamente la forma en que se desarrollaron los hechos y la actitud adoptada por la demandada. En efecto, señala el fallo de segunda instancia que no es atendible que su actitud haya mostrado diligencia en su actuar, y derechamente cuestiona el actuar de la demandada durante la ocurrencia de los hechos generadores de responsabilidad civil. Respecto a la alegación de haberles ofrecido otro pasaje una vez suspendido el primer vuelo, con su deber cumplían al ofrecer un pasaje sin coste en otro vuelo posterior. Que la alegación de no haberles podido embarcar en el segundo vuelo es plenamente imputable a la demandada, toda vez que implica que se ofreció algo que no se tenía certeza de tener y esta falta de certeza también le sería plenamente atribuible a la línea aérea, ya que nadie más que ella podía saber si habría o no cupo a Santiago. Que además de ello, el hecho de “*que el equipaje de los actores sí fue embarcado a Santiago, con lo cual tenemos la paradoja de que, o bien había avión disponible para ellos y no se les quiso llevar; o bien se les deja, a sabiendas, para pernoctar en Antofagasta, sin sus útiles personales ni ropa de recambio. Eso, tampoco puede atribuirse a un caso fortuito, como es evidente*”. Continúa el sentenciador advirtiendo que además de todo lo señalado, la demandada habría enviado

¹⁴⁵ *Reyes Cabello con Latam Airline Group S.A.*, (2015).

a los demandantes a pernoctar a un Hotel, debiendo dormir éstos en el lobby del Hotel, cosa que además ha de atribuirse al propio Hotel, quien permitió que pasaran la noche ahí para evitar que pernoctaran en plena calle. Sin que la demandada haya demostrado mayor gestión que la de mostrar unos correos electrónicos enviados, pero sin respuesta por parte del Hotel. Al momento de discernir sobre la procedencia y monto del daño moral, señala que si bien las explicaciones dadas en la apelación no agravan la falta, *“sí demuestran una actitud por parte de la empresa, en cuanto a que actuó sin celo ni interés por los pasajeros, porque se nos dice que como el vuelo cancelado no alcanzó a iniciarse, no tenía la línea aérea la obligación alguna para con los actores, lo que implica afirmar que no debía devolverles el valor del pasaje, para evitar el enriquecimiento sin causa... que el daño moral surge probado de sus supuestos ya descritos, bastando sustituirse mentalmente en la situación de los pasajeros para comprender a su alcance, porque la molestia natural del retraso en el viaje se suma la desazón ante reiteradas promesas incumplidas, el envío del equipaje a Santiago dejándolos sin sus enseres necesarios para pernoctar y el abandono a su suerte del que ya se habló”*. Termina la sentencia haciéndose cargo de la conducta del demandado al advertir *“Por último, no se trata sólo de un incumplimiento, sino que se añade desdén para con la frustración del cliente... Esto es, al daño derivado del reiterado incumplimiento en si, se une el de la humillación surgida... Esa magnitud del daño moral, que lo causa con toda conciencia una empresa poderosa, no puede regularse en una suma inferior a los diez millones de pesos para cada demandante”*. La sentencia en comento resulta interesante de analizar, ya que es un caso bastante evidente en que la conducta del agente dañoso ha sido considerada para aumentar el quantum del monto indemnizatorio. Si bien esta parte comparte la fundamentación respecto a que la conducta del agente aumentó con cada una de sus acciones, el daño causado a los demandantes, nos parece que poner el enfoque en la conducta del demandado es peligroso. Nuestro sistema indemnizatorio civil no es punitivo, de forma tal que por más

reprochable que parezca la conducta del agente, esta no puede servir para fundamentar ni una indemnización, ni un aumento del quantum. Por el contrario, si la mirada se hubiese puesto en el espectro dañoso derivado del comportamiento negligente contractualmente por parte de LAN, acreditándose que la sumatoria de hechos generó un aumento del daño en la medida del aumento de la negligencia, la sentencia podría aparecer menos cargada de una carga punitiva. Sin embargo, no obstante compartir la visión respecto al deleznable comportamiento de la demandada, realizar el ejercicio de “sustituirse mentalmente” en la situación de los pasajeros, aparece como una actividad más propia de un análisis más propio de la prueba en conciencia, que de la sana crítica, por cuanto se extraña la enunciación de diversos criterios lógicos que habrían servido para evitar la sensación de castigo al agente generador del daño, más que reparación del daño efectivamente causado, que se observa tras el análisis de sentencia.

Por otra parte, en “*García Ortiz con Scotiabank*”¹⁴⁶ se puede apreciar otra forma de ponderación de la prueba que se establece en la ley 19.628 sobre protección de la vida privada. En efecto el artículo 23 de dicho cuerpo legal establece expresamente que se debe indemnizar el daño moral y que la prueba se apreciará en conciencia. Por otra parte, de manera similar a lo que establece la ley en materia de responsabilidad de los servicios público de salud, el inciso final del artículo 23 señala que el monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos. Es decir, establece parámetros objetivos para la determinación del daño moral y su cuantía. Así la Corte Suprema ha señalado, a propósito de una publicación errónea en el boletín comercial de una persona que: “*Que sin perjuicio de lo señalado y sólo a mayor abundamiento, resulta pertinente recordar que en el caso sub lite los jueces del mérito establecieron el incumplimiento post contractual de la obligación de la institución bancaria de lealtad, probidad y buena*

¹⁴⁶ “*García Ortiz con Scotiabank*” (2008)

fe, deber tutelado por el artículo 1546 del Código Civil, incurriendo la demandada, además, en una trasgresión al artículo 17 de la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal, al haber comunicado información sobre obligaciones de carácter bancario o comercial fuera de los casos en que le era permitido hacerlo, situación que a la luz del artículo 23 del citado cuerpo normativo comporta la obligación de indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, añadiendo dicha disposición legal que la prueba se apreciará en conciencia por el juez. El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y los hechos, situación jurídica que torna impertinente cualquier alegación sobre infracción a las leyes reguladoras de la prueba.” Como podemos apreciar de la transcripción de dicho considerando, la prueba del daño, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la ley 19.628, se debe regir de acuerdo a los parámetros legalmente establecidos, sin que implique vulneración de las reglas de la prueba en general. Esta es una forma que, si bien por una parte limita la actividad judicial respecto a los factores a considerar, por otra los dota de una concepción más concreta y objetiva, lo que se debiese agradecer al hablar de este tema. Sostengo que todo el desarrollo dogmático y literario que contribuya a dotar al juez de mayores herramientas que le permitan moverse con mayor seguridad al momento de determinar el monto a indemnizar, facilita no sólo su labor, sino también la de los litigantes, para ejercer los remedios pertinentes. Y también para los tribunales de alzada, ya que verificar el cumplimiento de cierto standard probatorio, es siempre un buen punto de partida para el análisis de una nulidad.

7.- Cuestiones y problemas particulares de la prueba del daño Moral.

Después de analizar los aspectos probatorios, en relación con los medios de prueba y los sistemas de valoración de la misma, resulta interesante revisar ciertos aspectos particulares y problemas particulares del daño moral, relacionados también con

sus aspectos probatorios. En efecto, como ya hemos señalado precedentemente en esta investigación, la tendencia jurisprudencial de manera sistemática ha devenido en ampliar el concepto de daño moral, superando aquel únicamente referido al *pretium doloris*, lo que nos lleva a estudiar los aspectos probatorios del daño moral de las personas jurídicas, si la denominada pérdida de la chance es o no una nueva categoría de daño. Por otra parte, la amplitud del concepto de daño moral, necesariamente nos conduce a efectuar un breve análisis del estado actual de la jurisprudencia en materia de daño moral en la responsabilidad contractual y por último, una cuestión particular que dice relación con la posibilidad de efectuar la reserva del artículo 173 del CPC, en materia de responsabilidad extracontractual.

7.1.- El daño Moral en la Pérdida de una Chance.

Si bien, no es objeto de la presente investigación los alcances dogmáticos de la denominada pérdida de una chance, resulta ilustrativo revisar las sentencias que se han pronunciado al respecto, durante los últimos años. Especialmente en lo que dice relación con la responsabilidad médica¹⁴⁷ y la pérdida de la chance de sanar o de sobrevivir, puesto que no existe uniformidad doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica de la misma. Sobre el tema se discute si efectivamente nos encontramos frente a una nueva categoría de daño o si, más bien se trataría derechamente de una hipótesis de incertidumbre causal. En uno y otro caso, resulta esencial el ejercicio probatorio, ya que la carga de la prueba estará orientada a acreditar efectivamente la pérdida de la oportunidad determinada, que haga posible acoger la pretensión indemnizatoria.

Ya sea que se trate de una nueva categoría de daño o que, en realidad estemos frente a una cuestión de incertidumbre causal, la prueba resulta esencial para la determinación de la existencia del daño indemnizable y la fijación de su cuantía, puesto

¹⁴⁷ TAPIA (2016)p. 263.

que dificultoso es valorar económicamente la oportunidad perdida. La prueba del nexo causal, la determinación concreta del daño y la valoración del quantum, *per se*, representan una gran dificultad probatoria.

En la pérdida de una chance, existen casos de responsabilidad civil en que se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo¹⁴⁸. Por esta razón, es necesario analizar qué es lo que se debe acreditar para que el tribunal conceda la indemnización por pérdida de una chance, especialmente la forma cómo se aporta al proceso la posibilidad de que el sentenciador pueda valorar la oportunidad debida¹⁴⁹.

Con respecto a la incertidumbre causal, se ha sostenido que en realidad no existe tal incerteza, sino que al contrario, efectivamente existe un nexo de causalidad entre la conducta atribuida al agente y la oportunidad perdida¹⁵⁰.

El análisis de este tema es fecundo, no sólo por cuanto otorga una guía para realizar el enfoque correcto que ha de darse a la mirada de la pérdida de la chance, sino porque además se logra advertir en algunos fallos que la han adoptado, una cierta tendencia a considerar la actitud de hechor al momento de determinar la procedencia y el monto del daño moral. En mi opinión, al concluir que es una nueva categoría de daño, no se vislumbra una gran dificultad probatoria, por cuanto la gran prueba la constituirá la oportunidad misma perdida. Si concluimos que la oportunidad perdida debe ser siempre y en todo caso indemnizada, entonces habría que olvidarse siquiera de discutir sobre problemas probatorios, ya que bastará el ingreso al juicio para comenzar a discutir el quantum y no la procedencia misma. Por otra parte, considero que reducirlo a un tema

¹⁴⁸ TAPIA (2012 a) p 251.

¹⁴⁹ En el sentido señalado, las sentencias analizadas son coincidentes en citar a RÍOS Y SILVA (2014) p. 267 y 268, quienes señalan que “ La oportunidad es lo que se debe indemnizar y no lo que estaba en juego. Si es que se debe reparar la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, ‘(...) el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiera realmente matado al enfermo’. Por eso se ha dicho que la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida”

¹⁵⁰ TAPIA (2012 a) p. CORRAL (2003) p.142.

de incertidumbre causal puede enfrentarnos al problema contrario, ya que al existir incertidumbre, nunca debiese darse, ya que la indemnización por daño moral no se concibió como una manera de compensar posibilidades perdidas, sino derechamente daños. Sin mayor pretensión que la de aportar con una teoría al respecto, sin entrar a profundizar más sobre ella, estimo que la pérdida de la chance, desde el punto de vista de la judicatura debiese ser vista desde un punto de vista dualista, partiendo de un ejercicio intelectual conocido, seguido de otro ejercicio intelectual desconocido, pero necesario al momento de indemnizar daños. Así, estimo que dejando en claro que bajo ninguna circunstancia considero la pérdida de la chance desde el punto de vista del lucro cesante, sí creo que el ejercicio intelectual que realiza el juez para analizar la procedencia de éste debiera ser el más cercano, pero agregándole un factor emocional, concibiéndolo por tanto como una especie de “lucro cesante emocional”¹⁵¹. De esta forma, el juez podría situarse en el momento actual, realizar una inferencia futura, basándose en la prueba concreta ya rendida, y desde ese hecho concreto agregar el elemento emocional probado en el juicio, ya sea mediante pericias psicológicas, testimonial, o incluso documental¹⁵². Ello no se analizará en profundidad, por escapar a los objetivos de la presente investigación, pero se analizarán sentencias de pérdida de la chance en materia de responsabilidad médica, ya que en este ámbito existe un amplio campo para la pérdida de una oportunidad, por la naturaleza misma de la actividad.

Tal como se ha adelantado, el primer caso en que nuestra jurisprudencia reconoció expresamente la pérdida de una chance fue en *Vásquez Contreras con Hospital Van Buren*¹⁵³. En síntesis una persona ingresó a la urgencia del Hospital Van

¹⁵¹ TAPIA (2003) p. 106, a propósito de estima que “la doctrina nacional moderna no ha contribuido demasiado a disipar las confusiones de la jurisprudencia, que asimila la pérdida de una oportunidad al lucro cesante. Esto es un error. Ambos son daños futuros, pero la pérdida de una oportunidad, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial (un porcentaje) y no completa de la ganancia perdida. Razonando en términos de lucro cesante, como hace la jurisprudencia nacional, se termina inevitablemente por negar a la víctima toda reparación.”

¹⁵² BARROS (2006) p. 378.

¹⁵³ *Vásquez Contreras con Hospital Van Buren* (2015).

Buren de Valparaíso, con un Pre infarto al miocardio, produciéndose una tardía atención, y falleciendo finalmente el paciente sentado en la espera de urgencias, durante el cambio de turno. La corte concluye que *"si bien no es posible atribuir causalmente a la falta de servicio descrita el fallecimiento del Sr. Vásquez Velásquez, tal negligente proceder lo privó, sin duda alguna, de la oportunidad de luchar dignamente por su vida"*. La prueba determinante para conceder la indemnización, fue la prueba pericial que en definitiva fue el fundamento esencial de la Corte para ponderar la existencia del daño y la fijación de la cuantía. Al respecto la sentencia señala que la información aportada por el peritaje: *"demuestra que incluso un hombre de 71 años (como tenía el occiso a la fecha de su deceso) podría haber salido del paro en que se encontraba, pues tenía un 49% de posibilidades de hacerlo, ya que sufrió el ataque en el interior de un recinto asistencial, en el que, en principio, se le debieron prestar, oportunamente, las atenciones del caso. Más aun, el perito indica que hasta un 15% de los pacientes en esas condiciones pueden ser dados de alta, de lo que se sigue que la pérdida de la oportunidad de luchar por su vida que afectó a don José Luis Vásquez Velásquez debe ser calificada como real y, por ende, que el demandado se encuentra en la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de la misma."*

A pesar de que la Corte señala que toda esta pérdida de oportunidad hizo incurrir a las víctimas de un perjuicio personal constituido por la privación a la que fueron sometidos, indemniza finalmente la pérdida de una oportunidad a título de daño moral, sin establecer concretamente que se trataría de un nuevo tipo o categoría de perjuicio.

Otra caso de pérdida de una chance lo vemos en *"Contreras Parra con Secretaria Ministerial de Salud"*¹⁵⁴. Un lactante fallece debido a la omisión en el diagnóstico de coqueluche o tos convulsiva por parte del hospital Florida de Concepción, condenándose al Servicio de Salud de Concepción, señalándose que: *"la*

¹⁵⁴ *"Contreras Parra con Secretaria Ministerial de Salud"* (2017).

falta de servicio no privó de la vida a Juan Pablo Contreras Sánchez, sino que de la opción de tener un tratamiento que eventualmente le habría puesto en una posición de luchar por su vida, oportunidad de la que también fueron privados sus familiares directos, actores de estos autos, quienes no pudieron contar por un tiempo mayor con la presencia de su hijo recién nacido.” Considerando 14º sentencia de reemplazo).

La sentencia aludida, si bien refleja similar razonamiento al comentado en *Vásquez Contreras con Hospital Van Buren*, difiere del mismo en cuanto su razonamiento implica un acto de fe, que la sentencia anterior al menos omitió. Esta sentencia recurre a la posibilidad de que el tratamiento del que se vio privado el paciente, eventualmente podría haberle salvado la vida, conclusión a la que, como ya dijimos es imposible de arribar con la certeza que requeriría la causalidad. Esta solución, si bien lograría satisfacer un standard probatorio mínimo para arribar a la indemnización del daño moral causado, es menos concreta que la anterior, en que el Tribunal lo resolvió, objetivando el daño en la posibilidad de luchar dignamente por su vida. Cuestión que si bien es innegable, concretamente no puede obviarse la circunstancia de que derechamente no es un hecho probado propiamente tal, y además importa un riesgo respecto a su generalidad. La eventualidad del éxito del tratamiento negado en este caso, y la falta de mención al elemento probatorio que le habría llevado a concluir tal hipótesis es lo que la haría, según mi punto de vista, un poco más débil en relación a la anterior, en que el argumento por su propia generalidad, termina bastándose a si mismo.

En *Fuentealba Durán con Servicio de Salud Talcahuano*¹⁵⁵, la Corte Suprema acoge la casación en el fondo y decide confirmar la sentencia de primera instancia que había condenado al Servicio de Salud de Talcahuano por falta de Servicio, por una paciente que falleció por un shock séptico refractario, por mala praxis del servicio demandado que no se ajustó a los protocolos y procedimientos establecidos por la

¹⁵⁵ *Fuentealba Durán con Servicio de Salud Talcahuano* (2018).

misma institución, para precaver los elevados riesgos que la instalación de un catéter vascular. La Corte concluye que: *“la falta de la debida diligencia en el procedimiento médico sólo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una posible sobrevida que se le habría entregado al paciente, pues de no mediar la falta de servicio establecida en autos, aquella habría tenido la chance de no haberse contagiado con una infección, y probablemente no habría fallecido como consecuencia de ella”*. (considerando 13°).

El problema que puede advertirse en la sentencia analizada, no radica concretamente en su resolución, sino en el razonamiento lógico utilizado para llegar a esa conclusión. Se puede advertir una cierta contradicción en la sentencia, toda vez que por una parte relaciona causalmente la falta de diligencia en el procedimiento médico con la pérdida de la posibilidad de sobrevida del paciente, y luego establece condicionalmente que sin dicha falta quizás no se habría contagiado, y quizás no hubiese muerto.

Si bien, efectivamente este es un caso de pérdida de la chance, la fundamentación de la misma en la sentencia no debiera estar saturada de supuestos, menos aún si habla de causalidad, toda vez que ésta excluye precisamente el ejercicio probabilístico, debiendo por tanto, buscarse lógicamente y argumentativamente la incorporación de elementos objetivos que fundamenten su hipótesis en la misma. De esta forma, si el juez llegó al convencimiento que el shock séptico, en este caso, se habría podido evitar mediante una oportuna atención, debiese señalarlo en el fallo, estimándose bastante probable además en este caso. Se hace necesario observar que en dicho juicio existían elementos probatorios importantes para determinar la existencia de la pérdida de la chance, como lo fue la prueba de la falta de atención del paciente, concretamente la persona se vio privada de la posibilidad de acceder a un tratamiento médico, objetivamente los agentes no se ajustaron al protocolo establecido, y efectivamente el paciente murió, sin embargo

no se realizó ese ejercicio argumentativo. Existiendo todos esos antecedentes parece innecesario fundamentar este tipo de sentencias en una causalidad no acreditada, sin caer en la tentación de que la figura de la pérdida de la chance solucione este problema, que una vez más se presenta como un caso en que la conducta del agente es considerada.

En “*Carvacho Arriagada con Servicio de Salud*”¹⁵⁶, se condenó al Servicio de Salud de la Región de O’ Higgins, por la muerte de un lactante prematuro, como consecuencia de la interrupción tardía del embarazo, existiendo antecedentes previos de la madre y vulnerando los propios protocolos del servicio para este tipo de casos. La Corte señala: “*Que la falta de servicio antes anotada provocó que la demandante y su hija sufrieran la pérdida de la chance de ser oportunamente atendidas y, así, recibir los tratamientos adecuados al estado de cada una de ellas. En efecto, si bien no existe certeza que una interrupción del embarazo de forma anterior hubiese impedido la muerte de la menor, del desarrollo de los hechos fluye que se privó a la actora y a su hija de la oportunidad de evitar dicha consecuencia, pérdida que debe ser indemnizado.*” (Considerando 11°). La prueba esencial para determinar la existencia y monto del daño moral fue la prueba instrumental consistente en la la ficha clínica y las auditorías médicas. (Considerando 15°). Esta sentencia objetiviza totalmente el concepto de pérdida de la chance. En efecto, considera derechamente la falta de atención y práctica oportuna del procedimiento como la pérdida de la chance misma. No hay elaboración de presunciones, ni tampoco se construye forzadamente una relación de causalidad.

En “*Loayza Rojas con servicio de salud Metropolitano*”¹⁵⁷ se condena al Servicio de Salud Metropolitano Oriente, por la actuación deficiente del Hospital Hanga Roa de isla de Pascua que trató a un niño por una supuesta Hiperqueratosis, que en

¹⁵⁶ “*Carvacho Arriagada con Servicio de Salud*” (2018).

¹⁵⁷ *Loayza Rojas con servicio de salud Metropolitano* (2018).

definitiva era un cáncer que lo llevó a su muerte. La Corte señala que: *“del mérito de los antecedentes aparejados al proceso no es posible tener por demostrada la existencia de un vínculo causal entre dicha falta de servicio y el fallecimiento de Hans Loayza Pate, puesto que la prueba rendida es insuficiente para demostrar que su muerte deriva, de manera directa y necesaria, de la actuación negligente del personal del citado Hospital. Empero, los mismos antecedentes comprueban de manera categórica que, si bien no es posible establecer dicho vínculo causal, el negligente proceder del equipo médico privó al paciente, sin duda alguna, de la oportunidad de luchar dignamente por su vida”*

Esta sentencia es compleja. Basta con detenerse en algunos párrafos como aquellos en que señala *“que todo padre al vivir la muerte de un hijo vive los dolores mas trágicos”*. En efecto, en el curso normal de las cosas esa es una frase bastante cierta. Pero una sentencia recaída en juicio indemnizatorio civil no puede fundamentarse con una afirmación tan prosaica como aquella. Indiscutible es que lo lógico un padre sufra lo indecible al perder un hijo, pero no puede soslayarse la necesidad probatoria que acarrea un juicio de esta naturaleza. Puesto que, si bien no es lo normal, también existen padres que no quieren a sus hijos. Hay algunos que los golpean, otros que los prostituyen e incluso algunos que los matan. Y atendido ello es que resulta peligroso dejar la fundamentación de la procedencia del daño moral a los parámetros que cada juez pueda considerar. Mención aparte merecería comentar el hecho de la proposición fáctica que plantea esta sentencia respecto a la alteración de la carga probatoria. En estricto rigor, la sentencia estaría aplicando de facto en el sistema civil chileno, la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Sí me parece importante destacar que, a diferencia de otras sentencias, ésta señala expresamente que no se acreditó el nexo causal, cosa que si bien puede aparecer obvio, no lo es, tal como se ha analizado a lo largo de esta investigación.

Por otra parte en la gran mayoría de la sentencias, a pesar de que citan doctrina sobre pérdida de una chance y justifican que estamos en presencia de un perjuicio indemnizable, no lo otorgan como tal. Así por ejemplo una cita reiterada de la

jurisprudencia es la que podemos apreciar en *Corvalán Castillo con Servicio de Salud Metropolitano Occidente*¹⁵⁸: “En cuanto a la pérdida de chance de supervivencia, Chabas ha dicho que, ‘cuando el paciente pierde, por ejemplo, una chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte, es la eliminación de un simple potencial de chances..., la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca al perjuicio; lo que estaba en juego aparecía afectado por un álea..., el álea está en la base; es un elemento constitutivo de lo que está en juego. El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las chances que le quedaban cuando el médico intervino’ [...] El perjuicio no es la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico” (Félix Trigo Represas, *op. cit.* Pág. 191 y 192).” Sin embargo, finalmente la mayoría de las sentencias culminan condenando y otorgando una suma de dinero por concepto de daño moral. La misma cita y razonamiento la podemos apreciar en *Ramón Nuñez con Fisco de Chile*¹⁵⁹, en *Pinto Flores con Fisco de Chile*¹⁶⁰, *Caucoto Pereira con Hospital del Salvador*¹⁶¹, *Beltrán Rodríguez con Servicio de Salud Talcahuano*.¹⁶²

Es más, se observa cómo los considerandos argumentan sobre la pérdida de la chance, para acto seguido concluir que otorgan tal o cual cantidad por daño moral. Así por ejemplo, podemos citar *Sarabia Tolosa con Servicio de Salud de Iquique*¹⁶³, en que el demandante demanda por el hecho de que en la atención médica no le entregaron un diagnóstico de VIH, sin que se le realizaran exámenes para descartar la existencia de tal

¹⁵⁸ *Corvalán Castillo con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (2017).

¹⁵⁹ *Ramón Nuñez con Fisco de Chile* (2018).

¹⁶⁰ *Pinto Flores con Fisco de Chile* (2018).

¹⁶¹ *Caucoto Pereira con Hospital del Salvador* (2017).

¹⁶² *Beltrán Rodríguez con Servicio de Salud Talcahuano* (2018).

¹⁶³ *Sarabia Tolosa con Servicio de Salud de Iquique* (2016).

patología, así como tampoco le notificaron en su oportunidad que la padecía, lo que provocó que su cónyuge también se contagiara. Así la corte por una parte señala que *“la falta de servicio no privó de la vida al señor Sarabia Soria, sino que de la opción de tener una buena calidad vida y luchar dignamente por ella, oportunidad de la que también fueron privados sus familiares directos, actores de estos autos, quienes no se pudieron contar por un tiempo mayor con la presencia de un padre e hijo que, a pesar de su enfermedad, mantuviera una buena calidad de vida, se regula el monto de la indemnización que el demandado deberá pagar en una suma considerablemente inferior a la solicitada por los actores, pues se estima que no resulta posible avaluar el monto en relación a la pérdida por la muerte del paciente sino sólo la pérdida de la chance en los términos que han sido explicados.”* En considerando siguiente, establece que se otorga un monto determinado por daño moral y no por la pérdida de la chance, como una sub categoría de daño moral.

Un caso especial se aprecia en *Méndez Dabdub con Corporación Municipal de salud*¹⁶⁴, un caso de diagnóstico tardío de un cáncer de mamas, ya que los exámenes pertinentes a que fue sometida la demandante no fueron evaluados por un especialista, sino que por una matrona que no contaba con los conocimiento pertinentes para la materia. En efecto, el diagnóstico tardío privó a la demandante de la posibilidad de someterse oportunamente a un tratamiento del cáncer que padecía. Tal como la gran mayoría de las sentencias estudiadas de pérdida de la chance, la Corte razona y reitera los fundamentos y citas doctrinarias que se ha sustentado para fallar en favor de la pérdida de la chance, pero a diferencia de la tendencia jurisprudencial mayoritaria que finalmente termina condenando la pérdida de la chance como daño moral, resuelve expresamente que condena a la demandada a pagar una suma determinada por concepto de pérdida de la chance. Así la corte resolvió expresamente que: *“Se acoge la demanda de fojas 2 y, en consecuencia se condena a la Corporación Municipal de Educación y*

¹⁶⁴ *Mendez Dabdub con Corporación Municipal de salud* (2018).

Salud de San Bernardo al pago de \$ \$526.463 (quinientos veintiséis mil cuatrocientos sesenta y tres pesos) por concepto de daño emergente y \$10.000.000 (diez millones de pesos) en razón de la pérdida de la chance, todo en favor de la demandante...”

7.2.- El Daño Moral de las Personas jurídicas.

El daño moral de las personas jurídicas, como el daño moral en general, ha experimentado una evolución paulatina, desde su negación total, hasta su aceptación en la actualidad¹⁶⁵. Como veremos, dicha aceptación no es absoluta y presenta algunos matices en relación al daño moral de las personas naturales.

Nuestra doctrina clásica ha aceptado la titularidad activa de las personas jurídicas para demandar la indemnización por daño moral, precisando que sólo cabe su reparación por atentados contra el nombre y reputación de las personas jurídicas¹⁶⁶. Dicha posición ha sido aceptada y seguida por la mayoría de la doctrina nacional¹⁶⁷, salvo disidencia de algunos autores,¹⁶⁸ que han negado la procedencia de la indemnización por daño moral a las personas jurídicas, argumentando principalmente, que teniendo presente que lo que se indemniza es el atentado a la imagen de la empresa, y que si ese atentando ha provocado consecuencias patrimoniales, sería preferible

¹⁶⁵ Un estudio acabado de esta evolución jurisprudencial se puede revisar en RÍOS Y SILVA (2013), LARRAÍN (2010) y TAPIA (2012 a).

¹⁶⁶ ALESSANDRI (2015) p. 343.

¹⁶⁷ TAPIA (2012 a) p. 622. DOMINGUEZ HIDALGO (2000) p. 724. DOMNIGUEZ AGUILA (2003) p.180. RÍOS Y SILVA (2013) p. 113. DIEZ (1998) p.129. CORRAL (2013) p. 144.

¹⁶⁸ Entre aquellos que sostienen que las personas jurídicas no pueden ser titulares de la indemnización de perjuicios por daño moral, está BARRIENTOS (2007) p. 138, que sostiene: “Creemos que otorgar a las personas jurídicas daños morales es extralimitar el ya escurridizo, inasible, borroso e incomprensible para muchos concepto de daño moral. Entendemos que es una vía tentadora para un sentenciador o un litigante que se sentirán indudablemente seducidos por abrir la justificación del daño extrapatrimonial a perjuicios difíciles de demostrar, sobre todo, por la valoración que de él hará de manera discrecional en la sentencia el juzgador de la instancia.” Asimismo BARROS (2006) p. 298, previene que las “personas jurídicas tienen acciones en naturaleza para prevenir, hacer cesar y reparar el daño que se inflinja a su honra o privacidad, pero no pueden ser tenidas por titulares de un derecho a ser indemnizadas por el daño moral (a menos que esta indemnización pierda su pretensión reparatoria)”

avaluar el daño bajo el prisma de los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y no como un daño moral especial de las personas jurídicas¹⁶⁹.

La aceptación doctrinal que ha tenido influencia en la jurisprudencia, dice relación con la superación del concepto restringido del daño moral, referido exclusivamente al *pretium doloris*¹⁷⁰. Hoy en día se sostiene que las personas jurídicas si pueden ser titulares de la acción indemnizatoria por daño moral, ya que a las mismas se les reconoce derechos de la personalidad, por lo que un atentado a estos derechos hace nacer la obligación de indemnizar los daños ocasionados en dicha esfera. En este sentido resulta de vital importancia para la materia *Pesquera Luis Andrade con Marina Harvest*,¹⁷¹ ya que si bien es cierto la Corte suprema, rechazó la demanda por falta de prueba, desarrolla un razonamiento importante sobre la naturaleza jurídica del daño moral de las personas jurídicas¹⁷² y que tiene su fuente en un atentado a los derechos de la personalidad, respecto de los cuales también son titulares las personas jurídicas, así la Corte señala que: “*Que, concibiendo entonces a las personas jurídicas como una realidad mucho mas allá que simples entes ficticios y que, al margen de la sutilezas académicas, el único atributo de personalidad que no poseen respecto de las personas naturales es el denominado Estado Civil, que nace de las relaciones de familia, empero actúan en la vida jurídica y en el mundo comercial en función de su existencia y su mayor o menor expansión, crecimiento y desarrollo esta determinado precisamente por el cumplimiento de las obligaciones que contraen, ya sea con personas naturales o símiles ficticios. Entonces, la imagen, como concepto real y concreto, que de ellas se*

¹⁶⁹ BARROS (2006) p. 300, señala: “Los atentados a la reputación de las sociedades tienen un efecto patrimonial. Por es, cabe preguntarse, en su caso, si en vez de forzar la aplicación de un concepto de daño moral, desarrollado en atención a las facultades espirituales de las personas naturales, no resulta preferible avaluar el perjuicio de acuerdo a los criterios patrimoniales del lucro cesante o del daño emergente. Después de todo una empresa difamada no pierde en el sentimiento de autoestima, sino pierde clientes y oportunidades de negocios, que se traducen en lucro cesante y en un menor valor del negocio en marcha.”

¹⁷⁰ TAPIA (2012 b) p. 621.

¹⁷¹ *Pesquera Luis Andrade con Marina Harvest* (2008).

¹⁷² TAPIA (2012 b) p. 635.

tiene es determinante para su existencia o extinción, determinando la viabilidad del denominado objeto social, lo que tiene directa relación con la viabilidad del patrimonio de las mismas, no cabrá mas que aceptar la procedencia de la acción por daño moral impetrada por la demandante.”

Nuestra jurisprudencia nacional, ha adoptado este criterio, en el sentido que si bien las personas jurídicas no pueden experimentar dolor o sufrimiento, sí podrían ser sujetos de indemnización, en el caso que estas consecuencias extrapatrimoniales tuviesen repercusiones patrimoniales al verse afectado el prestigio o la confianza comercial de la persona jurídica. Como apreciaremos, lo que puede ser objeto de discusión es precisamente el contenido del Daño moral que experimenta una persona jurídica y la forma como se prueba. Por ejemplo, en *Sociedad Orión Ltda. con Arriagada Contreras*,¹⁷³ relacionado con la prueba del daño moral de las personas jurídicas, la Corte de Apelaciones de Talca señaló que: “...*el demandante, al reclamar daño moral debió acreditar con los medios de prueba legal que ella ha sufrido un desprestigio a su fama o buen nombre como consecuencia del incumplimiento contractual que imputa al demandado y que dicha afectación a su reputación le ha significado pérdida monetaria, que es lo que debe ser indemnizado*”. El mismo razonamiento se reitera en *Municipalidad del Tabo con Arce Tapia (2012)*¹⁷⁴, en que la Corte de Apelaciones de Valparaíso señala que “*los tratadistas reconocen que el daño moral de las personas dice relación con la fama o buen nombre que puede ser afectado y que esta afectación al buen nombre se tradujo en una pérdida monetaria, de tal modo que el demandante, al reclamar el daño moral debió acreditar con los medios de prueba legal que ella ha sufrido un desprestigio a su fama y buen nombre y que dicha afectación a su reputación le ha significado una pérdida monetaria que es lo que debe ser indemnizado.*”

¹⁷³ *Sociedad Orión Ltda. con Arriagada Contreras* (2011).

¹⁷⁴ *Municipalidad del Tabo con Arce Tapia* (2012).

Siguiendo esta línea jurisprudencial, podemos apreciar que en *Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato*¹⁷⁵, la Corte suprema, a propósito del daño a la imagen de una empresa, señaló que “*Para pretender ser indemnizado por el daño a la imagen de una empresa, es necesario demostrar que ha existido lesión a la imagen de una empresa, y acreditar, de una manera cierta, las consecuencias económicas en que se ha traducido ese desprestigio.*” La misma argumentación la podemos apreciar En *Paisajismo Cordillera con Municipalidad de Quilicura*¹⁷⁶ la corte Suprema acoge la demanda, otorgando indemnización de perjuicios solo por lucro cesante, rechazando el daño moral alegado. Sin embargo, resulta destacable que la Corte Suprema, al fundamentar el rechazo da los parámetros basales sobre los cuales debe consistir la prueba del daño moral de las personas jurídicas. Así la Corte señala que “*La actora no rindió prueba suficiente para demostrar que el incumplimiento de la demandada provocó serios daños a su prestigio comercial, a la vez que le impidió postular a otras licitaciones, generó problemas en sus relaciones laborales y, por último, afectó su buen nombre, prestigio y crédito profesional*”. Esta sentencia ilustra sobre los criterios que debiesen tenerse en consideración al momento de otorgarse indemnización por daño moral a las personas jurídicas. Efectivamente el hecho de no haber podido postular a licitaciones, tener problemas concretos en sus relaciones laborales, y ver perjudicado su buen nombre y crédito profesional sería considerado por la Corte como un padecimiento de índole extrapatrimonial, de haberse acreditado.

En *Ideal S.A con Canal 13 SpA*¹⁷⁷, en que la empresa Ideal demandó al canal de televisión Canal 13, por un reportaje de un programa de dicho canal en que se habría divulgado información falsa de ciertos productos de la actora, la Corte de Apelaciones de Santiago, revoca la sentencia de primera instancia en aquella parte que había

¹⁷⁵ *Sorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato* (2012).

¹⁷⁶ *Paisajismo Cordillera con Municipalidad de Quilicura* (2018).

¹⁷⁷ *Ideal S.A con Canal 13 SpA* (2018).

rechazado el daño moral demandado y en su lugar lo concede, condenando a la demandada la pago de \$300.000.000.- La Corte razona en favor del daño moral, señalando que la conducta ilegítima desplegada por el demandado, significa para el afectado *“que sufriera la desacreditación de la calidad de sus productos, tal como lo denuncia, especialmente en lo relativo al nivel de calorías y de grasas informados en los rótulos respectivos de diversos productos, sugiriendo ó incluso el programa al público abstenerse de consumirlos y preferir el pan de marraqueta; agrava lo anterior que estas afirmaciones efectuadas en el programa Contacto fueron posteriormente reiteradas y difundidas en varios otros espacios y programas del mismo Canal, afectando así la reputación empresarial de la demandante y su consiguiente posición en el mercado.”*

Como se puede apreciar claramente de estas sentencias, resulta sutil la distinción entre el daño material y el daño moral que experimenta una persona jurídica, puesto que no distingue claramente el daño moral efectivo de la persona jurídica, del daño patrimonial concreto que puede experimentar por lesión a un derecho de la personalidad. Sin embargo, en materia probatoria, nos entregan un criterio uniforme en cuanto al objeto de la prueba, es decir, aquello que se debe probar cuando se demanda daño moral en favor de una persona jurídica. Así a la luz de ello, podría concluirse que se debe acreditar la afectación a la reputación empresarial o a su posición en el mercado, o al daño al prestigio comercial o a la imagen de la empresa y siempre, el daño material consecuencial a dichos atentados. Siguiendo este criterio la Corte de Apelaciones de Santiago en *Intitop Comercial Chile S.A. con Bacigalupi Ríos*,¹⁷⁸ resolvió que *“...en el caso de las personas jurídicas y más particularmente de las que tienen fin de lucro – cual es el caso de la demandante- el perjuicio puede consistir en lo que se ha recogido en los últimos años como “daño moral de las personas jurídicas”, que naturalmente no es asimilable al daño extrapatrimonial de las personas naturales sino que se expresa*

¹⁷⁸ *Intitop Comercial Chile S.A. con Bacigalupi Ríos* (2015).

esencialmente en la pérdida de valores intangibles -como prestigio, posicionamiento comercial, cartera de clientes, etcétera- que se haya reflejado en un daño emergente o un lucro cesante cierto.”

Esta línea jurisprudencial no presenta dificultades a propósito de las personas jurídicas con fines de lucro. Sin embargo, se ha discutido acerca de la procedencia del daño moral, cuyo legitimado activo fuere una persona jurídica sin fines de lucro¹⁷⁹, como las Corporaciones y Fundaciones¹⁸⁰. Puesto que como aquéllas no tienen por objeto social obtener utilidades, no sería posible que un atentado a su imagen pudiese tener repercusiones patrimoniales. Sin embargo, coincidimos con aquellos que sostienen que las personas jurídicas sin fines de lucro, pueden sufrir daños patrimoniales, precisamente cuando ven vulnerado algún atributo de la personalidad,¹⁸¹ ya que precisamente este atentado podrá repercutir económicamente en la sociedad.

7.3.- Daño moral en la responsabilidad Contractual.

Si bien es cierto actualmente nuestra doctrina es unánime en aceptar la procedencia del daño moral en sede contractual¹⁸², no ha sido un tema pacífico, ya que ha sido uno de los tópicos de mayor resistencia en nuestra jurisprudencia puesto que, si bien es cierto, hoy es indiscutible su procedencia en esta materia¹⁸³, los primeros fallos fueron unánimes en rechazarlo. Solo en los últimos 20 años se pudo apreciar un giro

¹⁷⁹ DIEZ (1997) p. 153.

¹⁸⁰ DOMINGUEZ HIDALGO (2006) p. 725.

¹⁸¹ RÍOS Y SILVA (2013) p. 128.

¹⁸² RODRIGUEZ GREZ (2003) p.232. DOMINGUEZ HIDALGO (2006) p. 229-231, realiza una breve síntesis que va desde el rechazo total hasta su aceptación. CARDENAS (2006 a) p. 587.

¹⁸³ En *González Morales con Servicio de Salud Valparaíso* (2012), La corte cita abundante jurisprudencia y reitera los fundamentos que se han expresado para la justificación de la procedencia del daño moral en materia contractual.

jurisprudencial¹⁸⁴ que hoy vemos como tendencia consolidada¹⁸⁵. Hace 10 años atrás, a pesar de que existía una tendencia jurisprudencia mayoritaria¹⁸⁶, aún persistía cierta falta de uniformidad jurisprudencial¹⁸⁷. Sin embargo, hoy en día se puede apreciar una tendencia consolidada. Lo que hoy se discute es en realidad el verdadero alcance del daño moral contractual, ya que hemos pasado de su negación absoluta a una ilimitada amplitud.¹⁸⁸ Partiendo de la base que no todo incumplimiento contractual genera daño moral¹⁸⁹, resulta importante determinar sus aspectos probatorios y que han considerado nuestros tribunales superiores para conceder el daño moral contractual.

En cuanto al tema de investigación, resulta atinente revisar “*Rochet Argandoña con Clínica Las Nieves*”¹⁹⁰ que resulta ilustrativo en el sentido que el daño moral en materia contractual “*procede únicamente en eventos en los que la convención extiende su ámbito al resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales o cuando comprende intereses que claramente ya no conciernen al patrimonio sino a la personalidad moral del sujeto, como su afectividad, su estabilidad emocional, su integridad moral, etc.*”

¹⁸⁴ JANA Y TAPIA (2002) p. 178, DE LA MAZA (2018) p.275 y RODRIGUEZ GREZ (2003) p. 240, DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000) p. 352, CARDENAS (2006 a) p. 590, coinciden en que el giro jurisprudencial en materia de indemnización del Daño Moral en sede contractual se produce con la sentencia de la Corte Suprema de fecha 20 de Octubre de 1994 *RAFAEL MOUTHON, MARÍA CON BANCO DE CHILE* (1994) RDJ, t. 91, sec. 1a, pp. 100- 105.

¹⁸⁵ RUTHERFORD (2013) p. 675.

¹⁸⁶ Por ejemplo en *Ojeda Ojeda con Editorial jurídica Cono Sur* (2008), la Corte Suprema, ya señala que era un criterio preponderante acoger el daño moral en sede contractual, señalando: *Así esta Corte ya ha resuelto reiteradamente la procedencia del daño moral en materia contractual, en los fallos de 20 de octubre de 1994 y 16 de junio de 1997, publicadas en la Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 91, sección primera, página 100 y Tomo 94, sección tercera, página 94, pero, en especial en las sentencias de esta Primera Sala Civil de la Corte Suprema de fecha cinco de noviembre de dos mil uno, tres de septiembre de dos mil dos, veintiocho de noviembre de dos mil seis, once de abril, tres de julio, veintiocho de agosto y veinticuatro de septiembre, ambas del año en curso, recaídas en los ingresos rol N° 1.368-00, 4.035-01 N° 320-05, N° 3.291-05, N° 3901-05, N° 3750-05 y 4.103-05, que representan una línea jurisprudencial de los ministros que las suscriben.*”

¹⁸⁷CARDENAS (2006 a) p. 587.

¹⁸⁸ DE LA MAZA (2018) p. 276. En el mismo sentido DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000) p. 355, quien señala que: “... creemos que ello no ha de suponer ni supone una indebida ampliación del ámbito del contrato que pueda conducirnos a una verdadera fantasía contractual. No se trata ciertamente de conceder esta índole de reparación por consecuencias no económicas remotas que de ninguna manera han podido entrar en el cálculo de riesgos del deudor.”

¹⁸⁹ DOMINGUEZ HIDALGO (2006) p. 236.

¹⁹⁰ *Rochet Argandoña con Clínica Las Nieves* (2008).

Como se puede apreciar, a la luz de nuestros días, parece que es una sentencia que presenta una visión limitada del tema, toda vez que se circunscribe a la convención misma, comprendiendo actualmente que ha de estarse más bien a los efectos de la convención, que a la convención misma¹⁹¹. En esta materia resulta muy relevante la voluntad expresada por las partes, la finalidad del contrato, el conocimiento que cada parte tenga sobre las motivaciones que llevaron a la celebración del mismo, y diversos aspectos concretos que antiguamente resultaban irrelevantes en materia contractual.

En *Netz Puschmann con The Wessex School*¹⁹², un caso de responsabilidad contractual por el actuar negligente de un colegio que ordenó regresar solo a un alumno de una gira de estudios en Inglaterra, la Corte Suprema, estableciendo en primer lugar que hubo incumplimiento contractual, más que indagar si el contrato se extendía o no a la protección de intereses extrapatrimoniales, se limitó a determinar si el incumplimiento produjo o no un menoscabo moral. Así la Corte Suprema, razona: “...que corresponde dilucidar si el incumplimiento atribuido a la entidad educacional ha importado un menoscabo de tipo moral al actor, resultando palmario al efecto que la determinación del demandado -referido al regreso de la menor a Chile y sin la compañía de un adulto, con la posibilidad que en tal retorno su hija pudiere verse expuesta a peligros y las consecuencias de ello- le ocasionó a éste sin duda, aflicción, amargura, ansia y preocupación, lo cual se ve corroborado por los dichos de los testigos presentados por dicha parte, razón por la cual el daño moral demandado debe ser acogido, el cual se estimará en la suma de un millón de pesos.”

En “*Burgos Peredo con Municipalidad de Laja*”¹⁹³, la Corte de Apelaciones de Concepción a propósito de la responsabilidad contractual, confirma la sentencia definitiva de primera instancia que rechazó la demanda de indemnización de perjuicios

¹⁹¹ DOMINGUEZ HIDALGO (2006) p. 243.

¹⁹² *Netz Puschmann con The Wessex School* (2010).

¹⁹³ *Burgos Peredo con Municipalidad de Laja* (2012).

deducida por un funcionario público, que alegó hostigamiento laboral e incumplimiento contractual y administrativo por parte de su empleador, la Municipalidad de Laja, señalando expresamente los requisitos para que proceda la responsabilidad contractual, indicando concretamente que es necesario acreditar la existencia del daño. Así, con respecto al daño moral señala que *“este debe ser cierto, es decir, real, no hipotético y, como tal, debe ser probado.”*

Resulta interesante el caso y su resolución ya que la sentencia de primer grado, da por establecidos los hechos del actuar ilícito de la Municipalidad de Laja, la falta de servicio y consecuentemente el incumplimiento contractual, puesto que infringió expresamente dictámenes de la Contraloría y un Fallo favorable de un recurso de protección en favor del trabajador . Sin embargo, confirma la sentencia que rechazó la demanda, reafirmando el criterio que no todo incumplimiento contractual lleva implícita la obligación de indemnizar daños extrapatrimoniales, sino que éstos deben acreditarse. La Corte Suprema¹⁹⁴ rechaza la casación en el fondo deducida por el demandante, citando un considerando relevante de primera instancia en el que se tiene por no acreditado el daño moral. Para efectos probatorios resulta relevante esta sentencia, por cuanto determina una exigencia más intensa para dar por acreditado el daño moral, estableciendo que la sola declaración de un testigo no es suficiente para su acreditación ni tampoco para la construcción de una presunción judicial.¹⁹⁵

En *“Reyes Morel con Autofrance Ltda.”*¹⁹⁶, a pesar de que la Corte de Apelaciones de Concepción, confirma la sentencia de primera instancia que condenó por daño moral contractual derivado de la celebración de un contrato de compraventa de

¹⁹⁴ *Burgos Peredo con Municipalidad de Laja (2013)*.

¹⁹⁵ Así la Corte Suprema señala: *“En este orden de ideas, refieren que para justificar el perjuicio que se reclama, el actor sólo se sirvió de la declaración de un único testigo, de cuyo tenor no es posible inferir una presunción judicial conforme a lo dispuesto en los artículos 384 N° 1 y 426, ambos del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 1712 del Código Civil, desde que sus dichos son ambiguos, imprecisos e impiden entender las consecuencias que en los sentimientos o afectos del actor generaron las conductas que éste imputa a la demandada.”*

¹⁹⁶ *Reyes Morel con Autofrance Ltda. (2011)*.

vehículo motorizado, resulta interesante el voto disidente, que señala que no procede el daño moral contractual si no se prueba que el contrato lleva envuelto derechos o intereses de tipo extrapatrimonial. Efectivamente no puede pretenderse que todo incumplimiento contractual traiga aparejado daño moral, por lo que la prueba del mismo es determinante al momento de concederlo¹⁹⁷.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en *Verme Ríos con Fisco de Chile*¹⁹⁸, que ha señalado que el incumplimiento de una obligación meramente dineraria es inidóneo para generar daño moral. Con respecto al tema probatorio, la corte tiene como principal fundamento para rechazar el daño moral alegado, en la deficiencia argumentativa del actor para fundamentar la solicitud de daño moral. La sentencia citada señala “*Para desestimar la demanda basta subrayar lo extremadamente sucinto de los razonamientos en que se apoya en esta parte, pues más allá de aludir a la mencionada aflicción, las actoras no realizan esfuerzo alguno destinado a explicar de qué específica manera se ha producido el daño que reclaman ni en qué ha consistido en concreto. De esta manera no resulta posible acceder a lo pedido, si los fundamentos en que se asienta la acción intentada en este extremo resultan ser por completo vagos e imprecisos.*”¹⁹⁹

Un tema interesante de analizar en materia de daño moral contractual, es lo que resolvió la Corte Suprema en *Bustos Valdés con Lombardi Aranda*²⁰⁰. La demandante contrató los servicios de banquetería de la demandada, para la cena de celebración de su matrimonio. Sin embargo, la demandada no cumplió cabalmente sus obligaciones sino que lo hizo en forma parcial, ya que no se prestaron todos los servicios ofertados para

¹⁹⁷ El considerando segundo del voto disidente, redactado por la abogada integrante Carmen Domínguez señala que: “Que tampoco existe en autos prueba suficiente de que lo que se reclama a título de daño moral sea una afectación distinta a la simple molestia o perturbación propia de todo incumplimiento contractual. En tal sentido, conviene tener presente que la sola infracción de un contrato no da lugar a una reparación por daño moral porque la sola molestia, perturbación o desagrado que le genera al acreedor la infracción no es suficiente para configurarle como tal. De lo contrario, se llegaría al exceso de que todo incumplimiento contractual generaría un daño moral derivado de contrato dado que esas consecuencias son propias a toda infracción.”

¹⁹⁸ *Verme Ríos con Fisco de Chile* (2016).

¹⁹⁹ Considerando 3°.

²⁰⁰ *Bustos Valdés con Lombardi Aranda* (2016).

dicha celebración. El tribunal de primera instancia acoge la demanda, pero es revocada en todas sus partes por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. La Corte Suprema conociendo la casación en el fondo, acoge la casación y dicta sentencia de reemplazo que confirma la sentencia de primera instancia que acogió la demanda y concedió daño moral por el incumplimiento contractual. Lo novedoso del razonamiento de la Corte Suprema se puede apreciar a propósito de la justificación de la prueba del daño moral, ya que señala: *“Que la reparación integral del daño conduce a acoger también la indemnización por daño moral que, acorde al criterio de normalidad, permite presumir hechos evidentes, como la natural aflicción y menoscabo psicológico de la demandante, quien a causa del incumplimiento de su contraparte vio frustrada la legítima aspiración de disfrutar de la fiesta de matrimonio en la forma proyectada y contar con el álbum fotográfico y video contratados.”*

Como se puede apreciar, la Corte Suprema extrapolando el criterio o principio de la normalidad con que se ha justificado la prueba del daño moral (o su ausencia o morigeración de su carga probatoria) en materia de responsabilidad extracontractual, en el que se ha presumido el sufrimiento o dolor de los parientes o cónyuge que demandan el daño moral por el solo vínculo de parentesco, argumenta que en base a este criterio se puede presumir el daño presumiendo hechos evidentes (como sería la aflicción provocada por el incumplimiento contractual). Sin embargo, concuerdo con la crítica que se le ha hecho a este razonamiento, en el sentido que el mismo adolece de precisión

técnica²⁰¹, ya que más bien se estaría refiriendo a la previsibilidad del daño que plantea el artículo 1558 del CC²⁰².

En este sentido, nuestra doctrina²⁰³ y jurisprudencia, están contestes en aceptar la previsibilidad como límite a la indemnización por daño moral contractual, así como un medio para verificar los riesgos que asume el deudor en una relación contractual²⁰⁴. Así por ejemplo en *Bazan Cardemil con Concesionaria Subterra S.A.*²⁰⁵ la Corte Suprema argumentó: “... estima esta Corte Suprema que en el contrato específico a que se ha hecho referencia, el incumplimiento de la obligación contraída por la sociedad concesionaria era idóneo para provocar daños patrimoniales y extrapatrimoniales, siendo menester concluir, en relación con estos últimos, que procede su indemnización toda vez que el incumplimiento era imputable a culpa de dicha concesionaria, que el deudor se encuentra en mora, que la ocurrencia de los mismos era previsible al tiempo de contratar y que surgen como consecuencia inmediata y directa de tal infracción, lo que permite atribuirle las calidades de daños previstos y directos, respectivamente.”

²⁰¹ LOPEZ (2017) p. 313 señala que: “Y es que, un detenido análisis de este considerando revela que no reviste la precisión técnica que se quisiera. En efecto, si bien alude a la *reparación integral del daño*, no precisa que se trata de un principio que, en el último tiempo, ha adquirido reconocimiento dogmático y jurisprudencial en sede contractual¹⁴, admitiéndose que los arts. 1556 y 1558 del *Código Civil*, constituyen limitaciones a aquel, pero no determinan que este solo rija en sede extracontractual. Por otro lado, pareciera vincularlo indisolublemente al “criterio de normalidad” –en circunstancias que este deriva de la causalidad y de la previsibilidad¹⁵– y no indica cuál es su sentido y alcance, debiendo asumirse que, lo más probable, es que haya querido referirse a la “previsibilidad del daño” a la que alude el art. 1558...”

²⁰² El artículo 1558 del CC, señala que: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.”

²⁰³ DOMINGUEZ HIDALGO (2006) p.238, sostiene que “En efecto, la importancia del análisis de previsibilidad, si bien es determinante para todo perjuicio, en especial resulta serlo para los daños extrapatrimoniales y, en particular, en la etapa de nuestra evolución en la materia, habida cuenta del tránsito que hemos asistido en el tema de la reparación del daño moral derivado de contrato. En efecto, admitida la procedencia de su resarcibilidad en ese ámbito, no por ello debe creerse que se produce una unificación de régimen entre el daño moral derivado de un hecho ilícito y el derivado de contrato, pues queda sujeto a la diferencia que igualmente introduce entre ambos regímenes la exigencia de previsibilidad.”

²⁰⁴ GONZÁLEZ (2017) p. 201.

²⁰⁵ *Bazan Cardemil con Concesionaria Subterra S.A.* (2012).

Del mismo modo, resulta relevante analizar ciertas sentencias que han concedido daño moral en materia contractual, en determinados contratos que no tienen un contenido netamente extrapatrimonial, Así por ejemplo, en *Araya Díaz con Banco Santander Chile*²⁰⁶, en un caso de incumplimiento de contrato de mutuo hipotecario, la Corte Suprema concede el daño moral. En *Barriga Romero con instituto de Educación Superior*²⁰⁷, se concede daño moral en un caso de incumplimiento de contrato de servicios educacionales.

7.4.- ¿No siempre debe probarse el daño?. La reserva del inciso segundo del artículo 173 del CPC.

Un tema interesante y que ha sido variable en nuestra jurisprudencia dice relación con la posibilidad de efectuar la reserva establecida en el inciso del artículo 173 del CPC, ya sea a propósito de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia no está conteste, por cuanto hay autores que sostienen que sí es posible efectuar esta reserva en ambos estatutos de responsabilidad civil, hay otros que sostienen que sólo es posible efectuar la reserva a propósito de la responsabilidad civil contractual.

El inciso primero del artículo 173 del CPC dispone que “*Cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia*”. El inciso segundo del artículo citado señala que “*en el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el*

²⁰⁶ *Araya Díaz con Banco Santander Chile* (2015).

²⁰⁷ *Barriga Romero con instituto de Educación Superior* (2015).

monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso". Así la etapa procesal para discutir sobre la especie y monto de los perjuicios se regula el artículo 235 regla 6° del CPC²⁰⁸.

Con relación a la prueba del daño moral, aparece como digno de análisis este tema por cuanto, en apariencia, esta facultad contemplada en el artículo 173 del CPC, podría conllevar una exención a la carga de la prueba misma del daño, dejando su determinación y monto para la etapa de ejecución. Afirmamos que en realidad esta excepción es aparente, puesto que nuestros Tribunales Superiores en realidad han rechazado la posibilidad de la reserva en materia de responsabilidad extracontractual, teniendo como fundamento que conceder la reserva en este estatuto, implica vulnerar uno de los requisitos esenciales para que nazca la responsabilidad civil, como es, acreditar el daño. Así por ejemplo en *Vásquez Calderón con Servicio Nacional de Aduanas*²⁰⁹, la Corte Suprema señaló: *"...que en un juicio que tiene por único objeto discutir la obligación de indemnizar perjuicios en sede de responsabilidad extracontractual, si éstos no son alegados y comprobados -lo que supone en contrario litigar sobre su especie y monto o al menos sobre las bases que sirvan para su liquidación en la etapa de ejecución del fallo-, jamás podría acogerse la demanda, porque faltando uno de sus elementos esenciales dicha responsabilidad civil no queda configurada y su existencia no puede ser declarada. El daño pasa a ser así un*

²⁰⁸ El artículo 235 del CPC señala que: "Si no ha habido oposición al cumplimiento de la sentencia solicitado conforme al artículo 233 o ella ha sido desestimada por sentencia de primera o segunda instancia, se procederá a cumplirla, siempre que la ley no haya dispuesto otra forma especial, de acuerdo con las reglas siguientes:

6a. Si la sentencia ha condenado a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios y, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 173, se ha reservado al demandante el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo, el actor deberá formular la demanda respectiva en el mismo escrito en que pida el cumplimiento del fallo. Esta demanda se tramitará como incidente y, de existir oposición al cumplimiento del fallo, ambos incidentes se substanciarán conjuntamente y se resolverán en una misma y única sentencia.

En todo lo que no esté previsto en este artículo se aplicarán las reglas que se establecen en el juicio ejecutivo para el embargo y el procedimiento de apremio; pero la sentencia se cumplirá hasta hacer entero pago a la parte vencedora sin necesidad de fianza de resultas, salvo lo dispuesto en el artículo 774 y en otras disposiciones especiales".

²⁰⁹ *Vásquez Calderón con Servicio Nacional de Aduanas* (2009).

presupuesto ineludible de la acción.” En esta sentencia en fallo dividido se estableció que en materia de responsabilidad extracontractual no era posible efectuar esta reserva, sino que estaba establecida únicamente para aquellos casos de responsabilidad por incumplimiento contractual.

Por otra parte, la Corte Suprema ha resuelto que sí procede esta reserva en materia de responsabilidad extracontractual, pero siempre y cuando se haya probado efectivamente el daño en el juicio. Así en *Becsa Gestión S.A. con Inmobiliaria Luis Carrera Uno S.A.*,²¹⁰ a propósito de la responsabilidad extracontractual de una inmobiliaria derivada de infracción a la ley General de Urbanismo y construcción, la Corte Suprema señaló: “*Que, por lo demás, el ejercicio de la reserva prevista en el citado artículo 173 en materia extracontractual no exime al actor del ineludible deber de acreditar la existencia del daño en el juicio declarativo, en tanto ello constituye un elemento indispensable del estatuto de responsabilidad que se invoca, en lo relativo al hecho ilícito que se alega*”. Así también en *Gardeweg Baltra con Conservador de Bienes Raíces*²¹¹, la corte Suprema si bien rechazó la casación en el fondo, estableció implícitamente la posibilidad de efectuar la reserva, al igual que en la sentencia anterior siempre y cuando se acredite efectivamente el daño. Así la Corte Suprema señaló que: “*....la reserva prevista en el inciso 2º del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil no exime del deber de acreditar el daño como un elemento de procedencia de la responsabilidad extracontractual.*”

La discusión acerca si es procedente, o no, esta reserva a propósito de la responsabilidad extracontractual, no resulta baladí, por cuanto existen una serie de casos y situaciones en que el daño moral no puede ser cuantificado o apreciado prudencialmente al momento de deducirse la demanda. En efecto, la extensión del daño y sus consecuencias se pueden manifestar y acreditar mucho tiempo después, como por

²¹⁰*Becsa Gestión S.A. con Inmobiliaria Luis Carrera Uno S.A* (2013).

²¹¹ *Gardeweg Baltra con Conservador de Bienes Raíces* (2015).

ejemplo un caso de negligencia médica en que durante la secuela del juicio la víctima pierde definitivamente un órgano o fallece, o en el caso de las lesiones corporales, en que no se tiene certeza del tiempo de recuperación²¹².

En este sentido hay muchos casos en que existe un incentivo práctico en accionar lo más pronto posible, por cuanto si bien es cierto, el plazo para accionar la responsabilidad extracontractual es de 4 años, por un tema de estrategia procesal práctica, la demanda en la gran mayoría de los casos se deduce al poco tiempo de ocurrido el hecho, ya que salvo que el demandado sea el Estado u otra entidad de gran magnitud y solvencia, existe un riesgo evidente que el demandado distraiga bienes de su patrimonio para no responder de los perjuicios ocasionados.

Existen dificultades probatorias evidentes con la extensión del daño moral, en los casos que hemos mencionado y en especial por que esta reserva, según ha resuelto nuestra jurisprudencia, no puede ser aplicada de oficio por el juez, sino que requiere que las partes lo hayan solicitado expresamente. Así en *Martínez Martínez con Bello Rubilar y otros*²¹³ la Corte señaló que: “*No obstante la conjugación imperativa del verbo, que resalta en un examen literal de la regla, por lo demás empleada con frecuencia en textos legales, no parece justificado concluir que haya ahí una excepción al principio general de la pasividad, de modo que el tribunal debe esperar a que la reserva le sea pedida para declararla.*”

²¹² Al respecto ROMERO (2003) p. 555, sostiene que: “Aunque podrían darse varios ejemplos, esta previsión puede resultar útil en aquellos casos en los que la acción de condena se encamina a reparar daños cuya base fáctica puede sufrir una alteración durante la secuela del juicio. Esto es manifiesto en el caso de contagios de enfermedades en recintos hospitalarios o en el evento de lesiones que tienen un largo proceso de recuperación. No parece lógico que la víctima de tales ilícitos se vea obligada a tener que cuantificar, prematuramente, el perjuicio sufrido, cuando todavía el hecho ilícito puede tener una evolución que hace prudente retardar la estimación del daño en la parte petitoria de la demanda. En tal caso, resulta lógico iniciar la discusión acerca de la procedencia de la obligación de reparar, accionando contra el responsable directo o el tercero civilmente responsable. Si se impusiera a la víctima, como lo hace en la práctica este criterio jurisprudencial, la carga de tener que cuantificar sus perjuicios, perfectamente podría omitir algunos rubros que surjan de una mutación de la situación de hecho, dejando trunco el ideal reparatorio que busca el sistema de responsabilidad civil.”

²¹³ *Martínez Martínez con Bello Rubilar y otros* (2016).

Por otra parte, estando claro que la reserva sólo procede a petición de parte, y que necesariamente debe acreditarse el daño de manera genérica, es necesario prevenir que esta prueba del daño también presenta un pequeño matiz, por cuanto el tribunal podría rechazar la reserva estimando que se ha efectuado una renuncia la misma al rendir prueba sobre la naturaleza y monto de los daños. Así la Corte Suprema en *Sociedad Educacional San Bartolomé con Vicencio Silva y Otros*²¹⁴ señaló que “el hecho que la demandante rindiera prueba para acreditar la naturaleza y monto de los perjuicios demandados, implicó una renuncia de su parte a la reserva tantas veces referida”. No hay consenso jurisprudencial al respecto, por cuanto, en *Corporación Nacional del Cobre con Cruz Ramos y Otros*²¹⁵, la Corte Suprema exige necesariamente que tratándose de la responsabilidad extra contractual que la reserva no procede si “no se determina o precisa al menos las bases que sirvan de sustento para la cuantificación de los perjuicios cuya indemnización se pretende”.

8.- La revisión casacional del daño moral.

Si bien es cierto, existe un amplio consenso jurisprudencial, en cuanto a que la determinación de la existencia y el quantum indemnizatorio del daño moral es una *quaestio facti* no susceptible de revisión por vía de casación en el fondo²¹⁶, ya que la causal de revisión a través de la casación es que haya existido infracción de ley²¹⁷. Es un tema de gran interés, por cuanto, la facultad discrecional para fijar el monto indemnizatorio del daño moral, resulta muchas veces arbitrario y desincentiva el interés

²¹⁴ *Sociedad Educacional San Bartolomé con Vicencio Silva y Otros* (2011).

²¹⁵ *Corporación Nacional del Cobre con Cruz Ramos y Otros* (2012).

²¹⁶ Lo mismo ocurre respecto de la relación causal, en que la jurisprudencia mayoritaria la considera una simple cuestión de hecho no es susceptible de ser revisada en casación. Para un mayor desarrollo del tema, véase CARDENAS (2006 b) pp. 167 - 176.

²¹⁷ El artículo 767 CPC, señala que “[e]l recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias (...), siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

de los litigantes de arribar a acuerdos²¹⁸, por lo que resulta del todo necesario que la jurisprudencia admita ciertos estándares mínimos de objetividad. Como en el derecho común no existe regulación positiva que determine los factores que deben tenerse a la vista para la justificación de la procedencia de la indemnización por daño moral, así como tampoco los factores para determinar y justificar el monto otorgado por este concepto, el tema de la revisión casacional del daño moral se vuelve absolutamente necesario. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria ha seguido la postura tradicional, en el sentido que el quantum indemnizatorio es una que no puede ser objeto de revisión a través del recurso de casación en el fondo. Así por ejemplo se ha resuelto en *García Ortiz con Scotiabank*²¹⁹, así como en *Cadiz Ramírez con Fisco de Chile*,²²⁰ en *Castillo Matamoros con Sandoval Nara*,²²¹entre otras. Por ejemplo en *Castillo Castillo con Servicio de Salud de Coquimbo*, ²²² la Corte Suprema señaló: “*Que, por último, en relación a la cuantía de la indemnización, se debe recordar que desde antiguo esta Corte ha señalado la improcedencia de impugnar a través del presente arbitrio la regulación del monto establecido por los sentenciadores como indemnización del daño moral.*”

²¹⁸ GILI y AZAGRA (2006) p.5, criticando una sentencia del tribunal supremo español señalan que: “En la sentencia comentada, el Tribunal Supremo no aprovecha la ocasión para establecer los cimientos de una jurisprudencia consolidada que ofrezca criterios uniformes de cálculo de las cuantías indemnizatorias que suplan las carencias legislativas en la materia. Ello, además de permitir que los jueces contaran con herramientas para evaluar los daños, reduciría la incertidumbre actual de demandantes y demandados acerca del importe aproximado de la indemnización. Asimismo, se impulsarían los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos pues, actualmente, la variabilidad de las indemnizaciones concedidas por los tribunales en casos similares conduce al optimismo exagerado de las partes en detrimento de una posible transacción. Así, el demandante sobreestima el valor de la indemnización que puede llegar a percibir mientras que, el demandado, subestima la indemnización de la que puede responder en detrimento de un posible acuerdo, y cada uno se enroca en una postura inasumible por el otro (SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (2005), p. 13).”

²¹⁹ *García Ortiz con Scotiabank* (2008).

²²⁰ *Cadiz Ramírez con Fisco de Chile* (2018).

²²¹ *Castillo Matamoros con Sandoval Nara* (2018).

²²² *Castillo Castillo con Servicios de salud de Coquimbo* (2018).

En efecto, una vez acreditada la existencia del referido daño a través de los distintos medios de prueba previstos en la ley, toca a los sentenciadores establecer prudencialmente el monto de aquél, para lo cual aprecian la magnitud y el impacto que el hecho ilícito o la falta de servicio ha tenido en la vida de quien demanda la indemnización.”

Interesante resulta analizar *Fernandez Waidele con Amari Pineda y Otros*²²³ que estableció la posibilidad de revisar por vía de casación en el fondo el quantum del daño moral. Cuestión no pacífica y absolutamente innovadora, ya que tradicional y mayoritariamente nuestra jurisprudencia ha señalado que *“la determinación del daño moral, corresponde a una cuestión de apreciación prudencial y subjetiva entregada a los jueces de la instancia”*²²⁴.

Señala la Corte Suprema que, *“Que la apreciación del daño moral es en sí una actividad compleja dada por la naturaleza del mismo y en la que se presenta, además, el problema de medir en dinero el daño no patrimonial y donde el concepto de indemnización aparece identificado más que con la reparación propiamente tal, que es tan difícil de concebir en este tipo de lesiones, con el derecho de la víctima a una compensación equitativa. En efecto, este es el criterio al que se traduce en la especie, el principio de reparación integral que rige en materia de indemnización de perjuicios, para cuya determinación, si bien al juez se le asigna cierta libertad, lo cierto es que también tiene limitaciones. Lo anterior, resulta de crucial importancia, puesto que si bien se ha reconocido que la regulación del quantum del daño moral corresponde al ámbito prudencial de los jueces del fondo, lo cierto es que ello no es absoluto, puesto que no puede aceptarse como fundamento en este sentido cualquier apreciación que*

²²³ *Fernandez Waidele con Amari Pineda y Otros* (2014).

²²⁴ Considerando primero del voto disidente del Ministro Sr. Jorge Dahm O. En este sentido el voto disidente cita jurisprudencia al respecto: *“Así se ha resuelto en sentencias de este Tribunal de 20 de abril de 2015, dictada en los autos Rol N°1664-2015, de tres de mayo de 2001, en autos Rol N°3176-2000, de siete de enero de 2003, en causa Rol N° 679-02 y de veintisiete de marzo de 2002, de los autos Rol N°1643-01.”*

pueda hacerse, desatendiendo el concepto y los principios que le dan contenido al mismo. De allí la necesidad de que los jueces de la instancia justifiquen la apreciación del daño moral, indicando los elementos que han considerado para tales efectos, en cumplimiento al deber de fundamentación de las sentencias, que tiende a asegurar no sólo la legalidad formal de las resoluciones, sino que también desde lo sustantivo, a reprimir toda arbitrariedad, en el ejercicio de esta labor, la que debe encontrar sustento racional en el mérito de los antecedentes allegados al proceso”.

Adhiero a esta nueva tendencia jurisprudencial puesto que, en definitiva, más bien lo que ordena al tribunal es a una efectiva ponderación de los factores de prueba que en primer lugar se tienen en cuenta para acreditar la existencia de daño moral, para luego, consecuentemente, la determinación del monto al que se condena. Si estimamos que la construcción argumentativa del quantum indemnizatorio debe necesariamente estar vinculado o en congruencia a la prueba del daño mismo, podemos sostener que efectivamente puede ser revisado por casación en el fondo, ya que para arribar concretamente a las bases de apreciación del daño²²⁵, necesariamente debió hacerse el ejercicio deductivo de la determinación de su existencia. Así la corte Suprema agrega que: *“En este sentido y aun cuando se ha asentado la idea que la determinación del daño moral es una cuestión de hecho que no puede ser objeto de control jurídico por el tribunal de casación, lo cierto es que resulta útil efectuar una precisión sobre la materia, a fin de garantizar el principio de igualdad ante la ley, que se encuentra involucrado, el que se traduce en la exigencia de justicia de que haya una cierta igualdad y proporcionalidad relativa a las indemnizaciones”.*

²²⁵ Sobre el particular la sentencia sigue el postulado de BARROS (2006) p.319, quien distingue “entre bases de apreciación del daño (que responden a una cuestión de derecho, revisable en sede de casación) y la apreciación en concreto (que responden a una cuestión de hecho), correspondiendo, por tanto, las primeras a cuestiones de derecho y las segundas a cuestiones de hecho.”

Una sentencia que omite fundamentar la forma en que da por acreditado el daño moral es susceptible de ser objeto de revisión a través del recurso de nulidad que es la casación, ya que infringe el artículo 1698 y el artículo 2314 del Código Civil.

Con respecto a este tema, en materia de responsabilidad sanitaria regulada por la ley 19.966.- el artículo 41 de dicho cuerpo legal estableció claramente criterios para la determinación del monto del daño moral. En este sentido, si bien es cierto la existencia del daño moral y la determinación de su monto son cuestiones distintas, en la práctica resulta dificultosa su distinción y suele ponderarse ambas cosas como un solo todo, se prueba la existencia del daño moral y con los mismos factores consecuentemente se fundamenta su monto. En este caso, entendemos que si es posible revisar por vía de casación la procedencia y monto de la indemnización por daño moral, ya que la propia ley estableció factores claros y precisos que de no ser aplicados se produce neciamente una infracción de ley que influye en lo dispositivo de fallo.

La Corte suprema en *Huenchur Borquez con Servicio de Salud Llanquihue*²²⁶ señaló “*En la especie no se divisa como se puede haber infringido las normas relativas a la determinación de éste, por cuanto aparece que los magistrados de la instancia ponderaron las variables del caso de conformidad a la ley, y como el propio recurrente señala en su recurso, el artículo 41 de la Ley N° 19.966 establece criterios para determinar el daño moral y permite flexibilizar la decisión jurisdiccional, por lo que una diversa apreciación por parte de los jueces de segunda instancia del monto fijado por la sentencia de primera no infringe las normas señaladas en este capítulo*”. (considerando décimo sexto).

Estos parámetros en definitiva deberían objetivizar la determinación del daño moral.²²⁷ Sin embargo, se ha sostenido que estos parámetros debieron tener por

²²⁶ *Huenchur Borquez con Servicio de Salud Llanquihue* (2011).

²²⁷ Véase también para estos efectos Carvacho arriagada con Servicio de Salud (2018) ya analizada a propósito de la pérdida de una chance.

finalidad alcanzar una evaluación más objetiva y uniforme del daño moral por los Jueces. A pesar de ello, no ha ocurrido un cambio en la forma de evaluación del perjuicio moral, aunque se ha avanzado²²⁸.

Al respecto, me parece que en muchos casos se tiende a confundir los conceptos de evaluación del daño moral, y de evaluación del daño moral, considerando personalmente que son dos ejercicios intelectuales diversos. En un primer momento habrá de determinarse si procede o no, y habrá que evaluar su existencia o inexistencia del daño mismo. Y en un segundo momento, una vez ya determinada su existencia, habrá de realizar el ejercicio de evaluación, esto es, determinar el quantum. Esta segunda etapa me parece que debiera ser privativa del juez de instancia, toda vez que es el que mejor conoce del proceso y de la prueba. Reservándose para la etapa de revisión la primera de las etapas, esto es la evaluación, toda vez que dicha materia no podría quedar fuera de una eventual nulidad, atendida la relevancia de la función social asociada a la labor judicial. Sostener que la evaluación de su procedencia o no, no es revisable, me parece una conclusión no sólo errada, sino peligrosa.

²²⁸ PIZARRO (2010).

9.- Conclusiones.

Al concluir el análisis de las sentencias citadas, pertenecientes todas a la esfera jurisprudencial civil chilena de los últimos 10 años, se logra arribar a una serie de conclusiones, las cuales pueden ser resumidas en los siguientes puntos:

1.- La prueba del daño moral es una cuestión de dificultad probatoria evidente. Sin embargo, aportando todos los elementos necesarios para la construcción de una presunción judicial, su determinación se torna más concreta. Puesto que, como se ha sostenido por la jurisprudencia, la determinación de los caracteres de gravedad, precisión y concordancia son de exclusivo conocimiento y fallo de los jueces del fondo, apreciación que no queda sometida a la revisión por la vía del recurso de casación. No es discutido que el daño moral representa una dificultad probatoria de alta complejidad, puesto que se trata de acreditar padecimientos que sólo se encuentran en el fuero interno de cada persona, ya sea en la propia víctima o respecto de las víctimas por rebote. Siendo esto así, la prueba de las presunciones representa una necesidad esencial que se relaciona con la debida fundamentación de las sentencias, ya que no es posible seguir sosteniendo que el daño moral se presume o que es evidente sin realizar el ejercicio de justificar una presunción judicial, o de fundamentar de acuerdo a las reglas de la sana crítica. De esta manera, otorgando todos los elementos necesarios para la construcción de la presunción judicial, es decir, que de los hechos conocidos se infiera el hecho desconocido, como es la aflicción psicológica del fuero interno del individuo, la decisión judicial queda debidamente justificada.

2. La cuestión de la prueba del daño moral es actualmente esencial, puesto que determina también la causalidad. En mi opinión, existen muchos casos de responsabilidad civil, especialmente aquellos derivados de lesiones y muertes, en que la prueba en general resulta consecencialmente necesaria para acreditar la existencia del daño, el nexo causal y su cuantía. Acreditados en el proceso ciertos hechos mínimos, se puede inferir de manera razonable la existencia del daño, el nexo causal y en razón de

aquello, facilitaría la determinación del quantum. Este ejercicio intelectual se presentaría como un mínimo necesario al momento de adjetivar a la sentencia como fundada.

3.- Del mismo modo, adquiere relevancia para la determinación de la legitimación activa para demandar el daño moral en los casos de víctimas por repercusión o rebote, puesto que podrán obtener sentencia en su favor quienes acrediten efectivamente haber experimentado dolor o sufrimiento por la muerte de la víctima directa. Para ello no basta la simple acreditación de la relación de parentesco, sino que se hará necesario aportar al proceso, una serie de elementos de hecho que determinen la real vinculación y afecto que unía a la víctima con el que pretende indemnización por daño moral. Ni en caso de madre, ni en caso de hijo, ni mucho menos cónyuge, podría estimarse como probado el daño por el sólo hecho de acreditar el parentesco. La prueba siempre deberá ir enfocada a acreditar la real vinculación afectiva existente entre las partes demandantes y la víctima, ya que esta vinculación determinaría en gran medida, la existencia y monto del daño.

4.- En relación con el punto anterior, se puede concluir que la valoración del daño debe guardar una simbiótica relación con la prueba que se rinda en el proceso. En este sentido, es en sumo necesario lograr una perfecta distinción entre la prueba de la existencia misma del daño moral y aquella prueba destinada a probar los supuestos fácticos de la determinación del monto. Ejercicio que resulta difícil y en la práctica suele confundirse. Por ello es que es esencial aportar la mayor cantidad de prueba posible al proceso que permita al juez ponderar adecuadamente el quantum. Esta conclusión se ve reafirmada también por la exigencia legal de la fundamentación de las sentencias, y que las mismas deben dictarse conforme al mérito del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil.

5.- Con respecto a la objetivación de los parámetros de fijación de la existencia y el quantum del daño moral, podemos apreciar esta aspiración en lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 19.966, que estableció que la indemnización por el daño moral será

fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas. En este sentido, existiendo parámetros objetivos legalmente fijados resulta esencial para obtener la pretensión, probarlos suficientemente, ya que el tribunal deberá fundamentar su decisión analizando la prueba y los factores ya mencionados. Esta norma es una consagración legislativa de la concepción amplia que ha construido unánimemente la jurisprudencia, superando concretamente esta área, el concepto restringido del *pretium doloris*

6.- Como conclusión desde el punto de vista práctico, es necesario tener presente que todas estas dudas se despejan aportando en la etapa de prueba la mayor cantidad de medios probatorios relacionados con los presupuestos fácticos del daño moral. Ello, ya que al tribunal se deberán aportar todas las herramientas necesarias para fundamentar una presunción judicial, que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 426 del CPC, una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento. Y en el caso de aquellas materias en que la ponderación de la prueba se rige por las reglas de la sana crítica, una nutrida y variada prueba dará por acreditada una máxima de la experiencia, seguirá principios de la lógica o no podrá contradecir un conocimiento científicamente afianzado, como lo es la prueba pericial. Como se pudo apreciar, del desarrollo del análisis de las distintas sentencias queda en evidencia que no existen criterios unívocos para resolver determinadas materias, por lo que no cabe sino afirmar que se debe probar el daño moral a través de los medios de prueba legalmente establecidos en el código Civil y en el Código de Procedimiento Civil.

7.- En plena concordancia con lo señalado precedentemente, se puede concluir que del análisis sistemático de las sentencias estudiadas y concretando la finalidad objetivadora del problema de la prueba del daño moral, en mi opinión, tras el análisis realizado, la prueba esencial en esta materia es la prueba pericial y por lo mismo

sorprende su escaso desarrollo dogmático y práctico en la litigación. Como hemos expresado, el daño moral es una cuestión netamente interna de cada individuo, y no queda duda que debe ser probado. Al respecto, de las sentencias estudiadas, se pudo observar que aquéllas que fundamentaron la convicción del daño en informes periciales o en informes y declaraciones de testigos expertos, fueron las que lograron el más alto nivel argumentativo. Efectivamente, el contar el sentenciador con la opinión de un experto que indique la existencia de una patología psicológica asociada, le permitirá fundamentar no sólo la existencia del daño, sino asimismo, le facilitará encontrar dentro de la prueba misma, el elemento causalidad. Alejándose con este ejercicio la posibilidad de una sentencia basada sólo en testimonial, o en presunciones derivadas tan sólo de la misma.

8.- Sobre el particular, como se adelantó al comienzo de esta investigación, la prueba pericial no siempre es una opción del litigante, por lo que una alternativa probatoria que le será útil al juez para determinar la existencia de un daño en la esfera moral del demandante, sería solucionar este problema mediante el ofrecimiento de un testigo experto, previamente acreditada su expertiz con documental auténtica. En efecto, la incorporación de un testigo experto, quien declare ratificando un informe previamente acompañado mediante la correspondiente documental, solucionaría no sólo la eventual imposibilidad económica que presentaría la designación de un perito. Sino que finalmente puede resultar incluso más ilustrativo al Tribunal, ya que el testigo experto no cuenta con la limitación temporal del perito, por lo que su informe le permitiría estar basado en un conocimiento más profundo de la víctima y las eventuales patologías asociadas. Y, lo más relevante desde el punto de vista probatorio, es que al incorporarse su conocimiento especializado mediante la prueba testimonial, y estar por tanto sometido a un examen a través del ejercicio de repreguntas y contrainterrogaciones, la información por él aportada, ha de resultar más nutrida, tanto para arribar a una conclusión positiva, como denegatoria de la pretensión formulada en la demanda.

9.- Con respecto a la sentencias analizadas relacionadas con la pérdida de una chance, la jurisprudencia es vacilante y no se ha determinado concretamente a aceptar la pérdida de la chance como una categoría de daño moral, ya que las sentencias analizadas fundamentan como si así fuera, pero finalmente terminan concediendo la indemnización como si de daño moral en general se tratase. En este sentido, sería deseable que la jurisprudencia se uniformase en este sentido, comenzando a aceptar derechamente a la pérdida de la chance como una nueva categoría de daño, especificando concretamente sus aspectos probatorios para objetivar tanto su concesión, como la determinación de su cuantía.

10.- Resulta de vital importancia una conclusión de *lege ferenda*, con respecto a la revisión casacional de los parámetros objetivos de la determinación del *quantum* del daño moral. La única solución para frenar la arbitrariedad judicial en la concesión de las indemnizaciones pasa por la determinación expresa de criterios normativos que puedan ser controlados por el tribunal de casación. Puesto que, si bien es cierto, en algo han contribuido los baremos publicados en la materia, aunque los mismos no sean vinculantes, es para verificar que se mantiene la iniquidad injustificada en las diferencia de montos otorgados por daño moral para casos de presupuestos fácticos similares. Por ello, resulta necesario una reforma legislativa al derecho común que consagre parámetros normativos objetivos de determinación del daño moral.

11.- Finalmente, a pesar de toda la resistencia que genera el sistema de valoración de la prueba legal o tasada que contempla el CPC, nuestros tribunales razonan y fundamentan la decisión condenatoria del daño moral, así como el quantum indemnizatorio, como si se tratase de un sistema valorativo de la sana crítica o incluso, a veces, como si se tratase de la libre convicción. Esta apreciación subrepticamente se puede deducir de aquellos fallos en que erróneamente se argumenta que el daño moral no requiere de prueba. En este sentido, la teoría del daño evidente, de la normalidad de las cosas y todas aquellas sentencias que fundamentan la decisión, teniendo como

sustento una presunción, elaborada desde una construcción deficiente desde el punto de vista probatorio, y erróneamente fundamentado desde el punto de vista de la técnica procesal, en realidad responden a un ejercicio liviano de valoración racional de la prueba. En ese sentido, son escasas las sentencias que se fundamentan en la rigidez de las reglas valorativas que establece la prueba tarifada, sino que más bien resuelven y condenan, realizando un análisis en conjunto de distintos medios de prueba, que permiten justificar su decisión.

10.- Jurisprudencia citada.

Aravena Le-Fort con Municipalidad de Melipilla (2015): Corte de Apelaciones de San Miguel, Causa rol N° 1035-2014, sentencia de fecha 28 de Abril de 2015.

Araya Atencio con Leasing Tattersal S.A. (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 87227-2016, sentencia de 16 de Enero de 2017.

Araya Díaz con Banco Santander Chile (2015): Corte Suprema, Causa rol N°5836-2015, sentencia de fecha 9 de diciembre de 2015.

Arévalo Fuentealba con Municipalidad de Lebu (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, Causa rol N° 475-2011 sentencia de fecha 25 de Agosto de 2011.

Arias Freire con Municipalidad de Tirúa (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 9196-2017, sentencia de 18 de Octubre de 2017.

Barrera Díaz con Hospital Regional de Antofagasta (2015): Corte Suprema, Causa rol N° 27944-2014, sentencia de fecha 25 de Mayo de 2015.

Barriga Romero con instituto de Educación Superior (2015): Corte Suprema, Causa rol N° 5909-2015, sentencia de fecha 14 de octubre de 2015.

Bazan Cardemil con Concesionaria Subterra S.A. (2012): Corte Suprema, Causa rol N° 4415-2012, sentencia de fecha 1 de octubre de 2012.

Becsá Gestión S.A. con Inmobiliaria Luis Carrera Uno S.A (2013): Corte Suprema, Causa Rol N° 7260-2012, sentencia de fecha 8 de Octubre de 2013.

Beltrán Rodríguez con Servicio de Salud Talcahuano (2018): Corte Suprema, Causa Rol N° 34630-2017, sentencia de fecha 1 de Marzo de 2018. .

Bestpharma S.A. con Instituto de Salud Pública de Chile (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 49925-2016, sentencia de fecha 11 de Septiembre de 2017.

Bravo Tapia con Servicio de Salud de Concepción (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 3958-20177, sentencia de fecha 12 de Marzo de 2018.

Burgos Paredo con Municipalidad de Laja (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, Causa rol N° 1136-2012, sentencia de fecha 27 de Diciembre de 2012.

Burgos Paredo con Municipalidad de Laja (2013): Corte Suprema, Causa rol N° 704-2013, sentencia de fecha 19 de Agosto de 2013.

Bustos Valdés con Lombardi Aranda (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 5746-2016, sentencia de fecha 14 de Noviembre de 2016.

Cadiz Ramírez con Fisco de Chile (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 2937-2018, sentencia de fecha 8 de Marzo de 2018.

Calderón ytorrentegui con Clínica las lilas (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 9189-2017, sentencia de fecha 31 de Enero de 2018.

Campos Jimenez con Servicio de Salud del Maule (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 38151-2016, sentencia de fecha 25 de Abril de 2017.

Campos Ramírez con Servicio de Salud Concepción (2015): Corte Suprema, Causa rol N° 27175-2014, sentencia de fecha 27 de Abril de 2015.

Campos Ramírez con Servicio de Salud Concepción (2013): Corte de Apelaciones de Concepción, Causa rol N° 476-2013, sentencia de fecha 25 de Septiembre de 2013.

Carrasco Estuardo con Municipalidad de Tomé (2015): Corte Suprema, Causa Rol N° 21636-2014, sentencia de fecha de 7 de Enero de 2015.

Carrera Arenas con Arriendo de Maquinarias Ltda. (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 2314-2010, sentencia de fecha 31 de Agosto de 2010.

Carvacho arriagada con Servicio de Salud (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 43002-2017, sentencia de fecha 22 de Mayo de 2018.

Castillo Castillo con Servicios de salud de Coquimbo (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 2378-2018, sentencia derecha 16 de Mayo de 2018.

Castillo Matamoros con Sandoval Nara (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 10718-2018, sentencia de fecha 24 de Octubre de 2018.

Caucoto Pereira con Hospital del Salvador (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 18253-2017 sentencia de fecha 18 de Junio de 2018.

Cereño Weisghaupt con Plaza Tobalaba S.A.(2011): Corte de Apelaciones de San Miguel, Causa Rol N° 656-2011 sentencia de fecha 22 de septiembre de 2011.

Colegio de Arquitecto de Chile y otros con Jiménez Albornoz (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 249-2017, sentencia de fecha de 25 de Septiembre de 2017.

Colosia Martínez con Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 7225-2015 , sentencia de fecha 19 de Mayo de 2016.

Conejeros Coña con Fisco de Chile (2011): Causa rol N° 824-2011 sentencia de fecha 28 de Octubre de 2011 Segunda Sala.

Consejo de Defensa del Estado con Castillo díaz (2013): Corte Suprema, Causa rol N° 9426-2010, sentencia de fecha 29 de Enero de 2013.

Contreras Parra con Secretaria Ministerial de Salud (2017): Corte Suprema, Causa rol N°1745-2017, sentencia de fecha 9 de Noviembre de 2017.

Cortes Morgado con García Brito (2011): Corte Suprema, rol N° 2314-2010, sentencia de fecha 12 de Septiembre de 2011.

Corporación Nacional del Cobre con Cruz Ramos y Otros (2012): Corte Suprema, Causa rol N° 5936-2011, sentencia de fecha 23 de Noviembre de 2012.

Corvalán Castillo con Servicio de Salud Metropolitano Occidente (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 47936-2016, sentencia de fecha 11 de Mayo de 2017.

Donoso Campos con Municipalidad de Valparaíso (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa rol N° 127-2016, sentencia de fecha 8 de Septiembre de 2016.

Duarte Reguera con Fisco de Chile (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 5322-2009, sentencia de fecha 8 de Agosto de 2010.

Fernández Farfán con Servicio de Salud de Arica (2014): Corte Suprema, Causa rol N° 11.857-2014, sentencia de fecha 30 de Octubre de 2014.

Fernandez Waidele con Amari Pineda y Otros (2014): Corte Suprema, Causa rol N° 31061-2014 de fecha 21 de Marzo de 2016.

Fuentealba Durán con Servicio de Salud Talcahuano (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 21599-2017, de fecha de 27 de Febrero de 2018.

Gajardo Orellana con Servicio de Salud Talcahuano (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, Causa rol N° 980-2015, sentencia de fecha 3 de Septiembre de 2015.

Galleguillos González Con Casa Ximena (2011): Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 117-2011, sentencia de fecha 14 de Octubre de 2011.

García Ortiz con Scotiabank (2008): Corte Suprema, Causa rol N° 4078-2007 sentencia de fecha 14 de octubre de 2008 primera Sala.

García Vega con Fisco de Chile (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 37175-2017, sentencia de fecha 31 de Mayo de 2018.

Gardeweg Baltra con Conservador de Bienes Raíces (2015): Corte Suprema, Causa rol N° 8804-2015 sentencia de fecha 13 de Octubre de 2015.

González Gonzalez con Walmart Chile (2012): Corte de Apelaciones de San Miguel, Causa rol 1111-2012, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012.

González Rodríguez con Fisco (2013): Corte Suprema, Causa rol N° 3844-2010 sentencia de fecha 28 de Marzo de 2013.

González Morales con Servicio de Salud Valparaíso (2012): Corte suprema, Causa rol N° 3591-2010, sentencia de fecha 12 de Diciembre de 2012.

Gotelli Rivera con Servicio de Salud Talcahuano (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 1574-2016, sentencia de fecha 6 de junio de 2016.

Gutierrez San Martín con Municipalidad de Viña del Mar (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 2811-2018, sentencia de fecha 28 de Marzo de 2018.

Hauyon Roman con Administradora de Fondos Absal (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 5958-2015, sentencia de fecha 18 de Noviembre de 2015.

Huerta Martínez con Municipalidad de la Florida (2014): Corte Suprema, Causa rol N° 25716-2014, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2014.

Huenchur Borquez con Servicio de Salud Llanquihue (2011): Corte Suprema, Causa rol N° 7326 - 2009, sentencia de fecha 14 de Septiembre de 2011.

Ideal S.A con Canal 13 SpA (2018) Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 3715-2017 sentencia de fecha 9 de Marzo de 2018.

Intitop Comercial Chile S.A. con Bacigalupi Ríos (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 1791-2014, sentencia de fecha 30 de Enero de 2015.

Latorre O' nell con Banco de Credito e Inversiones (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 14331-2016, sentencia de fecha 27 de Octubre de 2016.

Letelier del Solar con Aguas Andina (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 5975-2009 sentencia de fecha 26 de Octubre de 2011.

Letelier Vásquez con Servicio de Salud del Maule (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 16002-2016, sentencia de fecha 2 de Agosto de 2016.

Loayza Rojas con servicio de salud Metropolitano (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 30264-2017, sentencia de fecha 25 de Julio de 2018.

López Angulo con Turismo Cabot Ltda.(2011): Corte de Apelaciones de Coyhaique, Causa rol N° 24-2011 sentencia de fecha 27 de Octubre de 2011.

Luengo Ojeda con Municipalidad de Cañete (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 1015-2018, sentencia de fecha 4 de Septiembre de 2018.

Lara Reyes con Fisco de Chile (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 31711-2017, sentencia de fecha 23 de Enero de 2018.

Martínez Martínez con Bello Rubilar y otros (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 30772-2014, sentencia de fecha 5 de Mayo de 2016.

Mendez Dabdub con Corporación Municipal de salud (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 35721-2017, sentencia de fecha 29 de Junio de 2018.

Miñano Zenteno con Banco Santander (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 18821-2015, sentencia de fecha 12 de Mayo de 2016.

Mondaca Soriano con Santo Tomás (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 16594-2016, sentencia de fecha 20 de Abril de 2017.

Mellao y otros con Fisco de Chile (2011): Corte Suprema, Causa rol N° 2073-2009 sentencia de fecha 29 de Septiembre de 2011.

Municipalidad del Tabo con Arce Tapia (2012): Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa rol N° 2021-2011, sentencia de fecha 7 de Marzo de 2012.

Nazal Nicolas con Serviu araucanía (2019): Corte Suprema, Causa rol N° 43686-2017, sentencia de fecha 2 de Enero de 2019.

Netz Puschmann con The Wessex School (2010): Corte Suprema, Causa rol N° 1089-2009 , sentencia de fecha 7 de septiembre de 2010.

Nogara Ostrinsky con Walmart Chile (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 974-2014, sentencia de fecha 20 de Octubre de 2014.

Ojeda Ojeda con Editorial jurídica Cono Sur (2008): Corte Suprema, Causa rol N° 3070-2016 , sentencia de fecha 15 de Enero de 2008.

Olivares Rubio con Servicio de Salud O'higgins (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 14572-2017, sentencia de fecha 16 de Abril de 2018.

Olmos Bruna con Hernández Pino (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 7085-2017, sentencia de fecha 21 de Febrero de 2018.

Paisajismo Cordillera con Municipalidad de Quilicura (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 33809-2017, sentencia de fecha 13 de Marzo de 2018.

Pesquera Luis Andrade con Marina Harvest (2008): Corte Suprema, Causa rol N° 5857-2006, sentencia de fecha 130 de Junio de 2008.

Pinto Flores con Fisco de Chile (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 5094-2017, sentencia de fecha 17 de Enero de 2018.

Quilodrán Ramírez con Servicio de Salud de Concepción (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 99898-2016, sentencia de fecha 13 de Noviembre de 2017.

Ramón Nuñez con Fisco de Chile (2018): Corte Suprema, Causa rol N° 18225-2017, sentencia de fecha 17 de Abril de 2018.

Ravelo Meneses con Express de Santiago Uno S.A. (2015): Corte Suprema, Causa rol N°2599-2015, sentencia de fecha 26 de agosto de 2015.

Reyes Cabello con Latam Airline Group S.A. (2015): Corte de Apelaciones de Rancagua, Causa rol N° 20-2015, sentencia de fecha 17 de Junio de 2015.

Rochet Argandoña con Clínica Las Nieves (2008): Corte Suprema , Causa rol N° 4931-2006, sentencia de fecha 25 de Marzo de 2008.

Rubio Castro con Alvi Supermercados Mayoristas S.A.(2015): Corte Suprema, Causa rol N° 735-2015 , sentencia de fecha 11 de Agosto de 2015.

Sangurfo Lira con Banco Edwards (2008): Corte Suprema, Causa rol N° 2434-2007, sentencia de fecha 11 de Noviembre de 2008

Sanchez Sanchez con Municipalidad de Arica (2008): Corte Suprema, Causa rol N° 2477-2007, sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2008.

Salgado Carvajal con Plaza Oeste (2011): Corte de Apelaciones de Temuco, Causa rol N° 5404-2010, sentencia de fecha 17 de Octubre de 2011.

Sarabia Tolosa con Servicio de Salud de Iquique (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 9481-2016, sentencia de fecha 22 de Enero de 2016.

Segura Riveiro con Fisco de Chile (2014): Corte Suprema, Causa Rol N° 12530-2013, sentencia de fecha 15 de Abril de 2014.

Simonetti Gálvez con Paris S.A. (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 519-2011, sentencia de fecha 21 de Septiembre de 2011.

Silva Silva con Servicio de Salud (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 5975-2009, sentencia de fecha 26 de Octubre de 2011.

Silva Silva con Servicio de Salud (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 28586-2016, sentencia de fecha 24 de Octubre de 2016.

Sociedad Educativa San Bartolomé con Vicencio Silva y Otros (2011): Corte Suprema, Causa rol N° 8095-2011, sentencia de fecha 11 de enero de 2013.

Sociedad Orión Ltda. con Arriagada Contreras(2011): Corte de Apelaciones de Talca , Rol N° 768 -2011, sentencia de fecha 18 de Octubre de 2011.

Sorín S.A. con Compañía Siderurgica Huachipato (2012): Corte Suprema, Causa Rol N° 3325-2012, sentencia de fecha 31 de octubre de 2012.

Soto Maluenda con Servicio de Salud de Viña del Mar (2018):Corte Suprema, Causa rol N° 33865-2017, sentencia de fecha 24 de Enero de 2018.

Trujillo Varas con Mundi Iglesias y otros (2015): Corte Suprema, Causa rol N° 24995 - 2014 sentencia de fecha 26 de Octubre de 2015.

Uribe Uribe con Servicio de Salud de Reloncaví (2017): Corte Suprema, Causa rol N° 87914-2016, sentencia de fecha 1 de Junio de 2016.

Urrejola con Autopista del Maipo (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 10649-2015, sentencia de fecha de 1 de Junio de 2016

Valdivia Pérez con Envases Plásticos Prochem (2011): Corte de Apelaciones de San Miguel, Causa Rol N°142-2011, sentencia de fecha 2 de Agosto de 2011

Vallejos Donoso con Jumbo (2011): Corte de Apelaciones de Valparaíso Causa rol N° 832-2011, sentencia de fecha 19 de Enero de 2012.

Valls Morales con Chilevisión S.A. (2019): Corte Suprema, Causa rol N° 38037-2017, sentencia de fecha 24 de Enero de 2019.

Vásquez con Hospital Van Buren (2015): Corte Suprema Causa rol N° 29365- 2014, de fecha de 3 de Diciembre de 2015.

Vasquez Calderón con Servicio Nacional de Aduanas (2009): Corte Suprema, Causa rol N° 4666-2007, sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009.

Velasco Morandé con Corpbanca (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, Causa rol N° 768-2010, sentencia de fecha 26 de Octubre de 2011.

Verme Ríos con Fisco de Chile (2016): Corte Suprema, Causa rol N° 5760-2015, sentencia de fecha 5 de Enero de 2016.

11.- Bibliografía.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2012): “Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial civil.” *Revista de derecho (Coquimbo)*, 19(1), pp. 335-351.

ANABALÓN SANDERSON, CARLOS (1954): *El Juicio Ordinario De Mayor Cuantía*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1 ed.).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005): *De La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2005): “Negación de Daños Morales a una Persona Jurídica en Materia Contractual: Importadora y Exportadora J.Y.C. Ltda. con sociedad Comercial Cisandina Chile Ltda. (2005): Corte Suprema 14 de marzo de 2005 (demanda en juicio ordinario de cobro de pesos),” publicado en Gaceta Jurídica 297 (2005), p. 85. *Rev. chil. derecho* [online]. 2007, vol.34, n.1 pp.135-138.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008): “Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: La superación del Pretium Doloris.” *Revista chilena de derecho*, 35(1), 85-106

BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. (Santiago Editorial Jurídica de Chile)

CÁRDENAS VILLARREAL Hugo, (2007): “Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización.” *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*. Vol. 37, No. 106 / p. 213 - 237 Medellín - Colombia. Enero-Junio de 2007, ISSN 0120-3886.

——— (2006 a): “Daño Moral por Incumplimiento de Contrato: Un Réquiem por la Uniformidad Jurisprudencial: (Comentario a Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de diciembre de 2005).” *Rev. chil. derecho*, Santiago , v. 33, n. 3, p. 585-593, dic. 2006.

——— (2006 b): “La relación de causalidad : ¿quaestio facti o quaestio iuris? : comentario a sentencia de Corte Suprema, 26 de enero de 2004.” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N0 1, pp. 167 - 176.

CASARINO VITERVO, Mario (1997): *Manual de Derecho Procesal, Derecho procesal Civil*, Editorial Jurídica de Chile, quinta Edición, Santiago, 1997.

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. (2011): *Elementos Fundamentales de la Actividad Probatoria*. Librotecnia, primera edición, Santiago, 2011.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. (2017): “La valoración de la prueba testimonial en el proyecto de Código Procesal Civil: Una tarea inconclusa.” *Revista de derecho (Valdivia)*, 30(1), 287-310

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2003): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2003

COUTURE, Eduardo J. (2005): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Montevideo, Editorial B de F)

DIEZ SCHWERTER, José: (1997): *El daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed.).

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón(2003): “Comentarios de Jurisprudencia”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile, No 214, julio- diciembre 2003

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El Daño Moral*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed.).

—— (2006): "La reparación del daño moral derivado del contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites", *Cuaderno de Análisis Jurídico III*, pp. 227-244.

DUCCI CLARO, Carlos (1998): *Derecho Civil. Parte General*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed.).

DUCE JULIO, Mauricio (2016): “Los informes en derecho nacional y su admisibilidad como prueba a juicio en el proceso penal chileno.” *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1),: pp. 297-327.

FEMENÍAS SALAS, J. (2011): "Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil." *Derecho y Humanidades*, (17)pp. 31-46.

FUEYO LANERI, Fernando (1990): *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GAMA LEYVA, Raymundo (2013): “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental.” *Revista de Estudios de la Justicia – N° 19 – Año 2013*.pp. 65-89.

GILI SALDAÑA, Marian y AZAGRA MALO, Albert (2006): Revisión casacional de la cuantía indemnizatoria Comentario a la STS, 1a, 21.4.2005 Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra. InDret Revista para el análisis del derecho. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/79119/103260>. Última visita 14 de Enero de 2019.

GONZÁLEZ-CAZORLA, Fabián A. (2017): “Delimitación del daño moral a través de consideraciones de justicia distributiva.” *Revista de derecho (Concepción)*, 85(242), 191-220.

HUNTER AMPUERO, Iván (2013): “De nuevo sobre la prueba del daño moral.” (Corte de Apelaciones de Valdivia). *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2013, vol.26, n.2 pp. 265-269.

— (2017).:”Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil.” *Ius et Praxis*, 23(1), 247-272.

JANA LINETZKY, Andrés y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2004): “Daño moral en la responsabilidad contractual. A propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001. Temas de Responsabilidad Civil.” *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2004.

LARRAÍN PAÉZ, Cristian. (2010): “Daño Moral a Personas Jurídicas: Una aparente consolidación Jurisprudencial. Estudios de Derecho civil,” *Jornadas Nacionales de Derecho civil 2005-2009*, Tomo IV, Santiago, Abeledo Perrot. 617 y ss.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2017): Obligaciones y Responsabilidad Civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, No 28, pp. 307-321.

MENESES PACHECO, C. (2008): “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil.” *Revista Ius Et Praxis*, 14(2) pp. 43 - 86.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl. (2015): “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo.” *Revista Ius Et Praxis*, 14(1), pp.199-223.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1989): *La prueba en materia Sustantiva Civil. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PIZARRO WILSON, Carlos (2010): “Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud”. En: *Responsabilidad Médica*,

Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VI, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 187-198

PIZARRO WILSON, Carlos (2006): “Comentarios de jurisprudencia. Obligaciones y responsabilidad civil. Responsabilidad. Daño moral a personas jurídicas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, 2006.

RAMOS PAZOS, René (2006): *De la Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago, Lexis Nexis).

RÍOS ERAZO Ignacio y SILVA GOÑI Rodrigo. “Daño Moral a las personas jurídicas: ¿Que ha dicho nuestra jurisprudencia?.” *Revista de Estudios de la Justicia*, Número 18, Año 2013.

—— (2014): *Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad*, (Santiago Editorial Jurídica de Chile, Santiago).

RODRIGUEZ GREZ, Pablo (2002). *Responsabilidad extracontractual*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1° ed.).

—— (2003).: *Responsabilidad contractual*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1° ed.).

RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio (1995): *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. (Santiago, editorial jurídica de chile, 5° ed.)

ROMERO SEGUEL, Alejandro (2003): *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 3, pp. 553-557 (2003), Sección Jurisprudencia.

RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2013): “La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual: Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española”. *Revista chilena de derecho*, 40(2), 669-689.

RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2011): *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y responsabilidad extra contractual*, (Santiago, LegalPublishing).

SALGADO FERNÁNDEZ, Liliana (1979): *La Prueba: Objeto, Carga y Apreciación. Comentarios de Jurisprudencia*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2003): “Responsabilidad Civil Médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. *Revista de derecho*. Vol. XV. Pp.75-111.

—— (2012 a): Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (2), pp. 251-264.

—— (2012 b): “Daño moral de las personas jurídicas en el derecho chileno.” *Jornadas nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz*, 2012. (Santiago, Legalpublishing).

—— (2016): “Pérdida de una Oportunidad. ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?” *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*. Números 4-5. Años 2015-2016.