

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL O MORAL POR ACTUACIÓN DE UNA AUTORIDAD: SU VALORACIÓN Y PRUEBA

MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO*

RESUMEN: El comentario recae sobre un fallo de la Corte Suprema que versa sobre el problema del daño extrapatrimonial ocasionado por la autorización de un proyecto de ampliación de vivienda en que habría existido falta de cuidado por parte de la Municipalidad. El análisis se centra en el aspecto civil y sobre el precedente de este fallo en cuanto que, un acto de autoridad, más exactamente una interpretación administrativa, es el hecho que causaría el daño. El autor reflexiona sobre el porqué indemnizar un daño extrapatrimonial y qué sentido tiene hacerlo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La doble función de la condena por daño moral. 3. El perjuicio, el cumplimiento y la primitiva obligación poseen naturalezas jurídicas distintas. 4. La llamada “Función Compensatoria” de la indemnización por daño moral. 4.1. Teoría del *solatium*. 4.2. Teoría de la superación. 5. Las respuestas al daño moral en el Common Law: *non pecuniary loss*. 6. Sobre la prueba del daño moral. 7. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En esta oportunidad analizaremos un fallo reciente de nuestra Corte Suprema, Rol N° 6183-2009, pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sr. Haroldo Brito C. y el Abogado Integrante Sr. Patricio Figueroa S. Esta sentencia nos permite valorar ciertos aspectos referidos a la partida indem-

* Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho con mención “Doctor Europeus”, Universidad de Salamanca, España. Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado. Este comentario de sentencia forma parte de la investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación: INICIO/ N° 1/ 2011, titulado “Responsabilidad civil en las tratativas preliminares de un contrato”, el que es financiado por la Vicerrectoría de Investigación de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

nizatoria del daño moral o extrapatrimonial, como preferimos llamarlo.¹

La sentencia versa sobre el problema del daño extrapatrimonial ocasionado a un habitante de la comuna de Rengo que se vio menoscabado civilmente debido a la autorización de un proyecto de ampliación en la vivienda ubicada en Población Villa España pasaje 1, casa n° 1439. En la especie, se habría autorizado el levantamiento de un muro divisorio que excedía la altura propia de una construcción de ese tipo, superando con ello también la norma legal, y que, además, impedía hacer uso del estacionamiento del vehículo de propiedad del demandante. Habría existido falta de cuidado por parte de la Ilustre Municipalidad de Rengo en sus obligaciones propias, al concurrir en la especie descuido en la protección de los derechos de los miembros de la comunidad, lo que habría derivado en deterioros de atributos mentales del demandante.

Centraremos nuestro análisis el aspecto civil y de resarcimiento de este caso. Sin embargo, llamamos la atención sobre este precedente jurisprudencial en cuanto que un acto de autoridad, más exactamente una interpretación administrativa, es el hecho que causaría el daño en este caso. En efecto, la recurrente, la I. Municipalidad de Rengo, expresa que el recurso de casación en el fondo denuncia la infracción de los artículos 2314, 2316 inciso 1° y 2329 del Código Civil. Se explaya la recurrente señalando que al aplicarse estos artículos se comete infracción de los artículos 1702 y 1712 del Código Civil; 346, 384 y 426 del Código de Procedimiento Civil, ya que la sentencia da por establecidos hechos no probados, que son elementos de la figura cuasidelictual. Se arguye que no habrían sido debidamente determinados en este caso la culpa, la relación de causalidad y los daños.

En lo relativo a la culpa, señala por su parte la recurrida I. Municipalidad de Rengo, que los funcionarios solicitaron todos los antecedentes necesarios para otorgar el permiso, lo que consta

¹ Cabe precisar que si bien el fallo es de cinco de enero de dos mil doce, el acuerdo de este fallo y la designación del Ministro redactor es de seis de septiembre de 2011, conforme a la resolución recaída en la causa a fojas 227 de la misma. Disponible en http://www.poderjudicial.cl/modulos/InformacionCausas/INF_causas_corte_supr.php?opc_menu=7&opc_item=2 (fecha de consulta 18 de abril de 2012).

de la documentación que acompañó. Se afirma en el recurso que en este caso hay una diversa interpretación entre la ordenanza General de Construcciones, que con autorización notarial del vecino, permite en su artículo 2.6.2 N° 1 –sin señalar otro límite máximo, que no sea el respeto de la línea de edificación y la ordenanza del plano regulador comunal de Rengo– un adosamiento de hasta un 50%. Ante la discrepancia, los funcionarios municipales interpretaron la primacía de la Ordenanza General y en cambio la Corte aplicó la ordenanza local. Los funcionarios actuaron en el marco del ejercicio legítimo de un derecho o en el cumplimiento de un deber de acuerdo al artículo 24 de la Ley N° 18.695, y 9 y 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

En lo que comentaremos, la parte demandante en esta causa consideraba que la demandada I. Municipalidad de Rengo debía pagar una indemnización por el daño moral que habría sufrido debido a las aflicciones y malestares experimentados como consecuencia de las actuaciones de los funcionarios municipales, narrando haber sufrido específicamente “stress y depresión”.

Un caso como este nos obliga a reflexionar un momento sobre el porqué indemnizar un daño extrapatrimonial y qué sentido tiene hacerlo. Lo hacemos porque estimamos como muchos, a la luz de este y otros precedentes, que el derecho actual de daños tiene un problema serio en el daño no patrimonial o moral. Se alega casi por cualquier contratiempo su indemnización y es el primer reclamo cuando de buscar sanciones se trata. Se piden sumas excesivas en su indemnización, despegadas de la realidad, y sus variantes son tantas que no es extraño arribar a concluir que hoy es una figura, como la calificó Díez-Picazo hace algún tiempo, “escandalosa”².

² Díez PICAZO, LUIS (2008) *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 1ª Edición, 102 p.

2. LA DOBLE FUNCIÓN DE LA CONDENA POR DAÑO MORAL: PUNITIVA PARA EL AUTOR DEL DAÑO Y RESARCITORIA O SATISFACTORIA PARA LA VÍCTIMA

La determinación jurídica de la naturaleza o función de la condena por daños morales, es una derivación de la discusión sobre la naturaleza de la indemnización en materia patrimonial. Es una problemática inherente a los sistemas que siguieron al *Code français* y que divide a la doctrina incluso en la interpretación del Derecho romano y muy especialmente en el Derecho nacido de la codificación³.

La idea de que la condena resulta reparatoria tendría su origen en las normas de la responsabilidad civil para los daños patrimoniales. Se ha llevado por tanto la discusión doctrinal a si se podría dar a la condena de daños y perjuicios, incluidos los morales, otra función que no sea la de reponer la pérdida que el hecho perjudicial ha originado⁴. A falta de texto expreso, solo podemos revisar teorías en tal sentido.

³ BARRIENTOS, Marcelo (2011), “Notas históricas del daño moral o extrapatrimonial en el Derecho romano germánico” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, Tomo I, Editores científicos Patricio-Ignacio Carvajal y Massimo Miglietta, Edizioni dell’ Orso, pp. 243- 265.

⁴ BARROS, Enrique (2006), *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 231. En el mismo sentido, MARKESINIS, B., COESTER, M., ALPA, G., ULLSTEIN A., (2005) *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, Inglaterra; MONATERI, G. (1998) “La responsabilidad civil”, en Sacco, R. (dir. coord.), *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, pp. 477-489; COMANDÉ, G. (1999) *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, Italia; en España, ha sido reconocido el concepto a nivel doctrinal, legislativo y jurisprudencial. Vid. entre otros a DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Universidad de Deusto/Civitas, Madrid, p. 698; VICENTE, E. (1994) *Los daños corporales: tipología y valoración*, J. M. Bosch, Barcelona, pp. 323. También, Anexo Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, introducido por la Disposición Adicional 8a de la Ley N° 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros Privados (BOE, num. 268, 9.11.1995) y ST Constitucional de España 181/2000, de 29 de junio de 2000, puede visitarse en www.tribunalconstitucional.es/JC2000.htm, fecha de consulta 20 de marzo de 2012; Sobre su influencia en el ordenamiento español en relación al daño corporal vid., MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J., SOLÉ J., (2003) “Compensation for Personal Injury in Spain”, en *Tort and Insurance Law*, Vol. IV, Bernard Koch y Helmut Koziol (eds. Coord.), editado por el “European Centre of Tort and Insurance Law”, Springer-Verlag/Wien, Austria, pp. 245 y ss.

STARCK y otros autores⁵, opinan que las condenas por daño moral tienen una concepción punitiva para el autor del daño y resarcitoria o satisfactoria para la víctima del mismo. El antecedente de estas ideas es SAVIGNI, que en su tiempo señaló que la pena privada tiene la doble función de reparación e intimidación del culpable⁶.

No se divisa en principio inconveniente para esta doble función de la indemnización por daño moral, porque se protegen de acuerdo a sus defensores los bienes de la persona contra los ataques y lesiones de los mismos⁷. STARCK señala que la jurisprudencia no puede cerrarse a la realidad indiscutible de que existe en el que ha padecido un perjuicio, en particular si es moral, un resentimiento contra el responsable y, por ende, un deseo de venganza⁸.

⁵ Starck estima que la venganza está presente en la reparación, STARCK (1985) "*Droit civil*". Obligations, 1 (*Responsabilité délictuelle*) (por Roland y Boyer), Paris, 1985, pp. 63 y 64. Para este mismo autor la indemnización busca satisfacer a la víctima del daño producido y además compensar los perjuicios morales. La indemnización debe aumentar o disminuir dependiendo de la gravedad de la falta cometida, con lo que se admite su carácter punitivo. "*Puede lamentarse que los hombres no estén compenetrados por el espíritu de caridad, pero ello no puede llevar a cerrar los ojos ante esa realidad.*" Sentencia de Trib. Nancy, 25 de enero de 1873, S. 1873, II, p. 255; ÁLVAREZ VIGARAY (1966) "La responsabilidad por daño moral", en A.D.C., 1966, pp. 81 y ss. ; CHARTIER (1983) "*La réparation du préjudice*", Paris, Dalloz, 1983), pp. 158-159; FUEYO, FERNANDO (1990) *Instituciones de Derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 111; ROCES (1928) "Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español" realizadas a la obra de FISHER (1928) "*Los daños civiles y su reparación*", Madrid, pp. 298-299; RAVAZZONI, ALBERTO (1962) *La Riparazione del Danno non Patrimoniale*, Casa Editrice Giuffrè. Milano, Italia. 1962 p. 152; RODIERE (1952) *La responsabilité civile*, Paris, 1952; SAVATIER (1951) *Traite de la responsabilité civile*, segunda edición, Paris, p. 221; PUIG BRUTAU (1997) *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, p. 187; LARENZ, KARL (1959) *Derecho de las obligaciones*, T. II, Madrid, traducidos por Santos Briz, p. 640.

⁶ SAVIGNI (1912) *Le obbligazioni* (trad. di Pacchioni), II, Torino, Italia, V. II, p. 277.

⁷ Entre otros, ÁLVAREZ VIGARAY (1966) "La responsabilidad por daño moral", en A.D.C., 1966, p. 95; también en el mismo sentido FUEYO, FERNANDO (1990) *Instituciones de Derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 59.

⁸ STARCK (1985). "*Droit civil*". Obligations, 1 (*Responsabilité délictuelle*) (por Roland y Boyer), Paris, 1985, p. 64. En este sentido y siguiendo las tesis de STARCK sobre la condena punitiva, en España en una Sentencia del Tribunal Supremo Español de 11 de diciembre de 1990, se fijó una suma simbólica, por la imposibilidad de determinar la cantidad exacta en que podía estimarse el daño ocasionado por un farmacéutico a un médico, ya que el primero alteró los elementos de una fórmula contra la obesidad que el médico prescribió a varios pacientes, lo que es, señaló el Tribunal Supremo Español: "*suficiente para la represión de la acción culposa como para la reparación del perjuicio irrogado*", A.C. 1991-1, Nº 225, p. 663.

En los detrimentos morales la reparación se equipara a sanción en el aspecto represivo, luego la pena aunque no sea un concepto feliz, está implícitamente presente. No se puede negar, según estos autores, que la víctima quiera de alguna manera vindicar y castigar la conducta que le ha producido un daño, todo ello como debe ser, en un estado de Derecho, a través de la acción de los tribunales de justicia.

No obstante las importantes opiniones señaladas, creemos que la indemnización por daño moral no es una pena privada ni puede ser concebida de tal, y esto porque la culpa es el fundamento que le da origen, al menos en la mayoría de los Códigos vigentes. La responsabilidad del autor del daño no deriva de la inobservancia de su deber legal, sino del daño mismo. Lo que persigue el Derecho comparado en la actualidad, está en todo caso en un estado de evolución mayor, que es liberar a la víctima del perjuicio que se le haya producido, se busca en lo posible dejarla en la situación anterior al daño irrogado bajo criterios que tienden a realizar equidad. Es por esto que uno de los fundamentos de la reparación, y de las sentencias en materia de daños morales, no debe perderse de vista: el daño producido.

Como señala buena parte de la doctrina, el requisito indispensable para la procedencia de una reparación, es la existencia de un daño a la víctima y una vez probado ese perjuicio en sede judicial, los tribunales deben crear un razonamiento lógico que posibilite que esa pretensión resarcitoria, de acuerdo al mérito del proceso, sea indemnizada⁹. En el caso de los perjuicios no patrimoniales, la ilicitud de la conducta del responsable, nace del hecho de haber perjudicado a una persona con ese actuar y no del actuar con ilícito¹⁰.

⁹ YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (1993) *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Editorial Reus, Madrid, vol. I, p. 19; Díez-Picazo y Gullón, señalan que en el Código Civil español conviven debido a su rica tradición y antecedentes históricos, responsabilidades dirigidas hacia obligaciones de dar cosas específicas (artículos 1101 y 1105). Las obligaciones de dar cosa genérica, las pecuniarias sin duda y las de hacer, estarían sometidas a un régimen de carácter objetivo desde el punto de vista de la responsabilidad. No ocurre lo mismo, señala el autor en las obligaciones “de medios”, en las que la culpa ocupa un lugar fundamental, aunque la falta de diligencia no es constitutiva de un criterio de imputación de responsabilidad como un hecho determinante del incumplimiento del mismo. Díez-Picazo, Luis y Gullón; Antonio (1979) “La responsabilidad civil hoy” en *Anuario de derecho civil*, Vol. 32, N° 4, pp. 727-738; Llamas Pombo, Eugenio (1999) *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, p. 295.

¹⁰ Vicente Domingo, Elena (2003) “El Daño” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, L. Reglero Campos Editor, segunda edición, pp. 234 y ss.

De esta manera consideramos que hoy la responsabilidad civil, y dentro de ella comprendemos a la indemnización por daño morales, no es una institución jurídica que busque sancionar al autor de un ilícito, esa es una función entregada a la “*ultima ratio*” del Derecho penal. Las indemnizaciones solo se preocupan hoy de reparar el perjuicio causado, que no es lo mismo que volver a la víctima al mismo estado anterior al daño o indemnizarle en dinero para su paliar su sentimiento de desagrado por haber sufrido un ilícito. Es más bien el daño o perjuicio el presupuesto común de la indemnización de perjuicios no patrimoniales en todos los órdenes de responsabilidad: contractual y extracontractual.

3. EL PERJUICIO, EL CUMPLIMIENTO Y LA PRIMITIVA OBLIGACIÓN POSEEN NATURALEZAS JURÍDICAS DISTINTAS

La ausencia de equivalencia exacta entre la indemnización y el perjuicio impide considerarlo como una reparación, esto redundando en que se fijen las reparaciones por la gravedad de la culpa o la situación económica de la víctima en la práctica, lo que nos aleja del nexo de causalidad. Así, el perjuicio moral no puede ser reparado en toda su dimensión, básicamente por la dificultad que ello importa y que no hace posible su evaluación. No es de extrañar entonces que se recurra por parte de los jueces en su indemnización a criterios como el de la pena entre privados. Esto se ha agravado en el último tiempo con las salidas alternativas del proceso penal, en que la condena civil aparece como la única forma de castigar al autor del daño.

Creemos que en este plano no es bueno confundir las cosas. En la indemnización del daño no patrimonial, no puede recurrirse a una fijación que logre un balance o equilibrio, ni siquiera cuando la indemnización adopta la forma de una reparación específica como ocurre en materia contractual¹¹.

¹¹ Para referirse a la finalidad de la indemnización por daño moral se señala: “(...) es claramente compensatoria. No compensatoria en el sentido estricto del término —es decir, tal y como se predica respecto de los daños materiales—, pues no puede pensarse en la idea de restablecimiento económico tomando en consideración el “*id quod interest*”, imposible de restablecer en relación a los bienes personalísimos (...) puede resultar satisfativa del interés del dañado (...) que sea compensatoria no la diferencia especialmente de otras muchas

La prestación *id quod interest*, o también llamada la reparación de los daños y los perjuicios causados, no es en caso alguno el cumplimiento de la prestación originaria debida por el deudor a un acreedor. No son equivalentes la indemnización y el perjuicio sufrido, como tampoco el cumplimiento específico o por equivalente, de carácter forzoso o voluntario de las obligaciones¹². Son obligaciones nuevas, de manera que en realidad sus contenidos son absolutamente diferenciados de la primitiva obligación, nacidas a partir de la concepción de daños irrogados por un incumplimiento.

Ni siquiera desde el punto de vista teórico puro es posible señalar que la reparación de la indemnización sea exactamente equivalente al perjuicio en su totalidad. Representa una dificultad siempre y en todo caso reparar en su totalidad los perjuicios materiales o extra-patrimoniales. LLAMAS POMBO en esta línea señala: “*la esencia de la prestación del id quod interest es otra. La causación de un perjuicio,*

formas de reparar los daños civiles, ni constituye tampoco una característica extraña a la reparación civil.” MACIAS CASTILLO (2004) *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, p. 431. Carrasco Perera, además de diferenciar la acción de cumplimiento y la acción indemnizatoria por incumplimiento, señala que tratándose de la acción de cumplimiento, su solo crédito contractual constituye suficiente fundamento, sin que tenga que probar que la obligación subsiste. Para este autor, “*La consideración de que el daño se cifra en la cantidad diferencial entre dos estados patrimoniales no debe extremarse hasta el punto de desconocer la polivalencia de la técnica indemnizatoria en nuestro derecho. En rigor, ella es necesaria para el lucro cesante que hace referencia a un conjunto patrimonial general, no a un bien concreto objeto de prestación o daño. En cambio, el cálculo diferencial no es hecho realmente cuando el daño que se trata de liquidar es el daño por menoscabo o destrucción o pérdida de bienes del acreedor. Otro tanto se puede decir con la indemnización del daño no patrimonial, que escapa a una fijación según balance o cuando la indemnización adopta la forma de una reparación específica*”. Vid sobre este tema, CARRASCO PERERA (2011) “Comentario al Código Civil”, en Cizur Menor, Navarra, Aranzadi.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de junio de 1978: “*La indemnización de daños y perjuicios que el art. 1101 establece, requiere para su aplicación la base fáctica de la realidad de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretenda, pues este resarcimiento pecuniario no surge necesariamente de un incumplimiento contractual, cumplimiento inadecuado o de la morosidad con que el obligado se haya producido, sino que es de todo punto indispensable para que tal obligación de indemnizar exista y sea exigible, que esté acreditada la real existencia de aquéllos y que los mismos fueron originados por el acto ejecutado u omitido...*”. La reparación en consecuencia, como el cumplimiento forzoso de la obligación, es una de las obligaciones alternativas que pueden surgir para el deudor que ha incumplido un contrato y uno de los derechos del acreedor diligente como consecuencia de esa infracción. No es un derecho absoluto del acreedor. Además en materia contractual, los perjuicios deben probarse. No basta acreditar incumplimiento del deudor de las estipulaciones contractuales para tener derecho a una reparación, se debe probar el perjuicio.

del daño injusto, antijurídico, imputable a la falta de cumplimiento, cuando, además, tal incumplimiento es subjetivamente imputable al deudor, constituye la base del nacimiento de una nueva obligación, diferente y añadida a la infringida, y cuyo contenido es únicamente el resarcimiento de dicho perjuicio. El pago de la indemnización es el cumplimiento de esta nueva obligación, y no una forma “equivalente” de cumplimiento de la obligación originaria ni un subrogado de la misma”¹³.

Nuevamente y con el fin de no producir arbitrariedades con la determinación de las indemnizaciones de los daños morales, se debe recurrir a evitar el concepto de pena privada o la no correspondencia del perjuicio con la indemnización. Es importante entonces apelar para otorgar indemnizaciones por daño moral al criterio de la previsibilidad de la culpa o el dolo como causa del daño. De esta manera, se seguirá la regla de indemnizar solo el perjuicio acreditado y probado fehacientemente, aplicando el principio de reparación integral de los perjuicios, que por cierto tiene sus propios inconvenientes¹⁴.

No se puede negar en todo caso la presencia de un cierto sesgo punitivo en la existencia de una indemnización que cumple una función represiva, y que en cualquier caso, no es la principal motivación de su otorgamiento.

4. LA LLAMADA “FUNCIÓN COMPENSATORIA” DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Nos parece adecuada la exposición en esta materia de GOODIN que distingue entre: a) la compensación que reemplaza los medios, “*means replacing compensation*”, que da medios equivalentes para la obtención de similares fines, es decir, busca proporcionar al dañado

¹³ LLAMAS POMBO, EUGENIO (1999) *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, p. 274, además de la abundante cita de autores que allí se señalan. MACIAS CASTILLO (2004) *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, p 431.

¹⁴ Sobre la previsibilidad en esta materia, BARRIENTOS, MARCELO (2007), Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, en *Rev. chil. derecho*, Santiago, v. 34, n. 1, abr. 2007. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100002&lng=es&nrm=iso>. Accedido en 2 abr. 2012. doi: 10.4067/S0718-34372007000100002.

medios equivalentes para alcanzar los mismos fines y; b) la compensación que desplaza los fines, “*ends displacing compensation*”, que no coopera a perseguir los mismos fines de otra forma, sino que más bien intenta dejar a la víctima en la misma situación que se encontraba antes del daño. Busca por lo tanto, dar satisfacciones equivalentes a través de distintos fines¹⁵.

MARTÍN-CASALS opina que la única posible en materia de daños morales es la “*ends displacing compensation*”. En esta la víctima busca ser puesto en una situación *ex ante* pero de manera diferente¹⁶. Para que la indemnización en dinero pueda otorgarse por equivalencia, debe siempre estar en presencia de situaciones que al menos sean homologables al dinero, cantidades homogéneas que por otro lado puedan compararse. En los daños morales esto no ocurre. El dinero jamás podrá reemplazar una pérdida tan grande como un padre a un menor de edad, sencillamente porque un padre a esa edad es irremplazable. Tampoco puede reemplazarse el enojo de verse impedido de salir de su propiedad ante una interpretación que se juzga errada por la autoridad como en la sentencia que nos convoca.

Lo que el dinero puede hacer, y en realidad es su única función en la indemnización por daños morales, “*es ofrecer unos bienes de diferentes características, que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcionen diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente de la existente “ex ante”, sea tan favorable como aquella*”¹⁷.

Resulta difícil representarse que el dinero pueda servir para el restablecimiento de bienes que son personalísimos¹⁸. Dos teorías existen en este punto: la teoría del *solatium* y la teoría de la superación.

¹⁵ GOODIN (1989) “Theories of compensation”, 9, “*Oxford Journal of Legal Studies* 56”, p. 60.

¹⁶ MARTÍN-CASALS, MIQUEL (1990) “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, CEURA, Madrid, pp. 1231 y ss.

¹⁷ MARTÍN-CASALS, MIQUEL (1990) “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, CEURA, Madrid, pp. 1238 y ss.

¹⁸ Como señala LLAMAS POMBO: “...la indemnización rara vez alcanza a “eliminar” el daño, sino que más bien tiende a “reparar” el mismo, y segundo, porque el interés que satisface la ejecución forzosa no es propiamente la prevención de un daño, sino el interés positivo que tiene depositado el acreedor en el cumplimiento de la obligación; no se trata ya de “evitar el daño” como de “conseguir la prestación””. LLAMAS POMBO, EUGENIO (1999) *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, p. 235.

4.1 Teoría del *solatium*

Para esta teoría de origen alemán, una indemnización patrimonial por daños morales hace posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales. Se compensa entonces el daño moral producido porque si bien se ha producido una pérdida irreparable, se coloca a la víctima en una situación patrimonial mejorada, que posibilita por lo tanto mayores satisfacciones que de alguna manera compensen las sensaciones desagradables sufridas. La indemnización por daño moral en este punto se realiza de acuerdo con los daños que se deben compensar. Se toma en cuenta: el alcance de los daños, así como su intensidad; la duración de los dolores, sufrimientos y los perjuicios¹⁹.

Las principales dificultades de esta teoría se presentan en aquellos casos de daños morales especialmente difíciles de ponderar. Nos referimos a los perjuicios muy graves, en los que claramente es imposible compensar el dolor inmenso y devolver la alegría o paz producto de una pérdida insustituible, tal como la pérdida de un ser querido o personas que fruto del daño pierden su capacidad sensible, como en el caso de daños cerebrales. Otro problema que ha detectado la doctrina, viene dado por la ya comentada aptitud del dinero para aportar satisfacción que en este caso pareciera seguir una regla: “*a mayor patrimonio menores son las satisfacciones que puede proporcionar a su titular una misma suma pecuniaria*”. Así, como destaca MARTÍN-CASALS, si las condiciones económicas del dañado son extremadamente favorables, la compensación del daño no será posible. Ahora bien, si las condiciones de la víctima son muy precarias, la suma de dinero puede llegar a ser una compensación excesiva²⁰.

Cierta doctrina estima que de seguirse criterios subjetivos y tomar en cuenta el patrimonio de la víctima en la valoración del *quantum*

¹⁹ Para MARTÍN-CASALS, es esta la tesis que se sigue en España, Francia e Italia. Alemania la habría abandonado a partir de 1955. MARTÍN-CASALS, MIQUEL (1990) “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, CEURA, Madrid, p. 1240.

²⁰ MARTÍN-CASALS, MIQUEL (1990) “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, CEURA, Madrid, p.1241.

indemnizatorio, se estaría atentando contra el principio de igualdad. Si se recurre por el contrario a criterios objetivos se puede caer en otro vicio, cual es uniformar las indemnizaciones y atentar contra la finalidad compensatoria de la indemnización.

Ciertamente, el daño moral producido no es borrado por una suma de dinero que se entrega a título de indemnización. Eso no es posible, porque la indemnización se radica en el patrimonio y no influye sobre las angustias, zozobras o malestares, que pertenecen más bien al fuero interno del individuo o víctima del perjuicio. El patrimonio no es un atributo de la personalidad que logre generar automáticamente sensaciones agradables compensatorias de daños morales. En el mejor de los casos generará libertad económica, pero la experiencia de vida que logre superar o al menos aprender a convivir con las secuelas de un daño moral, obedecen a un esfuerzo físico y psíquico del perjudicado. La vida en sociedad impone esta apreciación. No tenemos una vida exenta de molestias ni zozobras, en términos normales, la sola convivencia debe generar contratiempos y esto debiera tenerse en cuenta especialmente en ciudades sobrepobladas donde la convivencia estrecha por supuesto que deberá generar daños que han de asimilarse como propios de la convivencia.

Estas alegaciones son las que terminan por echar por tierra la teoría patrimonialista del daño moral: la indemnización no tiene por qué estar orientada a una efectiva eliminación del daño moral y que son conocidas como “teoría de la superación”.

4.2 Teoría de la superación

Esta teoría de raíz alemana, asumida por la jurisprudencia del citado país y de amplio influjo en la legislación de Austria, supone una activa participación en la compensación de la víctima del daño²¹. Es la víctima quien debe superar el daño moral sufrido, la compensación en dinero es una indemnización que solo ayuda a superar el

²¹ Entre otros son destacados por MARTÍN-CASALS, MIQUEL (1990) “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, CEURA, Madrid, p. 1242; KÖNDGEN (1976) *Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*, Berlin, Duncker und Humblot, pp. 118 y ss.; JÜLCH (1978) *Die Funktion des Schmerzensgeldes*, Saarbrücken, Dissertation, pp. 118 y ss.

daño moral irrogado. No es el pago por una reacción subjetiva a un sentimiento desagradable.

Es importante recalcar que la cuantía de la indemnización del daño moral será el grado de dificultad objetiva de la superación del daño en relación a las características individuales de la persona víctima del daño bajo el criterio de un hombre medio. La predisposición del ofendido al dolor resulta del todo irrelevante. Se recurre a criterios objetivos de superación del perjuicio y se involucra en ello a la víctima²².

De acuerdo a la legislación de Austria sobre indemnización por daños, esta es siempre compensatoria, incluso para casos de daños extrapatrimoniales o morales. Los daños por dolor o menoscabo o *Schmerzensgeld* al momento de ser indemnizados, cumplen con la función de compensación ya que en el otorgamiento de la indemnización, la intención es la de cubrir toda el área de dolor y sufrimiento, al menos tanto cuanto sea posible.

Se pretende alejar del raciocinio del sentenciador el sentimiento de culpa ante el daño de la víctima y colocar por ello a la misma en una situación de amenidad que le procure un estado semejante al anterior al hecho dañoso y que signifique recuperar “*la alegría de vivir*”²³. Resulta entonces absolutamente definitivo el monto de los daños por dolor y sufrimiento, para representar de la manera más completa posible la compleja sensación de dolor y ayudar a superarla. La duración e intensidad del mismo, su seriedad en relación al daño tolerado por la víctima, tanto como la repercusión física y síquica, sobre todo en cuanto estas últimas esferas, resultan limitantes del estado de salud y bienestar general de la víctima y deben ser consideradas en la determinación y alcance de una indemniza-

²² JÜLCH (1978) *Die Funktion des Schmerzensgeldes*, Saarbrücken, Dissertation, pp. 118 y sgtes; MARTÍN-CASALS, MIQUEL (1990) “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, CEURA, Madrid, p. 1242.

²³ Fallos del OGH en 1989, ZVR, números 90, 104, 121 y 135; 1990 ZVR, números 118 y 158, donde se puede ver además la nota crítica de REISCHAUER, número 12 en relación al § 1325. En los citados fallos lo que se cita es la expresión “*joie de vivre*”. KARNIER/KOZIOL, (2001) “Non-Pecuniary Loss under Australian Law”, en Rogers Horton editor, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien/New York, pp. 9 y ss.

ción²⁴. Asimismo, la angustia mental, incluida la de la rehabilitación, debe estar comprendida en la indemnización²⁵.

5. LAS RESPUESTAS AL DAÑO MORAL EN EL COMMON LAW: NON PECUNIARY LOSS

Los sistemas del *Common Law* y los derechos continentales de origen romano germánico en materia de responsabilidad civil tienen muchos puntos análogos, muchos más de los imaginables *a priori*.

Los “*non pecuniary loss*” son una clase de daños cuya recepción fue objeto de reparos por sectores de la doctrina y la jurisprudencia, pero hoy se encuentra superada la problemática que siguió a su aparición como categoría a indemnizar en el *Common Law*. Sin duda el aspecto más difícil para la asimilación de esta clase de daños fue el más criticado, cual es el conflicto en el establecimiento de la indemnización. La subjetividad tácita que conlleva su estimación, que carece además de un fin restitutorio indiscutible, representa la más grande dificultad en su mensura y singularización en dinero. Se agrava esto último en el *Common Law*, ya que al ser esta fijada por el jurado, la sentencia solo será apelable si la indemnización es demasiado alta o baja.

No es en consecuencia de extrañar que no exista hoy una definición de “*non pecuniary loss*”. Esto pese a ser un concepto transversal al ordenamiento de los países del *Common Law*. Se le puede encontrar asociado a la salud de una persona, pasando desde indemnizaciones en incumplimientos contractuales a derechos de marcas y derechos de propiedad e incluso por responsabilidad en caso de detenciones ilegítimas, entre otros²⁶.

²⁴ OGH 1990 ZVR, números 118, 155 y 158; en el mismo sentido OGH 1992 ZVR, n.º 99 y OGH 1997 ZVR n.º 82.

²⁵ En este sentido vid., DANZL (1987) *Das Schmerzensgeld in der Rechtprechung des OLG-Innsbruck*.

²⁶ ROGERS, (2001) “Non-Pecuniary Loss Under English Law”, en Rogers Horton editor, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien/New York, pp. 55, n. 1 y ss. El caso *Hamill*, Asunto 180/87 (Hamill), par. 10-13, aportó una nueva ampliación del concepto pues no se consideró a la Comisión Europea responsable de daño material y sí del moral, por no hallarse acreditado el nexo de causalidad. En este caso *Mr. Hamill* era funcionario de la Comisión Europea y estaba bajo investigación en su país. La oficina de seguridad de la Comisión Europea informó a *Scotland Yard* que en un día y hora señalados *Mr. Hamill* retornaría al Reino Unido por motivos de trabajo. Además entregó toda la información detallada sobre sus vuelos y conexiones.

Los dos principales grupos de “*non pecuniary loss*” en la ley inglesa son: “*pain and suffering*” y el “*loss of amenities*”. En lo que a daños corporales se refiere sí es posible distinguir un tercer grupo llamado “*loss of expectation of life*”, que ha sido asimilado a los ya mencionados grupos principales, pese a que en Australia y en Irlanda aún recibe un tratamiento diferenciado²⁷.

Esta es una nomenclatura adoptada por el sistema legal en su conjunto, usada indistintamente por jueces, abogados y la doctrina. Presenta la misma dificultad, tantas veces comentada en el sistema romano germánico, cual es la existencia de indemnizaciones globales. En el *Common Law* existe el principio de reparación integral de los daños y perjuicios, principio que recibe la denominación de “*fairness*”²⁸. En Inglaterra en lo que a perjuicios patrimoniales se refiere, los jueces desarrollan el concepto comprendiendo en él cualquiera de las derivaciones del hecho dañoso. Esto se justifica porque la prueba de su cuantía no es problemática y más bien determinable. No ocurre lo mismo en el tema de los daños morales: los resarcimientos acostumbran a no cubrir la totalidad de lo demandado, al estar sujetos a la independiente valoración de los tribunales, sin elementos que puedan llevar a su ponderación de manera comprensible las más de las veces, lo que arroja habitualmente indemnizaciones colectivas o en globo por todos los perjuicios, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales²⁹.

Esto posibilitó su detención al llegar al país. La investigación a los pocos días permitió anular los cargos que pensaban sobre *Mr. Hamill* y este quedó libre. El Tribunal de Justicia consideró en este caso que la Comisión Europea causó un daño moral a *Mr. Hamill* y le ordenó repararlo.

²⁷ LAW COMMISSIONS'S REPORT, (1995) *Damages for Personal Injury: Non Pecuniary Loss, A Consultation Paper, Law Commission*, N°140, London, p. 9; MARKESINIS, B., COESTER, M., ALPA, G., ULLSTEIN A. (2005) *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, Inglaterra, pp. 46 y ss.

²⁸ Clases de perjuicios en este concepto son el “*pain and suffering*” y “*loss of amenities of life*”, no lo es la indemnización por muerte. En este caso se aplica la ley Sec. 3 de *Administration of Justice Act* de 1982, que señaló un baremo prorrateado entre los padres en caso de muerte de su hijo. VICENTE DOMINGO, ELENA (2003) “El Daño” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, L. Reglero Campos Editor, segunda edición, p. 69.

²⁹ Hasta antes de la reforma de la *Administration Justice Act* de 1969, las cortes invariablemente acudían a la apreciación integral porque consideraban que la singularización caso a caso de los capítulos demandados por resarcimiento de perjuicios era conducente al otorgamiento de elevadas indemnizaciones. El concepto daño moral en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado en el contexto de los “*personal injuries*”, vid, MARKESINIS AND S.F. DEAKIN (2008), *Tort law*, Oxford, 6rd edition, pp. 999 y ss.

Hoy prima sobre lo anteriormente señalado un verdadero catálogo de daños llamado en inglés “*general damages*” y dentro de él, daños morales o extrapatrimoniales producto de un perjuicio de carácter personal. Una manera de conocer la realidad que se presenta en Inglaterra es a través del informe “*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries Cases*”. Es posible constatar que no hay grandes diferencias entre el sistema inglés y el escocés³⁰. Como asimismo se comprueba que es Irlanda, con distancia, la que posee dentro del *Common Law* una actitud más a favor de la víctima³¹.

Descendiendo a un detalle mayor del sistema inglés, en él se distinguen dos supuestos. Si el trastorno es consecuencia de un daño a la integridad física, la pena y el sufrimiento propios de la lesión, estos se indemnizarán en la compensación de los tipos de daño moral que normalmente derivaban de la lesión física, que son: “*pain and suffering*” y, cuando la situación lo exige, “*loss of amenities*”³². Si es un daño psíquico autónomo, al margen de cualquier lesión corporal, se admite su indemnización, siempre que pueda calificarse como enfermedad psiquiátrica, siendo insuficiente la simple preocupación o pena.

Dentro del concepto del “*loss of amenity*”, encontramos la merma de goces vitales o de facultades que imposibilitan a la víctima efectuar actividades de agrado a las que antes estaba habituado. Incluido dentro de los “*non pecuniary loss*”, es usual en la legislación del *Common Law* que una misma suma sea destinada a “*loss of amenity*” y “*pain and suffering*”, pero académicamente se separa para su mejor comprensión. Es un concepto que varía de acuerdo a la expectativa de vida de la persona³³.

En consecuencia, los “*non pecuniary loss*” no son diferenciados ni razonados en las sentencias, simplemente se otorgan. Nadie sabe a cuánto ascenderá un “*pain and suffering*” y a cuánto un “*loss of amenity*”. Los criterios en tal sentido parecen estar en directa rela-

³⁰ Desarrollado en la Segunda edición de KEMP & KEMP (1995) *The Quantum of Damages in Personal Injury and Fatal Accidents Claims*, London.

³¹ VON BAR C. (2000), *The Common European Law of Torts: Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality, and defences*, Oxford University Press, pp. 186, note 163.

³² MARKESSINIS AND S.F. DEAKIN (2008), *Tort law*, Oxford, 6th edition, p. 1001.

³³ Por ejemplo, en el caso de un pianista “*Eg Moelieker v Reyrolle and Co Ltd*” (1977) 1 All ER 9 (fishing). BURROWS (1994) “*Remedies for torts and breach of contract*”, London, 1994, p. 190.

ción con la pérdida patrimonial y en cuanto al monto final de la indemnización, con el daño físico o mental producido o probado y demandado. Es decir, es un complemento de otras partidas de la indemnización³⁴.

El impacto nervioso ha de jugar un rol fundamental. Las cortes inglesas han pretendido dotar al término “*nervous shock*” de un contenido que se acerque al de daño en términos científicos. De esta forma se ha comenzado a llamarle más bien como “*psychiatric damage*” e incluso “*psychiatric illness*”. Se ha argumentado que la expresión “*nervous shock*” se presta a malentendidos e imprecisiones³⁵. “*Psychiatric damage*” comprende mejor la enfermedad mental, la neurosis y el cambio en la personalidad que se produce en el sujeto que lo padece³⁶.

En el *Common Law* se ha tratado de determinar jurisprudencialmente cuál debe ser la forma mínima de un trastorno psíquico para que sea objeto de indemnización. La tarea de la justicia entonces ha consistido en determinar un límite que lleve a escoger demandas que no sean temerarias, evitando con ello una saturación del sistema judicial por la presentación de trastornos nerviosos insignificantes, simples angustias, ansiedades menores o zozobras que pueden ser considerados normales, y por lo tanto, que no caerían en la categoría de “*nervous shock cases*” o más correctamente y siguiendo la nomenclatura inglesa actual: “*positive psychiatric illness*”³⁷.

Los elementos que la Corte toma en cuenta en la configuración de estas categorías de “*non pecuniary loss*” son las privaciones físicas y síquicas que la víctima padece a consecuencia del daño, el llamado “*the bodily injury sustained*”³⁸.

³⁴ Casos en esta línea: “*West v Shepard*” de 1964 AC 326, 365; “*Fletcher v Autocar and Transporters Ltd*” de 1968, 2 QB 322, 336C-E, 341-342, 364 B-C; “*Charlesworth & Percy on Negligence*” (8th ed 1990) para 4-98.

³⁵ HEDLEY STEVE (2008) *Tort*, Oxford, Core Text Series, séptima edición, p.71.

³⁶ Los precedentes a partir de los cuales ha comenzado a variar este concepto son: “*Hinz v. Berry*” (1970) 2 QB 40; “*McLoughlin v O'Brian*” (1982) 2 All ER 298; “*Attia v British Gas*” (1987) 3 All ER 455.

³⁷ Para una lúcida visión de la relación de causalidad en el sistema de Torts en el Common Law, Vid. CORRAL TALCIANI, HERNÁN (2008) “La relación de causalidad en el sistema de Torts del Common Law” en *La relación de causalidad*, AAVV Cuadernos de Extensión Jurídica pp 37 y ss.

³⁸ Se utilizan en tal alegación precedentes tan antiguos como: “*Fair v London NW Railway*” de 1869, 21 LT326 y “*Phillips v London & South Western Railway Co*” de 1879, 4 QBD 406, 407.

El dolor de la víctima siempre jugará un rol, porque la demanda es personal y en un caso de “*non pecuniary loss*”, teóricamente estamos ante dos supuestos: “*pain and suffering*” y “*loss of amenity*”. El primero es importante e independiente en dos tipos de casos: a) en el evento de que la víctima pueda demostrar que padece o padeció un tipo de daño y esto le produjo un estrés mental acorde con el daño, y; b) en la hipótesis de que el daño sea menor del que se ha demandado, ya que son menores los casos en que las víctimas sufren daños que no signifiquen una pérdida, por ejemplo, en medio de una cirugía consentida y con anestesia. La distinción es útil porque explica el porqué la víctima que no está en estado comatoso siempre obtiene mayores indemnizaciones en el sistema inglés, ya que el elemento de “*loss of amenity*” es el más importante en la indemnización en estos casos³⁹. No obstante, la falta de conciencia y de capacidad sensitiva hacen imposible la indemnización por el dolor y el sufrimiento padecidos, es decir el “*pain and suffering*”⁴⁰.

6. SOBRE LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

En la sentencia que es materia de este comentario la prueba de la existencia del daño moral fue extraordinariamente escasa, el voto de mayoría estableció que no existe prueba que relacione la supuesta omisión culpable con el resultado dañoso. Incluso la parte recurrente sostuvo que los jueces del fondo le otorgaron valor probatorio a los comprobantes de atención médica por consultas de salud mental y psiquiátrica, pese a que se trata de documentos privados emanados de terceros que no fueron ratificados en el juicio y que nada señalan sobre el estado mental de la demandante, y aun si lo hicieran no acreditan que ello se originara por la actuación de los funcionarios municipales.

³⁹ ROGERS, (2001) “Non-Pecuniary Loss Under English Law”, en Rogers Horton editor, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien/New York, p. 59, n. 14, 2001.

⁴⁰ *House of lords H. West & Son v. Shepard* [1984] AC, 326: “*unconsciousness does not eliminate the actuality of the deprivation of the ordinary experiences and merits of life*”. En el mismo sentido se estima en Austria y Alemania. KARNIER/KOZIOL, (2001) “Non-Pecuniary Loss under Australian Law”, en Rogers Horton editor, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien/New York, pp. 9-10, n° 35-38.

Todo ello parece indicar una vuelta a viejas prácticas en que el daño moral o extrapatrimonial no se probaba en juicio y más bien se presumía. Esto no se sostiene más en la práctica judicial, digámoslo claramente, el daño moral o no patrimonial es un daño más. En consecuencia, ha de ser cierto, real y demostrable. Debe concurrir en él una relación causal entre el hecho que se alega y el perjuicio que se reclama. No tiene un estatuto diferenciado de los daños patrimoniales en cuanto a su prueba, la que por cierto es perfectamente posible⁴¹.

En la prueba del daño moral se puede recurrir a criterios de interpretación de la culpa en la causalidad que van desde la causalidad adecuada, pasando por la previsibilidad del hecho o el daño.

En el fallo que comentamos, y tal como expresa la recurrente, la prueba testimonial resulta del todo insuficiente. En esta causa solo depuso un testigo, sin que reúna los requisitos para constituir una presunción porque sus dichos fueron vagos, de manera que al otorgarle valor probatorio a los dichos de dos testigos, pese a que solo uno de ellos declaró sobre el daño moral y sus dichos fueron vagos, se infringe el artículo 384 N° 1 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 426 de ese texto legal y 1712 del Código Civil.

Precisamente de una prueba correctamente cumplida se hubiera podido establecer si el menoscabo y deterioro de los atributos mentales de la demandante, obedecía o no al hecho que causó el daño, en la especie, si se debía pagar una indemnización por el daño moral que habría sufrido el demandante debido a las aflicciones y malestares experimentados como consecuencia de las actuaciones de los funcionarios municipales, los que le provocaron específicamente estrés y depresión según alegaba, mas no probaba. No basta al derecho de daños en este sentido la simple narración en la demanda de los hechos que causan zozobra o perturbación, sin especificar o explicitar el tipo de menoscabo o deterioro al que se refiere en su relación de causalidad. No basta especificar las características generales de los perjuicios que se alega sufrir, ellas deben vincularse con un hecho⁴².

⁴¹ Esto pese a que aun es práctica en tribunales liberar de esta prueba al demandante. En este sentido, DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS (1997) *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 141.

⁴² "el daño moral como requisito de la acción de responsabilidad debe ser acreditado le-

Tal carga de prueba corresponde al demandante en materia extracontractual, de tal forma que estas alegaciones solo caben ante el juez del fondo. No puede su falencia suplirse con posterioridad, en instancias de casación, tal como lamentablemente parece ser la práctica generalizada. Así, no es de extrañar que la Corte Suprema especifique en esta sentencia que en el recurso de casación en el fondo se denuncia la infracción de los artículos 1702 y 1712 del Código Civil, 346, 384 y 426 del Código de Procedimiento Civil, alegando sobre la valoración que los jueces del fondo hicieron respecto de las pruebas aportadas por su parte, materia que les es privativa y por ello no susceptible de ser revisada por la vía del recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema recalca que no se alega que se invirtiera el *onus probandi* o carga de la prueba, se rechazaran pruebas que la ley admite, o se aceptaran las que la ley rechaza, se desconociera el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna uno determinado de carácter obligatorio o se alterara el orden de precedencia que la ley les diere. Si hubiera sido así, por supuesto que procedería estimar que existe infracción a las normas reguladoras de la prueba.

Nos parece absolutamente correcto el voto de mayoría en esta causa, ya que no hubo una cumplida prueba del daño moral, y sobre todo del hecho que causó tal daño. Simplemente no se comprobó la concurrencia del daño moral alegado. De la misma manera disintimos del voto de minoría que estuvo por confirmar la sentencia recurrida en la parte que acogió la demanda por daño moral, por

galmente. (...) es necesario que se acredite que la violación ha causado un daño; una pérdida efectiva, un menoscabo de las condiciones materiales o inmateriales de la persona afectada" CORRAL TALCIANI, HERNÁN (2003) *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 166. Opinión por lo demás casi unánime en la doctrina nacional. DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN (2001) *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 713 y ss.; RODRÍGUEZ GREZ, PABLO (2005) *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 257; AEDO BARRENA, CRISTIAN (2001) *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Editorial Libromar, pp. 296 y ss; DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS (1997) *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 137 y ss; VERGARA BEZANILLA, JOSÉ PABLO (2000) "La mercantilización del daño moral", en *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, Santiago, año 1 (julio 2000), N° 1, pp. 67-79; CÁRDENAS VILLARREAL, HUGO Y GONZÁLEZ VERGARA, PAULINA (2006) "La prueba del daño moral en el proceso de daños" en *Estudios de Derecho Civil*; BARROS, E. (2006), *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, p. 231, entre otros.

estimarse en este que los documentos en que constan las atenciones psiquiátricas recibidas por la demandante, como su inclusión al GES por padecer depresión y los dichos de los testigos presentados por esa parte (uno solo) constituyen presunciones graves, precisas y concordantes que permiten acreditar la depresión que la demandante sufrió como consecuencia del actuar de los funcionarios municipales. Esta, la depresión, puede tenerse por acreditada, pero el problema es que las presunciones con que se demostró, no necesaria e inequívocamente establecen una relación de causalidad entre el hecho dañoso, la depresión y los efectos que se califican como daño moral o no patrimonial. Son muchas las razones que pueden concurrir en una depresión, la pregunta aquí es, por tanto, ¿hay relación de causalidad probada entre la errada interpretación por parte de los funcionarios municipales y el daño extrapatrimonial o moral alegado por la demandante? Si la hubo, no quedó probada en juicio de modo inmediato o directo, y esto es lo que los jueces del fondo debieron valorar en su sentencia e indemnización.

No está de más recordar aquí que la regla “*res ipsa loquitur*”, si bien es cierto logra atenuar la carga de la prueba porque el daño no patrimonial “habla por sí mismo”, en caso alguno releva totalmente de prueba a quien corresponda la carga. En efecto, no es posible alcanzar certeza a través de presunciones sin fundamento fáctico⁴³. Son los hechos acreditados en juicio los que crean elocuencia, de ellos salen las presunciones. Estas tienen un concepto y estructuras propias que no coinciden con la operación, más amplia, de la valoración en general de la prueba; no pueden confundirse. Lo que se deduce, lo es desde un hecho probado en juicio. La valoración de la prueba, en cambio, es un juicio cualitativamente distinto sobre el conjunto total de los hechos ya probados (no sobre los hechos “no probados”, como si se tratase en sí de un nuevo medio de prueba). No se puede simplemente declarar el dolor o el sufrimiento tenido por un suceso que causó el autor del daño (valoración de la prueba) sino que la presunción se construye a partir, precisamente, de la demostración del hecho desde el cual se construye la presunción. Esos hechos no surgen, tampoco y con mayor razón, de meras declaraciones en una demanda.

⁴³ Así por lo menos lo explican las modernas teorías procesales, Vid. SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, PEDRO (2007) “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, AAVV, Tirant Monografías 502, p. 102.

7. CONCLUSIONES

1. Para que la indemnización en dinero, en un caso como este, pueda otorgarse por equivalencia al perjuicio irrogado a quien no pudo usar su estacionamiento, debe probarse la concurrencia del daño extrapatrimonial. No basta presumirlo. Esto ayuda a serenar demandas de cuantías sobrevaloradas por quien las reclama.
2. La relación de causalidad debe quedar demostrada en el juicio de responsabilidad. Para el derecho de daños la simple narración en la demanda de los hechos que causan zozobra o perturbación, sin prueba específica o explícita del tipo de menoscabo o deterioro que se alega, no debe dar lugar a una indemnización por daño no patrimonial. No resulta suficiente enumerar las características generales de los perjuicios que se alega sufrir, ellas deben vincularse con un hecho que es causa del daño y sus consecuencias para la víctima.
3. El daño extrapatrimonial y su causalidad son materia de prueba, aunque sea materia de presunción, lo que requiere probar el hecho en que se sustenta. No es suficiente ni una valoración general de la prueba ni menos la sola declaración de la parte demandante.
4. El dinero que se entrega a título de indemnización tendría, en tal caso, como única función, ofrecer bienes de características diferentes que procuren otras satisfacciones a la víctima del daño no patrimonial. No es objetivo de tal indemnización volver a la víctima al estado anterior, ello es imposible. Esta es también la experiencia del *Common Law* en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, Cristian (2001): *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Editorial Libromar, pp. 296 y ss
- ÁLVAREZ VIGARAY (1966): “La responsabilidad por daño moral”, en A.D.C., 1966, pp. 81 y ss.

- BARRIENTOS, Marcelo (2007), Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, en *Rev. chil. derecho*, Santiago, v. 34, n. 1, abr. 2007. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100002&lng=es&nr_m=iso>. Accedido en 02 abr. 2012. doi: 10.4067/S0718-34372007000100002.
- BARRIENTOS, Marcelo (2011), “Notas históricas del daño moral o extrapatrimonial en el Derecho romano germánico” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, Tomo I, Editores científicos Patricio-Ignacio Carvajal y Massimo Miglietta, Edizioni dell’ Orso, pp. 243-265.
- BARROS, E. (2006), *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pp. 231.
- BURROWS (1994), “*Remedies for torts and breach of contract*”, London, 1994, p. 190.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y GONZÁLEZ VERGARA, Paulina (2006): “La prueba del daño moral en el proceso de daños” en *Estudios de Derecho Civil*.
- CARRASCO PERERA (2011): “Comentario al Código Civil”, en Cizur Menor, Navarra, Aranzadi.
- CHARTIER (1983) “*La réparation du préjudice*”, Paris, Dalloz, 1983), pp. 158-159
- COMANDÉ, G. (1999) *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, Italia
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003) *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 166.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2008) “La relación de causalidad en el sistema de Torts del Common Law” en *La relación de causalidad*, AAVV Cuadernos de Extensión Jurídica pp. 37 y ss.
- DANZL (1987) *Das Schmerzensgeld in der Rechtprechung des OLG-Innsbruck*.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Universidad de Deusto/Civitas, Madrid, p. 698.

- DÍEZ PICAZO, Luis (2008) *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 1ª Edición, 102 p.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1979) “La responsabilidad civil hoy” en *Anuario de derecho civil*, Vol. 32, Nº 4, pp. 727-738.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (1997) *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 141.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2001) *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 713 y ss.
- FUEYO, Fernando (1990) *Instituciones de Derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 111.
- GOODIN (1989) “Theories of compensation”, 9, “*Oxford Journal of Legal Studies* 56”, p. 60.
- HEDLEY STEVE (2008) *Tort*, Oxford, Core Text Series, séptima edición, p. 71.
- JÜLCH (1978) *Die Funktion des Schmerzensgeldes*, Saarbrücken, Dissertation, pp. 118 y ss.
- KARNIER/KOZIOL (2001) “Non-Pecuniary Loss under Australian Law”, en Rogers Horton editor, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien/New York, pp. 9 y ss.
- KEMP & KEMP (1995) *The Quantum of Damages in Personal Injury and Fatal Accidents Claims*, London.
- KÖNDGEN (1976) *Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*, Berlin, Duncker und Humblot, pp. 118 y ss.
- LARENZ, Karl (1959) *Derecho de las obligaciones*, T. II, Madrid, traducidos por Santos Briz, p. 640.
- LLAMAS POMBO, Eugenio (1999) *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, p. 295.
- LAW COMMISSIONS’ S REPORT, (1995) *Damages for Personal Injury: Non Pecuniary Loss, A Consultation Paper*, Law Commission, Nº140, London, p. 9.
- MACÍAS CASTILLO (2004) *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, p. 431.

- MARKESSINIS AND S.F. DEAKIN (2008), *Tort law*, Oxford, 6rd edition, pp. 999 y ss.
- MARKESINIS, B., COESTER, M., ALPA, G., ULLSTEIN A. (2005) *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, Inglaterra
- MARTÍN-CASALS, Miquel (1990) “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, CEURA, Madrid, pp. 1231 y ss.
- MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J., SOLÉ J. (2003) “Compensation for Personal Injury in Spain”, en *Tort and Insurance Law*, Vol. IV, Bernard Koch y Helmut Koziol (eds. Coord.), editado por el “European Centre of Tort and Insurance Law”, Springer-Verlag/Wien, Austria, pp. 245 y ss.
- MONATERI, G. (1998) “La responsabilidad civile”, en Sacco, R. (dir. coord.), *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, pp. 477-489.
- PUIG BRUTAU (1997) *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, p. 187.
- RAVAZZONI, Alberto (1962) *La Riparazione del Danno non Patrimoniale*, Casa Editrice Giuffrè. Milano, Italia. p. 152.
- ROCES (1928) “Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho español” realizadas a la obra de FISHER (1928) “*Los daños civiles y su reparación*”, Madrid, pp. 298-299.
- ROGERS (2001) “Non-Pecuniary Loss Under English Law”, en Rogers Horton editor, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien/New York, pp. 55, n. 1 y ss.
- RODIERE (1952) *La responsabilite civile*, París.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2005) *Responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 257.
- SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro (2007) “Las presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, AAVV, Tirant Monografías 502, p. 102.

- SAVATIER (1951). *Traite de la responsabilite civile*, segunda edición, París, p. 221.
- SAVIGNY (1912). *Le obbligazioni* (trad. di Pacchioni), II, Torino, Italia, V. II, p. 277.
- STARCK (1985). “*Droit civil*”. Obligations, 1 (*Responsabilité délictuelle*) (por Roland y Boyer), Paris, pp. 63 y 64.
- VERGARA BEZANILLA, José Pablo (2000). “La mercantilización del daño moral”, en *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, Santiago, año 1, N° 1, pp. 67-79.
- VICENTE, DOMINGO, Elena (1994). *Los daños corporales: tipología y valoración*, J. M. Bosch, Barcelona, p. 323.
- VICENTE DOMINGO, Elena (2003). “El Daño” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, L. Reglero Campos Editor, segunda edición, pp. 234 y ss.
- VON BAR C. (2000). *The Common European Law of Torts: Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality, and defences*, Oxford University Press, p. 186, note 163.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (1993). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Editorial Reus, Madrid, vol. I, p. 19.