

---

DOCTRINA

---

## LA MERCANTILIZACIÓN DEL DAÑO MORAL<sup>1</sup>

**José Pablo Vergara Bezanilla**

Estamos asistiendo al inquietante fenómeno de la mercantilización del daño moral. Las desmedidas indemnizaciones que, en forma creciente, reclaman los demandantes ante los tribunales de justicia, especialmente en contra del Estado, elevándolas, con impresionante uniformidad, no sólo a una o más decenas de millones, sino que a varias centenas o miles de millones de pesos, son una demostración palpable de esa tendencia a la especulación. La indemnización se está transformando, así, en un objeto mercantil, sometido al espíritu de lucro que es propio de la actividad comercial.

Piensan los demandantes –y no siempre sin razón– que los tribunales se sentirán inclinados a concederles un porcentaje de lo que cobran. Por eso, no vacilan en elevar sus pretensiones a cifras fuera de toda realidad. La audacia juega un rol importante en el resultado y la indemnización pasa a constituirse en una fuente de lucro o ganancia que excede los límites de lo que, jurídica y racionalmente, debe ser una reparación. Poco importa especular con la desgracia. La sociedad, conmovida por el infortunio, ampara al especulador. Los que así proceden suelen tener éxito, dependiendo éste también de la mayor o menor capacidad de dramatizar el daño y sus efectos que tenga el redactor de la demanda o los testigos que depongan en el juicio por el actor.

Pareciera que la ley sociológica de los extremos ha realizado aquí, también, su obra. De la no muy lejana tendencia a rechazar la indemnización del daño moral, se ha pasado a la exageración actual de reclamarla y

---

<sup>1</sup> El presente artículo fue publicado en la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 1, del año 2000, pp. 177-178.

**Este texto, así como los que siguen, han sido reproducidos en sus versiones originales, teniendo presente las normas y jurisprudencia vigentes a la época de su publicación.**

concederla sin moderación ni prudencia, con una ilimitada discrecionalidad, no reconocida ni otorgada por precepto legal alguno.

## **I. Causas del fenómeno**

Intentaremos, a continuación, señalar, a grandes rasgos, las causas que, según creemos, están contribuyendo a la producción del fenómeno mencionado.

## **II. La cultura del enriquecimiento fácil**

Una de esas causas es, sin duda, la cultura de la ganancia fácil o del exagerado culto al dinero que, lamentablemente, domina en la sociedad actual. Con tal de obtener mayores ingresos o ganancias, no se trepida en los medios. Poco importa que la indemnización demandada sea exorbitante: hay que aprovechar la oportunidad para sacar de ella el mayor provecho posible, aunque se la desvíe de su finalidad natural y de su razón de ser. Como si el dinero fuera el universal dispensador de la felicidad.

## **III. La errónea concepción práctica del daño moral**

Contribuye, también, al mismo fenómeno, el concepto que suele asignarse al daño moral. Se dice que éste consiste en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona como consecuencia de la conducta ajena. Se pone el acento en el sufrimiento o dolor y a éste se le asigna un precio: “*pretium doloris*”, como si el dolor y el sufrimiento fueran la causa del daño, y no lo que realmente son, esto es, la consecuencia o el efecto de la injuria o lesión que se ha inferido a los derechos extrapatrimoniales de la persona.

Esta concepción, por su vaguedad, abre amplio campo a toda clase de pretensiones desmedidas, puesto que a cualquier molestia o pesar se le atribuye el carácter de daño moral indemnizable, como si no fuera inherente a la vida humana el experimentar, a menudo, tales pesares o molestias. Por otra parte, no hay ninguna claridad sobre los criterios o patrones que permitan medir cualitativa y cuantitativamente el dolor experimentado. ¿Existe éste, en qué medida ha afectado al sujeto, cuánto durará? Es imposible determinarlo. Ello es esencialmente subjetivo, ya

que cada persona tiene una reacción distinta ante el dolor. No existe ni se ha inventado aún “*el dolorómetro*”, decía con ironía, y a la vez con realismo, un jurista argentino; y por ello todo queda en el terreno de la apreciación arbitraria, inaceptable como criterio de valoración jurídica.

El dolor moral, como el físico, es superable. Se ha dicho que, incluso, puede convertirse “*en un camino de crecimiento y desarrollo y en una experiencia enriquecedora de la propia vida*”. “*Ni el dolor ni el sufrimiento se oponen a la felicidad. Por el contrario, más bien ésta los supone, ya que es en el crecimiento de la desdicha donde se conquista la felicidad*”. Esta, “*en el fondo, es una actitud ante la vida que se caracteriza, precisamente, por la capacidad de superar lo precario y la vulnerabilidad inevitable de la existencia*”<sup>2</sup>.

Todo esto demuestra la insuficiencia de la concepción del daño moral basada en la idea del dolor, pesar o molestia, y lo poco consistente que ella resulta ante el derecho para fundar la responsabilidad civil y consiguientemente para erigirse en fuente de la obligación de indemnizar.

#### IV. El concepto jurídico

Cabe, entonces, preguntarse en qué consiste el daño moral. No es ésta, ciertamente, una tarea sencilla, por los distintos criterios y vacilaciones que muestra al respecto la doctrina.

Con todo, hay que considerar, como punto de partida, que, a diferencia del daño material, que se refiere a la lesión o detrimento inferido a un bien con significado económico o pecuniario y que, por tanto, afecta al patrimonio del que lo sufre, el daño moral existe cuando el bien lesionado es de naturaleza extrapatrimonial o inmaterial y, por lo mismo, no apreciable en dinero. Al decir de Lalou, la distinción entre el daño material y el daño moral corresponde a la gran división de los derechos en patrimoniales (derechos reales y personales) y extrapatrimoniales (de-

---

<sup>2</sup> Sergio Peña y Lillo, “*El temor y la felicidad*”, Editorial Universitaria, Santiago, 1989.

rechos de la personalidad y de familia)<sup>3</sup>. Así lo afirma, también, Fueyo: “*Los derechos son patrimoniales o extrapatrimoniales; de la agresión a estos últimos, que constituyen el bien jurídico protegido, nace el daño extrapatrimonial que deberá repararse. De este modo entiendo este punto de forma simple. A la vez queda descartado el fundamento del “doloris pretium” o “precio del dolor”... Además, en lo extrapatrimonial cabe la agresión a la persona física o psíquica en sentido amplio*”<sup>4</sup>.

En consecuencia, el daño moral se caracteriza por atentar contra los derechos de la personalidad y contra los no patrimoniales de familia, lo que significa que él consiste en la lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, estabilidad y unidad familiar, esto es, en general, en los atributos o cualidades morales de la persona, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia.

No puede considerarse, entonces, que el dolor o el sufrimiento constituyan por sí solos un daño moral, si no van unidos al detrimento, real y probado, de alguno de aquellos atributos o derechos inherentes a la personalidad.

De aquí que, contrariamente a lo que suele afirmarse, el solo detrimento, merma o pérdida de bienes o intereses pecuniarios o materiales –como ocurre generalmente tratándose de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación de origen contractual o legal– no constituye daño moral, aunque pueda causar sufrimiento o pesares, ya que la lesión o deterioro patrimonial no afecta a los atributos o cualidades de las personas. Por otra parte, como opina Lorenzo de la Maza, “*el contrato no es un instrumento de satisfacciones de orden moral o espiritual, sino de creación, circulación y distribución de bienes y servicios*”<sup>5</sup>. De aquí que su infracción sólo se refiera a la esfera económica de la relación jurídica, y, en consecuencia,

<sup>3</sup> Citado por Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, en “*Tratado de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*”, tomo 1º, volumen 1º, Buenos Aires, 1961, p. 425.

<sup>4</sup> Fernando Fueyo Laneri, “*Instituciones de Derecho Civil Moderno*”, Ed. Jur., 1990, p. 52.

<sup>5</sup> Lorenzo de la Maza Rivadeneira, “*La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica*”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15, N° 1, p. 29, nota 8.

sólo puede ser apta para producir daños materiales y no morales. Sin embargo, excepcionalmente, cuando se trata de contratos que, por su naturaleza, impongan la obligación de seguridad de uno de los contratantes, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de transporte de personas, que envuelve la obligación de llevar al pasajero sano y salvo al lugar de su destino, es posible que el incumplimiento de ésta sea fuente de daño moral.

Nos referimos, por cierto, al daño puramente moral o daño moral en sentido estricto, y no al que, con impropiedad, se denomina daño moral con efectos o repercusiones económicas o pecuniarias —como ocurre en el caso de la cónyuge que se ve privada de los recursos que, para su manutención, le proporcionaba la víctima— ya que este último pertenece a la categoría de daño material o patrimonial y no es, por tanto, daño moral.

## V. La prueba del daño moral

El fenómeno de que estamos tratando se ha visto acrecentado, también, por los criterios benévolos y aun extralegales que usualmente se aplican con respecto a la prueba del daño moral. Suele creerse que éste no necesita prueba atendido que el juez contaría con amplia discrecionalidad para darlo por establecido y apreciarlo. Esta creencia, que obviamente sirve de estímulo al cobro de indemnizaciones improcedentes o desmedidas, carece de asidero. Como ha dicho Fueyo, sobre este punto se “*creen dos cosas erróneas: a) que lo discrecional es una simple declaración estimativa, de carácter subjetivo, sin fundamentación alguna, como quien calcula “a ojo de buen cubero”, y b) que este tipo de daño no requiere prueba alguna conducente a señalar de qué modo se produce tal daño extrapatrimonial*”<sup>6</sup>.

El mismo Fueyo agrega 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*”; y que “*la necesidad de insistir en lo expresado nace del hecho muy corriente de*

<sup>6</sup> Fernando Fueyo Laneri, “*Interpretación y Juez*”, Santiago, 1976, p. 73, nota 116.

*encontrarnos con la frase siguiente: “el daño moral no requiere prueba; se presume”. Es realmente un error grave”<sup>7</sup>.*

La razón de lo expresado es simple: no existen en nuestro derecho normas especiales sobre la prueba del daño moral y, en consecuencia, rigen sin contrapeso las reglas generales. Es por ello que, en primer lugar, para que el daño moral sea indemnizable, se requiere, como ocurre con todo daño, que sea cierto o real y no meramente hipotético o eventual; y en segundo lugar, tiene también plena aplicación, a su respecto, el principio fundamental del “*onus probandi*”, que impone al actor el deber de probar la verdad de sus proposiciones. De aquí que hay que descartar la idea de que el juez pueda suponer el daño moral, como suele ocurrir en la práctica. Es relativamente corriente, en efecto, que algunos tribunales den por establecido el daño moral basándose, para ello, “*en los dolores, sufrimientos o molestias que seguramente (o como es de suponer) ha debido padecer la víctima*”. En esta forma se trasgrede el ya señalado principio fundamental del “*onus probandi*”, que obliga, a quien demanda indemnización, probar el agravio, la certeza y realidad del mismo, su entidad y magnitud y las consecuencias que de él se han derivado. Se incurre, además, en una suerte de inversión del peso de la prueba, pues se hace recaer en el demandado la prueba del hecho negativo de no haber existido el daño moral; lo que es, también, injusto, ya que normalmente aquel no ha tenido vinculación alguna anterior con el actor y, en consecuencia, ignora las condiciones personales y familiares de éste, haciéndole materialmente imposible controvertir sus pretensiones, aunque los hechos en que éstas se apoyan carezcan de fundamento en la realidad<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Fernando Fueyo Laneri, “*Instituciones de Derecho Civil Moderno*”, ob. cit., pp. 105-106.

<sup>8</sup> Jorge Peirano Facio, tratadista de conocido prestigio, profesor de la Universidad de Montevideo, en su obra “*Responsabilidad Extracontractual*”, refiriéndose al régimen del daño moral, expresa que “*no existiendo en la ley ninguna diferenciación especial en lo que se refiere a las categorías de daños patrimoniales y morales, no debería plantearse cuestión atinente a si el daño moral debe mantener un régimen especial*”. Y agrega que “*respecto a estas cuestiones cabe señalar que ellas no ofrecen desde el punto de vista teórico dificultades especiales: el daño moral debe estar sometido a las prescripciones generales relativas al daño en el sentido de su certeza, extensión, etc.*”; señalando, además, que, incluso, debe también estarlo en lo que se refiere a la prueba (3ª. edición, Bogotá, 1981, p. 399).

Suele acontecer, asimismo, que en los casos de daño moral causado a los parientes, se lo dé por establecido sobre la base de suponer, por el solo hecho del vínculo de parentesco, la existencia del afecto y de la unidad familiar entre la víctima y las personas que reclaman la indemnización. Esto es del todo improcedente, ya que tal suposición es ficticia. Como señala Fueyo, en estos casos debe acreditarse la correspondiente relación familiar, la agresión al derecho de familia propiamente tal, y de qué modo dicha agresión fue substantiva y efectiva –no sólo presunta– dada la estrecha vinculación que los unía y que se revelaba en forma notoria y pública. “*Podría ocurrir, supuestamente –y así sucede a veces–, agrega Fueyo, que la muerte de mi hermano no constituya en verdad un agravio a un sentimiento familiar mío, pues me llevaba mal con él, visiblemente; hasta habíamos tenido frecuentemente riñas y aun pleitos escabrosos entre nosotros. Lejos de sentir un agravio, a lo mejor resulta para mí un alivio o solución dicha muerte. ¿Por qué, además, me habrían de pagar por su muerte en tales circunstancias?*”<sup>9</sup>

Tan es así, que el Código Penal describe diversas figuras penales basadas, precisamente, en la deslealtad familiar y en la ruptura de la unidad y del afecto entre parientes (aborto, abandono de los hijos, adulterio, lesiones, parricidio, etc.); y que también las leyes civiles son expresivas en demostrar las desarmonías y rupturas que suelen existir entre cónyuges y entre padres e hijos. Recuérdense las causales de divorcio (malos tratamientos, autoría, instigación o complicidad en la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge, el abandono del hogar, etc.), y las de emancipación judicial (maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño, abandono del hijo, etc.) sin mencionar también las reglas relativas al derecho de alimentos que están basadas en el incumplimiento del deber de socorro entre personas ligadas por vínculos cercanos de parentesco. Todo esto permite afirmar que es tan irreal suponer, *a priori*, que las relaciones de familia están siempre marcadas por el afecto y la unidad familiar, como suponer lo contrario.

---

<sup>9</sup> Ob. cit., pág. 107.

Para la prueba del daño moral es ciertamente legítimo recurrir a las presunciones, a condición de que ellas estén basadas en hechos reales y probados y no en meras suposiciones<sup>10</sup>. Por consiguiente, la sola conjetura, tan frecuente en la práctica, de que el demandante ha debido padecer un daño moral dadas las circunstancias del hecho o su parentesco con la víctima, no constituye una presunción judicial válida para darlo por establecido. De aquí que, como con razón expresa Fueyo, para acreditar el daño moral por medio de presunciones éstas “*se deducirán por el juez de hechos materiales debidamente acreditados, por los medios legales, en el expediente respectivo, no según deducción en el vacío y discurriendo sólo en abstracto, al margen de una realidad procesal. Sería como dar por cierto lo que pueda ser falso o a lo menos dudoso*”<sup>11</sup>.

## VI. Naturaleza de la indemnización

Entre los factores que influyen en la exagerada cuantificación del daño moral cabe agregar el concepto, poco claro o erróneo, que se tiene sobre la verdadera naturaleza de la indemnización a que da lugar.

En términos generales, la indemnización de perjuicios tiene por objeto restablecer el equilibrio destruido por el hecho ilícito, otorgando a la víctima un valor equivalente a la cuantía del daño sufrido, para ponerla en el mismo estado que tenía antes del acto dañoso. La indemnización no debe, pues, exceder del monto del perjuicio, esto es, no puede ser fuente de lucro o ganancia para quien la demanda. Si obtiene el reintegro de lo que efectivamente perdió –daño emergente– y de lo que realmente dejó de percibir como consecuencia inmediata o directa del hecho ilícito –lucro cesante–, el patrimonio de la víctima no sufre menoscabo y, por tanto, el daño desaparece y se satisface plenamente la finalidad de la indemnización.

---

<sup>10</sup> Se ha resuelto, en efecto, que para establecer una presunción judicial se requiere la existencia de un hecho real y debidamente probado, que sirva de base para deducirla. V. gr., Corte Suprema, 24 de junio de 1970, R.D.J., tomo 67, Secc. 1<sup>a</sup>, p. 219.

<sup>11</sup> Ob. cit. (Instituciones), p. 107.



Cuando se trata del daño material o pecuniario, la aplicación de estos principios no ofrece mayor dificultad, ya que la determinación de los perjuicios puede hacerse con relativa precisión.

No ocurre lo mismo, en cambio, tratándose del daño puramente moral, puesto que, por afectar a bienes extrapatrimoniales o inmateriales y, por lo mismo, no apreciables en dinero, la indemnización no hace desaparecer el daño, ni tampoco lo compensa en términos de poner a la víctima en situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquél.

En consecuencia, el daño moral no se borra por obra de la indemnización. La pérdida o lesión producida por él permanece, a pesar de la indemnización. El dinero no hará desaparecer, por ejemplo, la pérdida de un hijo.

Si a la indemnización del daño moral no cabe atribuir, entonces, un carácter propiamente reparatorio, quiere decir que su función es otra. Está dirigida a dar, a quien ha sufrido el daño, sólo una satisfacción de reemplazo. Hace ya tiempo que la doctrina se inclina por estimar que esta indemnización es meramente satisfactiva. Así lo señala Louis Josserand<sup>12</sup> y lo reconocen también Henri y Léon Mazeaud y André Tunc<sup>13</sup>. Fueyo, por su parte, al tratar de la naturaleza de la reparación del daño extrapatrimonial, se expresa así: “*Descartemos que sea una reparación compensatoria del modo que se entiende en el derecho patrimonial, pues aquí resulta de partida absurdo compensar, esto es, fijar una medida*

---

<sup>12</sup> En su “*Derecho Civil*”, en efecto, expresa este profesor francés: “*Si los daños y perjuicios reclamados por los parientes de la víctima de un accidente no son la exacta representación del perjuicio sufrido, son por lo menos su contrapartida aproximada; si no son compensatorios, son satisfactorios, representan el precio del dolor*”, Schmerzengald, o si se quiere, y para emplear la fórmula del Consejo de Estado, “*la perturbación causada en la familia*” (tomo II, volumen I, Buenos Aires, 1950 N° 442, p. 331).

<sup>13</sup> En su “*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*”, estos profesores de la Facultad de Derecho de París expresan: “*Reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio*” (tomo I, volumen I, Buenos Aires, 1961, N° 313, p. 438).

*igual o equivalente, siendo que el daño mismo que ha de indemnizar no es susceptible de medición exacta. En contraposición, se trata simplemente de una indemnización satisfactiva, esto es, que intenta “satisfacer” a la víctima. Tomado este verbo justamente en dos de sus acepciones oficiales, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, resulta lo siguiente: a) “hacer una obra que merezca perdón de la pena debida”; y b) “adquirir y sosegar las pasiones del ánimo”<sup>14</sup>. Y agrega más adelante: “Gracias al dinero, la víctima que lo recibe puede procurarse satisfacciones materiales y espirituales”, indicando algunos ejemplos, “como vacaciones, un viaje a lugares que lo atraen, la adquisición de un medio de movilización propio, (...)” y otros semejantes, concluyendo en que todo ello puede crear tranquilidad, bienestar, entretenimiento, “en una palabra, satisfacciones espirituales hondas”<sup>15</sup>. En sentido similar opinan Mazeaud y Tunc, al señalar, como ejemplo de satisfacciones, que el dinero puede proporcionar a la víctima, un viaje, distracciones, un enriquecimiento intelectual o artístico, aliviar muchos sufrimientos, atenuar su pena en el consuelo que llevará a niños desventurados, u otras menos abstractas que le producirán cierto consuelo (un aparato de radio, un automóvil)<sup>16</sup>.*

Como se advierte, la indemnización del daño puramente moral no se determina cuantificando, en términos económicos, el valor de la pérdida o lesión experimentada, sino sólo otorgando a la víctima una satisfacción, ayuda o auxilio que le permita atenuar el daño, morigerarlo o hacerlo más soportable, mediante una cantidad de dinero u otro medio, que en su monto o valor sea compatible con esa finalidad meramente satisfactiva. Mazeaud y Tunc señalan, incluso, que existen sentencias de tribunales franceses que han considerado que los jueces tienen siempre libertad para estimar que la condena a un franco, por daños y perjuicios, y a las costas del litigio, es suficiente reparación del daño moral<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Ob. cit. (Instituciones), p. 110.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>16</sup> Ob. cit., pág. 439.

<sup>17</sup> Dicen, al respecto, dichos autores: “Cabe, por lo demás, que la concesión de sumas mínimas baste para reparar el daño moral. La condena a un franco, por daños y

En consecuencia, la actual tendencia a reclamar desmedidas indemnizaciones, que en el hecho, más que dar satisfacciones, significan producir desmesurados incrementos patrimoniales a favor del o de los demandantes, se aparta enteramente de la finalidad meramente satisfactiva que debe tener la indemnización del daño moral; y lo que es más inaceptable, transforma a ésta en una fuente de lucro o ganancia para quien la recibe, lo que es inconciliable, como antes se dijo, con el objeto que están llamadas a cumplir todas las formas de indemnización de perjuicios.

## VII. La indemnización no es pena

En estrecha relación con el tema a que se refiere el capítulo anterior, se encuentra la tesis, afortunadamente no muy extendida, pero con frecuencia implícita en el ánimo de los demandantes y aun en el de algunos jueces, de que la indemnización del daño moral constituye una pena.

Tal tesis no tiene ningún fundamento en nuestro ordenamiento jurídico y merece ser desecheda por ilegal y regresiva.

Desde luego, con ella se incurre en una manifiesta confusión entre la responsabilidad civil y la penal, ya que la imposición de penas sólo es propia de esta última. La sanción penal persigue el castigo del culpable mediante la aplicación de una pena, en tanto que la sanción civil tiene por objeto exclusivo la indemnización de los daños. El art. 2314 del Código Civil lo precisa claramente al disponer: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*. Como se ve, este precepto deja nítidamente establecido que una cosa es la indemnización de

---

*perjuicios, puede encubrir a veces el rechazamiento de la acción. Pero está lejos de resultar siempre exacto. El franco es, como se ha dicho, “simbólico”. Le permite al juez infligirle un mal a una de las partes; le hace sufrir a ésta una “condena”. Eso es bastante, con mucha frecuencia, para que se encuentre “reparado” el daño moral sufrido por la víctima. Esta, por otra parte, no suele demandar otra cosa. Aun cuando reclama algo más, los jueces tienen libertad siempre para considerar que la condena a un franco, por daños y perjuicios, y a las costas del litigio, es suficiente; y con frecuencia, al proceder así evitarán justamente el darle a la condena civil el carácter penal que no debe tener”* (Ob. cit., N° 319, p. 446).

perjuicios y otra muy distinta la pena. Si la indemnización se concede sin perjuicio de la pena, es porque ella no constituye una pena.

Afirmar lo contrario significa, pues, transformar la responsabilidad civil en responsabilidad penal, con el agravante de que ello importa una regresión a la época de las penas privadas. Como dice Alessandri, “*la pena no es ya el precio o rescate de la venganza que pudo ejercer la víctima, es una medida de defensa social*”. La indemnización, “*que puede existir independientemente de la pena que corresponda al culpable, no tiene el carácter de pena, ni es tampoco el precio de la venganza, es lisa y llanamente una reparación*”<sup>18</sup>. Más adelante, el mismo autor, refiriéndose a la relación entre la gravedad del hecho y el monto de la reparación, expresa: “*El monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho. La culpabilidad del agente no tiene influencia alguna en él: cualquiera que sea, tratase de un delito o cuasidelito, sea la culpa lata, leve o levisima, la reparación no puede aumentarse ni disminuirse en atención a ella. La reparación no es una pena, es el resarcimiento del daño causado y debe ser completa*”<sup>19</sup>. Y agrega que las sentencias que toman en cuenta la culpabilidad del agente, son una manifestación de la tendencia a considerar la reparación en ciertos casos como pena privada.

Por otra parte, si la indemnización de perjuicios fuera una pena, sería una pena que iría en beneficio de la víctima, lo que es totalmente extraño a nuestro ordenamiento jurídico, en el que jamás las sanciones pecuniarias ceden en beneficio particular, salvo en los casos muy excepcionales en que la ley dispone expresamente lo contrario.

Cabe señalar, igualmente, que los tribunales civiles no están investidos de un poder de represión que les permita imponer penas; y sería afirmar exactamente lo contrario si se pretendiera dar al juez la facultad de regular el monto de la indemnización considerándola una pena. Aparte de que con ello se le estaría otorgando la potestad de aplicar penas indeterminadas, no establecidas expresamente por la ley.

---

<sup>18</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, “*De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*”, Santiago, 1943, N° 62, p. 101.

<sup>19</sup> Ob. cit., N° 455, 1°, p. 545.

En resumen, la indemnización de perjuicios no es una sanción penal, sino una sanción civil destinada a satisfacer a la víctima por el daño moral que se le ha inferido y, en consecuencia, no constituye pena, ni puede ser aumentada teniendo en vista la gravedad de la culpa. Es válida, por eso, la advertencia formulada por Alessandri respecto de los factores que el tribunal debe considerar para determinar la indemnización pecuniaria en caso de daño moral: *“En todo caso, el juez, al avaluar este daño, debe proceder con prudencia, tanto para evitar los abusos a que esta reparación puede dar origen, cuanto para impedir que se transforme en pena o en un enriquecimiento sin causa para quien la demanda”*<sup>20</sup>.

### VIII. La influencia foránea

El ejemplo de países altamente desarrollados, cuyos tribunales o jurados suelen acordar suculentas y lucrativas indemnizaciones en las causas por daños personales, es otro de los factores que está influyendo en el fenómeno que nos ocupa.

La imitación de tales ejemplos y su consideración como precedentes válidos entre nosotros, no se justifica en absoluto, tanto por el elevado nivel de vida y de ingresos existentes en esos países, como por la distinta estructura legal que, en algunos de ellos, tiene el régimen indemnizatorio. Así, en ciertos sistemas jurídicos extranjeros, especialmente en los basados en el derecho consuetudinario, como ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica, se contempla la peculiar institución que, en una traducción libre, ha sido denominada *“el daño punitivo”*, que consiste en otorgar, además de la indemnización ordinaria y sumándola a ella, una compensación adicional en el carácter de pena y con propósitos ejemplarizadores y disuasivos, cuando se trata de hechos particularmente reprehensibles por su gravedad o por el grado de malicia o culpa del responsable. En esta forma se incrementa considerablemente, por vía de pena o de castigo, la indemnización que debe satisfacer el ofensor, lo que explica los elevados montos que, a veces, alcanzan los pagos que ordenan los tribunales de ese país.

---

<sup>20</sup> Ob. cit., N° 473, p. 565.

De más está decir que ese sistema de reparación es enteramente inaplicable en Chile, porque, como se dijo, los tribunales no pueden imponer penas que no estén expresamente establecidas por la ley, y por las demás razones ya señaladas en el capítulo anterior.

Cabe agregar, sin embargo, que, incluso en aquel país, el referido sistema ha sido objeto de severas críticas, por estimarse que fomenta la cultura del litigio muy difundida en esa sociedad y que estaría bien servida en el régimen judicial norteamericano. Se ha dicho que *“el miedo obsesivo a los riesgos, las expectativas crecientes de una vida libre de incomodidades y la atracción que ejerce culpar a otros, ha hecho que los juicios aumenten más rápido que la población en las décadas recientes”*. Se agrega que el *“sistema de otorgar daños punitivos a la vez que daños nominales, compensando a la víctima en exceso del daño causado en sí, aumentó considerablemente las apuestas en el juego de la culpa”*, y que *“de esa manera, el más pequeño desengaño, sea por una calumnia, la pérdida de un empleo, una esposa infiel, una lata de cerveza maloliente, una caída dentro del supermercado, con causas suficientes para reclamar grandes sumas de dinero”*. Los críticos manifiestan opiniones tan duras como las siguientes: *“Los juicios se han convertido en una alternativa ligeramente más civilizada que alquilar un matón”*; *“mientras en el pasado los norteamericanos acostumbraban a mirar héroes vaqueros en la televisión, haciendo justicia con su revólver, ahora ven programas de televisión donde los abogados ganan juicios en las cortes”*; *“los juicios son un buen negocio no sólo para los abogados, sino para las víctimas, cuyas nociones de justicia han causado que la marea de juicios triviales escale a nuevas y absurdas alturas”*; *“es raro encontrar a un médico norteamericano al que no hayan entablado alguna demanda: se estima que entre 70 y 80 por ciento de los obstetras han sido acusados de mala praxis”*, etc.<sup>21</sup>. Los ejemplos descritos en la

<sup>21</sup> Ver *“El Miedo de Vivir”*, de Tania Wells, cuya edición en español está publicada por Fundación Centro de Estudios Valparaíso, Ed. Trineo S.A., Valparaíso, 1996. Como ejemplos de patalogía forense, se citan en ese libro, entre otros, los siguientes casos:

- Un hombre se tiró deliberadamente frente a un tren de un subterráneo neoyorquino, entabla juicio, y gana 650.000 dólares porque el tren no paró para evitar lastimarlo.
- Los herederos de un hombre de Massachusetts que robó un auto de un estacionamiento e inmediatamente se mató en un accidente, hacen juicio al propietario del establecimiento por no haber evitado el robo del automóvil.

nota puesta al pie son, también, suficientemente expresivos de un estado de cosas que no parece digno de ser imitado<sup>22</sup>.

A las causas sucintamente señaladas podrían, por cierto, agregarse otras que han estimulado la tendencia perversa, o a lo menos errónea, a transformar la indemnización del daño moral en un medio destinado a proporcionar al ofendido incrementos patrimoniales desmedidos e injustificados, desviándola de su finalidad natural y social. Se la está convirtiendo, así, en un instrumento que pierde legitimidad en la medida en que se lo ejerce en forma abusiva. Si la doctrina moderna repudia el enriquecimiento injusto y el abuso del derecho, no se ve la razón por la cual haya que aceptarlos tratándose del resarcimiento del daño moral.

- 
- Un hombre entabla juicio por un corte de pelo que, según dice, es tan malo que le causó un ataque de pánico y ansiedad y lo privó de su derecho a disfrutar de la vida.
  - Un ciclista de 17 años, conduciendo de noche, sin luces, choca contra un vehículo que dobla hacia la izquierda, y recibe heridas de consideración. Demanda al fabricante de la bicicleta por la omisión de equipar la bicicleta con luces o como alternativa, de advertir que no se debe usar la bicicleta por la noche. Un jurado compasivo le concede 7 millones de dólares.
  - Una mujer entabló una demanda a la Lotería cuando la bolilla con su número salió ganadora y se escurrió del bolillero. Además del dinero del pozo –3 millones de dólares– el jurado le concedió 400.000 dólares en daños y perjuicios por su trauma emocional.
  - (Ver especialmente el capítulo 5, titulado “La cultura de Litigio”, de la obra citada, de la que han sido tomados los ejemplos transcritos).

<sup>22</sup> Me refiero a la nota que precede.