

El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral

COMENTARIO:

Hugo Rosende Álvarez

Profesor Titular de Derecho Civil

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

A. Aspectos relevantes de la sentencia del Tribunal Constitucional

1. Por sentencia de 10 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional resolvió acoger el requerimiento del abogado señor Luis Carlos Valdés Correa para que se declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, en la causa rol N° 2429-2007, caratulada "Valdés con Jaime Irrázabal Covarrubias y otros", que actualmente se tramita ante el Decimotavo Juzgado Civil de Santiago. El fallo fue redactado por el ministro señor Marcelo Venegas Palacios y contiene dos prevenciones de los ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, y una disidencia del ministro señor Francisco Fernández Fredes.

2. Los antecedentes de la gestión pendiente en la que se solicita la declaración de inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil, según lo expresa el requirente, son: que por "diversos problemas societarios", en el año 2006, fue excluido de hecho, como socio del estudio jurídico del que forman parte los demandados en la litis invocada, lo cual afectó gravemente su honor, su intimidad y sus derechos como abogado en las relaciones con sus clientes. Agrega que tal situación lo llevó a deducir demanda en contra del mencionado estudio y de los abogados señores Jaime Irrázabal Covarrubias, Alberto Pulido Cruz y Juan Ignacio Gutiérrez Irrázabal, a fin de que todos ellos sean condenados solidariamente al pago de una indemnización precuniaria y a la reparación extrapatrimonial de los perjuicios por él sufridos a consecuencia de tales acciones.

3. El requerimiento se funda en que el artículo 2331 del Código Civil genera un efecto contrario al respeto y protección de la vida privada y de la honra del requirente, derechos que le son reconocidos a éste, como a cualquier persona, por el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política.

El texto vigente del N° 4 del artículo 19 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas: "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia". A su turno, el artículo 2331 del Código Civil establece: "Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probase la verdad de la imputación".

En opinión del requirente el citado precepto del Código de Bello constituye una limitación al ejercicio de los derechos a la vida privada y a la honra. Sostiene a este respecto que ante imputaciones injuriosas, la víctima sólo puede obtener una indemnización pecuniaria si prueba un daño patrimonial, pero queda excluida la compensación del daño moral, lo cual es inconstitucional y, en su mérito, pide se declare inaplicable el artículo 2331 del Código Civil en los autos rol N° 2429-2007, seguidos ante el Decimoctavo Juzgado en lo Civil de Santiago.

4. El Tribunal Constitucional aborda los siguientes temas: a) el conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión del tribunal; b) Las cuestiones previas; c) la responsabilidad por el daño causado por los actos ilícitos; d) derechos constitucionales, responsabilidad y daño; e) naturaleza del derecho a la honra y daño moral; f) inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 2331 del Código Civil.

a) El conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión del tribunal (Considerandos Primero a Quinto).

El conflicto se plantea entre el artículo 2331 del Código Civil y los numerales 4 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque, según el requirente, el N° 4 del artículo 19 asegura el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, "sin limitación alguna, no existiendo autorización constitucional para que la ley afecte en lo esencial este derecho fundamental". En cambio, la norma del artículo 2331 del Código Civil limita la indemnización al perjuicio patrimonial probado y excluye el resarcimiento del daño moral.

La defensa de los demandados argumenta que el N° 4 del artículo 19 de la Constitución no contiene ni contempla una regla imperativa que ordene la

indemnización del daño moral por atentados al honor. No existe tampoco disposición constitucional alguna que excluya la facultad del legislador para limitar la procedencia del daño moral y reservarla para aquellos actos del autor del daño que sean particularmente calificados.

b) Las cuestiones previas (Considerandos Sexto a Undécimo).

b.1) La misma defensa plantea dos cuestiones previas, a saber: que el artículo 2331 del Código Civil no es aplicable al juicio civil seguido entre las partes, pues no ha sido invocado por ninguna de ellas como fundamento de sus respectivas causas de pedir de la demanda y de la contestación. Es más, los demandados sostuvieron en esa litis que no se basaban en el artículo 2331 del Código Civil, por ser irrelevante en la disputa debido a que ninguno de los demandados ha afectado el honor, la honra u otro derecho del demandante y requirente en estos autos.

La segunda cuestión previa reside en que el propio requirente ha sostenido ante el tribunal ordinario la posibilidad de que la norma civil mencionada se encuentre derogada, por lo que no se trataría de un problema de inaplicabilidad, sino de vigencia, lo cual es de competencia exclusiva y privativa del juez de la causa.

b.2) El Tribunal Constitucional rechaza ambas cuestiones previas fundado en las siguientes razones:

b.2.1.) La Constitución no ha limitado la competencia de esa Magistratura para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tampoco existe antecedente alguno que demuestre que se haya producido la derogación del artículo 2331 del Código Civil o que una declaración judicial en dicho sentido se ha formulado en la gestión pendiente. Debe partirse, entonces, del supuesto de que el precepto legal impugnado se encuentra vigente. Por lo demás, la discrepancia entre preceptos de distinta jerarquía –una ley y la Constitución– constituye una cuestión de supremacía constitucional que debe ser resuelta por esa Magistratura.

b.2.2) En cuanto a que el precepto legal impugnado no es una norma aplicable en el juicio civil seguido entre las partes, el tribunal dice que es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado **pueda** resultar decisiva en la resolución de un asunto. Por consiguiente, corresponde al tribunal únicamente verificar la **posibilidad** de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de las normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable.

c) La responsabilidad por daño causado por los actos ilícitos (Considerandos Duodécimo a Decimoquinto). **Derechos constitucionales, responsabilidad y daño** (Considerandos Decimosexto a Vigésimo).

El tribunal afirma que la responsabilidad civil, como deber de indemnizar el daño inferido a otro, es también procedente tratándose de la lesión de un derecho constitucional. Ello no es sino la aplicación de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, configurada por ciertos principios y valores básicos, entre otros, el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana; la servicialidad del Estado, cuya finalidad propia es promover el bien común y dar seguridad y protección a la población con pleno respeto a los derechos de las personas; el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que esta no los crea sino que reconoce y asegura. Todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Constitución Política, como los artículos 1°, 4°, 5° y 19, respecto de los cuales ese tribunal ha dicho: “estos preceptos no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución” (Rol 46, considerando 21).

El tribunal explica que en la responsabilidad extracontractual la regla general es que todo daño causado por un acto ilícito debe ser indemnizado, tanto el daño patrimonial como el daño moral, si se han producido, deber de reparación que pesa o debe ser satisfecho por el responsable. Así resulta del inciso primero del artículo 2329 del Código Civil, que dispone: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

El artículo 2331 del mismo Código representa una excepción al recién citado principio general sobre responsabilidad civil (de que todo daño causado a otro por malicia o negligencia debe ser indemnizado por el responsable), al prohibir demandar una indemnización pecuniaria por el daño moral causado por imputaciones injuriosas en contra del honor o el crédito de una persona.

d) Naturaleza del derecho a la honra y daño moral (Considerandos Vigésimo primero a Vigésimo octavo).

Se destaca que el origen del N° 4 del artículo 19 de la Constitución surge del debate de la Comisión de Estudio de la Carta Política y en ella se dejó testimonio que la honra es estima y respeto de la dignidad propia, siendo su naturaleza preferentemente espiritual antes que patrimonial, y que ella tiene una marcada vinculación con la dignidad personal.

El fallo resalta, además, que al asegurar el derecho a la honra la Constitución alude a la "reputación", al "prestigio" o el "buen nombre" de todas las personas, más que al sentimiento íntimo del propio valer o a la dignidad especial o gloria alcanzada por algunos. Por su naturaleza es, así, un derecho que emana directamente de la dignidad con que nace la persona humana, un derecho personalísimo que forma parte del acervo moral o espiritual de todo hombre y mujer, que no puede ser negado o desconocido, por tratarse de un derecho esencial propio de la naturaleza humana.

La honra, por ende, es la buena fama, el crédito, prestigio o reputación de que una persona goza en el ambiente social, es decir, ante el prójimo o los terceros en general.

Como se comprende, la honra se halla íntima e indisolublemente unida a la dignidad de la persona y a su integridad, sobre todo de naturaleza psíquica. Por eso es acertado también calificarla de un elemento del patrimonio moral del sujeto, de un derecho suyo de índole personalísima (Cea Egaña).

Que, en resumen, el respeto y protección del derecho a la honra, que asegura la Constitución, es sinónimo de derecho al respeto y protección del "buen nombre" de una persona, derecho de carácter personalísimo que es expresión de la dignidad humana consagrada en su artículo 1º, que se vincula, también, con el derecho a la integridad psíquica de la persona, asegurado por el N° 1 de su artículo 19, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar, en ocasiones, una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto (si se pone en duda o desconoce la honradez de un comerciante o de un banquero, por ejemplo), la generalidad de las veces provoca más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazada o compensada con una suma de dinero.

e) Inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 2331 del Código Civil.

El tribunal recoge como premisa básica que el precepto legal impugnado tiene por objeto delimitar la tutela civil por responsabilidad en la lesión deliberada o negligente del derecho a la honra de otro, dando lugar a indemnización únicamente por aquellos daños que pueda probarse que produjeron un empobrecimiento patrimonial de la víctima y negándola del todo cuando este daño material no puede probarse. En definitiva, prohibiendo la indemnización pecuniaria del daño exclusivamente moral ocasionado por imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, aun cuando dicho daño estuviere, a juicio del juez de la causa, suficientemente probado.

Enseguida, afirma que el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso 2º, configuran **principios y valores básicos de fuerza obligatoria** que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista **que se irradia en la primacía** que asignan sus disposiciones a la persona humana, **a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana**, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado.

Dichos principios y valores constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional. Debe desecharse, en consecuencia, toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores y en especial la que admita que el legislador pudo regular sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía, lo cual atenta contra el respeto de la esencia del derecho que la Constitución ampara, hasta el extremo de hacerlo irreconocible.

No es lógico ni coherente que los delitos y cuasidelitos civiles sean indemnizados íntegramente en el daño patrimonial y extrapatrimonial; e incluso las consecuencias civiles de los delitos penales específicos de injuria y calumnia o cuando éstos se cometen a través de los medios de comunicación social, y no reciban el mismo trato civil las ofensas a la honra no constitutivas de tipos penales.

Por las razones dadas, se resuelve acoger el requerimiento y declarar que no podrá aplicarse el artículo 2331 del Código Civil en el juicio rol N° 2429-2007, caratulado “Valdés con Jaime Irrarrázabal Covarrubias y otros”, que se sigue ante el Decimoctavo Juzgado Civil de Santiago.

Las prevenciones de los ministros señores Bertelsen y Correa.

El artículo 2331 limita la protección a la honra, al establecer una restricción inusual y desigual respecto de quienes padecen imputaciones injuriosas.

La discreción y amplio margen de que goza el legislador en la regulación de las relaciones sociales y para determinar el modo en que habrán de gozarse los derechos que la Constitución consagra, debe, al hacerlo, cuidar que las restricciones al goce de los derechos encuentren razones adecuadas para alcanzar fines constitucionalmente legítimos y sean las restricciones tolerables a quienes las padecen en función de objetivos superiores o equivalentes.

La restricción contenida en el artículo 2331 del Código Civil no tiene explicaciones razonables que la justifiquen. Y si se la analiza en función de favorecer la libertad de expresión, no parece plausible la norma al prohibir absolutamente el resarcimiento del daño injusto en el orden moral.

Los previnientes dejan a salvo las facultades del juez del fondo para emitir pronunciamiento acerca de la procedencia de la indemnización del daño moral en la gestión que ha originado el requerimiento, todo ello conforme al mérito del proceso.

El fallo fue acordado con el voto en contra del ministro Francisco Fernández Fredes, quien sostuvo, en síntesis, que:

- La Constitución no establece formas concretas de protección de la vida privada y de la honra de la persona y de su familia.
- Es de reserva legal determinar los alcances de la responsabilidad indemnizatoria.
- Cuando el constituyente quiso determinar la procedencia y condiciones del daño moral en circunstancias graves, lo hizo en la letra i) del mismo número 7 del art. 19 de la Constitución, en el caso del error judicial.
- Puede haber otras formas eficaces en resguardo de la honra, como la publicación de la sentencia condenatoria al ofensor, a costa de éste.

B. Comentario de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional en torno a la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil

Lo medular de la materia sometida a la decisión del tribunal consiste en determinar si puede el artículo 2331 del Código Civil restringir la indemnización de perjuicios al daño material sufrido por la víctima dejando sin resarcir el daño moral.

El texto del mencionado precepto establece lo siguiente:

“Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

Para dar una opinión acerca de la materia en examen es preciso considerar la evolución doctrinaria y jurisprudencial acerca de la indemnización del daño moral, en la responsabilidad civil. También ha de tenerse en cuenta la fuerte influencia de la Constitución Política en el derecho, fenómeno que se observa a partir de 1980.

Primera etapa: Sólo se indemniza el daño material en la responsabilidad contractual y extracontractual.

Se puede afirmar abiertamente que Bello no consideró la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual ni en la extracontractual.

Se funda esa aseveración en razones de texto y de carácter doctrinario. En el derecho positivo referido al ámbito contractual, el artículo 1556 dispone: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”. En la responsabilidad extracontractual, el precepto del artículo 2314 dice: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...”; y la norma del artículo 2329, que establece: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, sólo alude a la indemnización pecuniaria, a la que se refiere el artículo 2331, esto es, a daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero.

En el plano doctrinario, como bien lo recuerdan diversos tratadistas, Dumoulin, Domat y Pothier, creyeron encontrar en los precedentes romanos la exigencia de la patrimonialidad de la prestación.¹ Agregándose que el antiguo y continuo reconocimiento de la compensación del daño moral se suspende con la doctrina de los inspiradores de la codificación decimonónica (Domat y Pothier), quienes lo ignoraron como objeto de la indemnización.²

Lira Urquieta³ expresa que “sin vacilaciones puede decirse que Pothier es el verdadero inspirador de todas las disposiciones del Código Civil chileno referentes a obligaciones. Aunque Bello cita a menudo, entre las fuentes, al

¹ Carmen Domínguez Hidalgo, *El daño moral*, Tomo I, p. 171, Editorial Jurídica de Chile, año 2000.

² Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, p. 293, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

³ Andrés Bello, *Código Civil de la República de Chile*, II, Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, Profesor de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Santiago. Texto concordado con los distintos proyectos de Bello. Pág. 377. Ediciones del Ministerio de Educación. Caracas, Venezuela, 1955.

Código francés y a uno que otro Código de su tiempo, es lo cierto que todos esos cuerpos de leyes habían bebido la doctrina clásica de Pothier, que arranca del viejo Derecho Romano. De las diversas materias jurídicas privadas, es ésta, la de de Obligaciones, la que menos ha variado y no hay exageración alguna al afirmar que quedó fijada por Pothier”.

Pothier afirma la patrimonialidad de las obligaciones al señalar: “En fin, lo que uno se obliga a hacer o a no hacer debe ser de tal naturaleza, que aquel respecto a quien la obligación se contrata tenga interés en que aquello se haga o no se haga; y ese interés ha de ser un interés apreciable”.⁴

En las *Institutas*⁵ se recogía la misma idea, esto es, de la necesidad de la estimación pecuniaria. “En todas las fórmulas que tienen una “*condemnatio*”, está redactada con términos que implican una estimación pecuniaria. Así, si nosotros reclamamos alguna cosa corporal, como por ejemplo un fundo, un esclavo, un vestido (el oro), la plata, el “*iudex*” no condena al accionado por la cosa misma, como se solía hacer antiguamente (sino que) estimada la cosa, lo condena por su valor pecuniario”.

– Se ha discutido desde hace muchos años el contenido patrimonial o extra-patrimonial de la prestación, y la discusión no ha cesado todavía acerca de si la prestación debe o no ofrecer un contenido económico.⁶

La tesis de la necesidad que la obligación tenga contenido económico fue defendida por **Savigny**, quien sostuvo que lo contrario pertenece al orbe de las relaciones íntimas.

La falta de contenido patrimonial de la obligación fue desarrollada por **Ihering** en 1880 mediante un estudio que intituló “Del Interés en los Contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias”, donde en seis capítulos analiza exhaustivamente el tema para las posibilidades de la época. Dice que el error se debe al descubrimiento de Gayo y especialmente a su referencia sobre la obligación del juez romano de pronunciar la condenación en términos monetarios. Los juristas de la escuela histórica –dice Ihering– poniendo a un lado reglas del Derecho aplicadas durante siglos, han utilizado estos descubrimientos, olvidando que se concedía acción por incumplimiento de sponsales, se fijaba satisfacción pecuniaria en tanto que declaraba obligatorias a las convenciones que versaban sobre educación de los

⁴ Robert Joseph Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, p. 81, Editorial Heliasta S.R.L., impreso en Brasil, año 1993.

⁵ Gayo, *Institutas*, IV 48, p. 677, Abeledo - Perrot, cuarta edición, Buenos Aires, año 1993.

⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XX, pp. 661 y ss., Driskill S. A., Argentina, 1996.

hijos en una religión determinada, concedía acción de daños por las lesiones corporales. Señala que Windscheid es el primero en reaccionar, aunque declara que en sus lecciones lo había precedido.

Prosigue Ihering expresando: *“Veamos a donde conduce el dogma del valor pecuniario. Un mozo de un hotel estipula, en su contrato con su patrono, que quedará libre los domingos después de mediodía. ¿Es válida esta convención? ¡No! La libertad del domingo por la tarde no tiene ningún valor pecuniario para el mozo del hotel, porque piensa dedicar ese tiempo a divertirse. Esa libertad, lejos de procurarle dinero, por el contrario, le costará alguno. Un inquilino estipula para él y para sus hijos el goce del jardín de la casa. ¿Puede esta convención ser perseguida en justicia? ¡No! El juego y el paseo no tienen un valor pecuniario. Una señora enferma, a causa de su estado de salud y por no tener ruido en su casa, ha dejado de arrendar las habitaciones vacantes; al fin se decide, después de largas vacilaciones, a darlas a un inquilino que le ha prometido tener mucho cuidado, comprometiéndose especialmente a no hacer música. Poco después se descubre que el inquilino es un profesor de piano, que da durante el día lecciones en su casa, y que durante la noche estudia y se ejercita en el referido instrumento. ¿Debe respetar lo pactado? ¡No! La salud y el reposo durante la noche no tienen valor pecuniario”.*

“Según esto, el patrimonio es el único bien que el derecho civil está llamado a proteger. Los demás bienes son sin valor que no deben preocupar al juez: el juez sólo conoce los intereses del bolsillo: donde éstos no llegan, para él no llega el derecho. Admitamos por un momento ese punto de vista, pero sigamos las consecuencias hasta el fin. Supongamos que el mozo del hotel se haya comprometido a quedar en la casa los domingos por la tarde. Más adelante le molesta esto, y conviene con su patrono en que le dejará la tarde de los domingos libre, mediante una indemnización suficiente para pagar a quien le sustituya. ¿La tarde de los domingos no tiene ningún valor para el mozo del hotel? Paga por obtenerla. El inquilino antes citado, debe pagar por la habitación 1.000 marcos, y por el jardín 100. ¿No tiene el jardín valor pecuniario para él? La dama enferma del caso supuesto cede por 40 marcos las habitaciones que valen 50, ¿no conceptúa de ningún valor su tranquilidad y reposo? Todas esas personas pagan el bien que quieren tener, y, según los principios más rigurosos del Derecho, en caso de falta de cumplimiento de la otra parte, tienen acción para hacer que les restituyan lo que han dado (Condictio ob causam datorum). Sin duda el hecho de que semejantes concesiones contractuales sean pagadas en dinero no resulta siempre de un modo tan claro como en los ejemplos citados. Ordinariamente, la convención se pacta en conjunto sin que todos los puntos particulares se evalúen en dinero, pero no por eso dejan de ejercer su influjo como factores aislados de la suma total convenida: forman parte de ésta y pesan con su peso propio sin que se advierta. El inquilino, al igual que el comprador de la casa, evalúa el jardín, aun cuando para ambos se haya convenido un solo

precio: ambos a dos pagan el jardín. Lo mismo ocurre con el mozo del hotel en el caso citado, porque cuando se reserva la libertad del domingo por la tarde obtiene un salario menos elevado que cuando renuncia a ella”.

Por razones cronológicas Bello no pudo conocer el trabajo de Ihering ni de tratadistas posteriores, para lo cual basta tener en cuenta que el Código Civil chileno fue promulgado en el año 1855 y el escrito de Ihering es de 1880. En consecuencia, Bello debió plegarse al planteamiento de Pothier (como lo sostiene Lira Urquieta y según aparece de variadas notas puestas por Bello, por ejemplo, a los artículos 1587, 1588, 1589 y otros del Código Civil), a la inteligencia que se daba en la época a las Institutas de Gayo y eventualmente –si tuvo conocimiento de ello– a las enseñanzas de Savigny sobre el contenido patrimonial de la obligación.

Aedo Barrena⁷ señala: *“En una primera etapa, la doctrina nacional se inclinó a rechazar la reparación del daño moral, no sólo teniendo en cuenta los problemas de evaluación y prueba. Se era de la opinión que el Código Civil sólo se refería al resarcimiento de perjuicios materiales, daños que podían ser evaluados pecuniariamente. Se afirmaba, igualmente, que el artículo 2331 –que no permite reparación por los delitos contra el honor o el crédito de una persona sino en cuanto sea probado daño emergente o lucro cesante– era decisivo en la materia, pues negaba la indemnización del daño moral respecto de un delito en el que se divisa como en pocos este tipo de perjuicios. La disposición revelaría, en este sentido, el espíritu del legislador en la materia.*

Se consideraba que, aunque la disposición del artículo 2314 fuese un tanto vaga, la obligación de indemnización que dispone dilucida el problema, pues el artículo 1556 del Código Civil fija el contenido de la indemnización de perjuicios, al señalar que: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante”. Dado que el legislador civil no ha dado otras reglas para la evaluación de los perjuicios, deben entonces aplicarse las que otorga el artículo 1556. De esta forma, según la acepción de daño emergente y lucro cesante, no puede estar comprendida la indemnización del daño moral. Se podría dar lugar, en todo caso, al resarcimiento del perjuicio moral, pero en la forma de daño patrimonial con causa moral, según lo dispone el artículo 2331, lo que no sería genuinamente daño moral. De esta manera, el principio en nuestra legislación, a la luz de los planteamientos en esta primera etapa, sería que no se excluye expresamente el daño moral, pero se indemnizan sólo sus consecuencias patrimoniales.

⁷ Cristián Aedo Barrena, *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*, pp. 240 y ss. Editorial Libromar Ltda., 2001.

Otros argumentos, aunque de menos consistencia, que se utilizaban doctrinariamente para rechazar la reparación del daño moral eran los siguientes: en primer lugar, se pensaba que discutir sobre la reparación pecuniaria de los bienes más sagrados o los dolores que ella padece, era una inmoralidad, y en segundo término, se esgrimía como argumento la imposibilidad de traducir el perjuicio moral en dinero”.

Jurisprudencia

Ilustran el criterio antes relacionado las sentencias que se pasan a reproducir en lo pertinente:⁸

“Probado un accidente y el perjuicio ocasionado se manda pagar éste, regulándose su monto en el fallo a virtud de la prueba rendida al efecto. En segunda instancia se reduce ese monto.

Considerando:

1. Que con la prueba testimonial rendida por el demandante ha quedado plenamente acreditado que el accidente ferroviario que le ocasionó la fractura de la pierna izquierda fue causado por culpa de los empleados de la Empresa demandada, que dejaron correr los carros desprendidos de la máquina con sus palancas completamente sueltas, a lo que se añade que éstas no estaban en buen estado;

2. Que el demandante viajaba como empleado de la Empresa encargado de la provisión de víveres, y como tal no tuvo intervención en la marcha del tren ni es lógico suponer que pudiera estar en situación de apreciar las medidas de seguridad que debían tomarse durante esa marcha, por cuya razón no es aceptable imputarle imprudencia, exponiéndose al accidente;

3. Que la misma prueba testimonial del demandante acredita también que éste a la fecha del accidente era hombre sano, joven, que ganaba 120 pesos mensuales y que ha quedado imposibilitado para el trabajo;

4. Que estos antecedentes permiten apreciar debidamente el daño sufrido, teniendo en consideración que indudablemente la pérdida de una pierna disminuye considerablemente las facultades para el trabajo; y

5. Que toda indemnización de perjuicios comprende tanto el lucro cesante como el daño emergente.

⁸ Franklin Otero Espinosa, *Jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil de la República de Chile*, Primer tomo, segunda parte, pp. 815 y 816, Sociedad Impresora y Litográfica Barcelona, Santiago de Chile, 1919. Publicado el fallo en Últimas Noticias, 18 de noviembre de 1913.

Por estas consideraciones y visto lo que disponen los arts. 38 de la ley de 6 de agosto de 1862, 1547, 1698, 2314, 2320; 2323, 2329 y 2330 del Código Civil; 167, 196, 374 y 924 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar a la demanda, regulándose en 20.000 pesos la suma que por única indemnización debe pagar la parte demandada al demandante.

Santiago, 11 de noviembre de 1913. Vistos: Reproduciendo la parte expositiva, considerandos y citas legales de la sentencia de primera instancia, con excepción de la del art. 38 de la ley de 6 de Agosto de 1862, y teniendo presente: Que las lesiones y la pérdida de una pierna sufrida por el demandante sí son suficientes para disminuir sus facultades de trabajo no lo han sido para imposibilitarlo en absoluto, por lo cual la indemnización que le corresponde no puede ser mayor del capital que representaba ese trabajo, que estaba remunerado con un estipendio de \$120 mensuales, se confirma la sentencia apelada de 2 de mayo de 1912, que se registra a fojas 17, con la declaración de que se reduce a \$ 8.000 la suma que por única indemnización debe pagarse al demandante.

Acordada contra el voto del señor Ministro Santa Cruz, quien estuvo por revocar la referida sentencia y desechar en consecuencia la demanda de fojas 6, pues a su juicio no son aplicables al presente caso la ley especial sobre ferrocarriles en explotación, ni las generales del Código Civil, que reglan la indemnización proveniente del delito o cuasidelito, toda vez que los empleados que causaron el accidente no se encontraban bajo el cuidado del Fisco a quien se hace responsable de su negligencia.

Segunda etapa. Se indemniza el daño moral sólo en la responsabilidad extracontractual, salvo el caso del artículo 2331 del Código Civil.

– En la responsabilidad contractual se excluye la indemnización del daño moral.

Claro Solar⁹ expresa, “a propósito de la indemnización de perjuicios en la responsabilidad contractual lo siguiente: Según el art. 1556. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresa-

⁹ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, pp. 724 y ss. De las obligaciones II, Tomo Undécimo, Editorial Jurídica de Chile, 1979.

*mente al daño emergente". El valor de la indemnización debe ser, por lo tanto, igual a la pérdida o perjuicio que el acreedor experimenta con motivo de la no ejecución total o parcial, o la demora en la ejecución; y esta pérdida o perjuicio consiste en dos hechos diferentes que la indemnización debe comprender: una disminución real del patrimonio del acreedor, a que se ha dado el nombre de *damnum emergens*, daño emergente; y la privación de una ganancia o utilidad que el acreedor tenía el derecho de alcanzar en virtud de su crédito, llamado por eso *lucrum cesans*, lucro cesante. El art. 1556, que guarda conformidad en su redacción con los arts. 1147 y 1149 del Código francés, reproduce, por lo tanto, el principio tradicional, fundado en la naturaleza misma de las cosas, al disponer que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante".*

*"Se llaman daños y perjuicios, dice Pothier de acuerdo con la distinción del *damnum* y el *lucrum*, la pérdida que uno ha experimentado y la ganancia que ha dejado de hacer... En consecuencia, cuando se dice que un deudor responde de los daños y perjuicios del acreedor resultantes de la inejecución de la obligación, esto quiere decir que debe indemnizar al acreedor la pérdida que le ha causado y la ganancia de que lo ha privado la inejecución de la obligación". Pothier recuerda, al dar esta definición, que era igualmente de esta manera como el jurisconsulto Paulus descomponía la indemnización pecuniaria que los daños y perjuicios debían representar. El art. 1556, que guarda conformidad en su redacción con los arts. 1147 y 1149 del Código francés, reproduce, por lo tanto, el principio tradicional, fundado en la naturaleza misma de las cosas, al disponer que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante".*

– **La indemnización en la responsabilidad aquiliana ante la doctrina y la jurisprudencia.**

Alessandri¹⁰ dice: "La ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza del daño. El art. 2314 se limita a decir que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; el art. 2329 habla de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta y la palabra daño, según su sentido natural y obvio, significa detrimento, perjuicio, menoscabo, molestia o dolor. Luego, no cabe distinguir entre daño material y moral, máxime cuando la ley habla de todo daño, expresión esta que significa "lo que se toma o se comprende entera y cabalmente según sus partes, en la entidad o en el número". Por eso, cuando el legislador quiso exceptuar, de esta regla a ciertos daños morales y establecer que no son indemnizables sino en determinadas circunstancias, necesitó decirlo, como en el caso del art. 2331".

¹⁰ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, pp. 226 y ss. Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943.

"El hecho de que la indemnización tienda, por lo general; a hacer desaparecer el daño a restablecer en el patrimonio de la víctima el valor que de él se sustrajo o en que se le disminuyó, lo que no puede ocurrir respecto del daño moral, dada su naturaleza, no obsta a que este daño pueda ser indemnizado. Aparte de la injusticia e inconveniencia que importaría dejar sin sanción un hecho ilícito que ha inferido una molestia o dolor a otro, a pretexto de que la indemnización no equivale exactamente al daño causado, cabe recordar que la indemnización no es sólo reparadora. También puede ser compensatoria o satisfactoria y en el hecho lo es cuando el daño por su naturaleza es irremediable, cuando consiste en la destrucción de algo que no puede restablecerse o rehacerse: la muerte de una persona, la pérdida de un brazo, la destrucción de una obra de arte, etc. Semejantes daños, aunque irreparables en el sentido vulgar de la palabra, porque el muerto no resucita, el brazo no se readquiere, ni la obra de arte se rehace, son sin embargo, reparables mediante una cantidad de dinero. Otro tanto ocurre con el daño moral: el dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que ésta experimente; pero le servirá para compensarlo procurándole los medios de aliviarse de él, si es físico, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o, en todo, caso, atenuarlo o hacerlo más soportable. Por algo la filosofía popular dice que las penas con pan son menos".

"La dificultad para apreciar pecuniariamente el daño moral no puede tampoco ser un motivo para no admitir su indemnización. Igual cosa ocurre respecto de muchos daños materiales y nadie ha sostenido que no deban ser indemnizados. La ley entrega su apreciación a la prudencia del juez, y si puede temerse su arbitrariedad, ello es preferible a rehusar la indemnización, ya que esto último significaría suponer que para el legislador son más importantes los intereses materiales que los morales, que nuestra civilización permitiría que se lesionen impunemente los más sagrados y respetables sentimientos y que mientras toda lesión patrimonial, por pequeña que sea, da derecho a indemnización, los atentados contra el honor, la libertad, los afectos y todo cuanto de máspreciado tiene el hombre quedarían impunes por la dificultad de apreciarlos en dinero y por evitar la arbitrariedad judicial".

Tapia¹¹ señala que "El legislador chileno no ha hecho ninguna distinción acerca de cuáles son los daños que dan derecho a indemnización, en las disposiciones que, en el Código Civil, se refieren al daño. Por el contrario, sólo se ha limitado a decir, sentando un principio de carácter general, que "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización" (artículo 2314), y ha expresado, además, que "por regla general todo daño que

¹¹ Orlando Tapia Suárez, *De la responsabilidad civil en lo general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, p. 180, Universidad de Concepción, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, 1941.

pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta” (artículo 2329)”.

“Pues bien, no habiendo definido la ley lo que debe entenderse por daño, debemos darle a esta expresión la significación que en su sentido natural y obvio, y según el uso general de las palabras, tiene (artículo 20 del Código Civil), y de acuerdo con esta regla de interpretación, hemos dicho en otra oportunidad que se entiende por daño todo perjuicio, detrimento o menoscabo que una persona experimenta en su persona, en su honra o en sus bienes”.

“Por consiguiente, si se pretendiera limitar el alcance de la indemnización del daño producido por un delito o cuasidelito a los daños materiales, ello significaría ir abiertamente contra el precepto del ya citado artículo 2329 del Código Civil, que habla de “todo daño”, expresión que también encontramos consignada en el artículo 2317 del mismo Código, cuando dispone que “si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito”, con lo cual nuestro legislador ha querido comprender, sin duda, dentro de la reparación, tanto a los daños materiales como a los daños morales”.

“Ello se confirma, por lo demás, en presencia del conocido aforismo de Derecho según el cual, “donde la ley no distingue no es lícito al hombre distinguir”, ya que no es posible alegar que el legislador se ha referido solamente a los daños materiales, cuando aquél no ha hecho distinción ninguna sobre el particular”.

“Por consiguiente, ambas categorías de daños son resarcibles en materia delictual o cuasidelictual, y nuestros juristas, catedráticos y quienes han hecho estudios sobre esta materia, están acordes en ello”.

Jurisprudencia del año 1922. Rechazo del daño moral y más tarde su aceptación y resarcibilidad.

Tapia¹² relata:

“Rechazo del daño moral en la responsabilidad extracontractual

Cuando se suscitó realmente el primer caso típico de indemnización del daño exclusivamente moral, fue en el año 1922. La situación que dio lugar a ello era la siguiente: Un padre se presentó ante los tribunales de justicia, reclamando indem-

¹² Op. cit., pp. 185 y ss. Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXI, Parte 2ª, Sección 1ª, pág. 529, Casación de Fondo, 13 de Enero de 1922.

nización por la muerte de un hijo suyo, de dos años de edad, producida por un tranvía eléctrico. La parte demandada alegó en su favor que dicha muerte no le había acarreado daños al demandante, y que el dolor y la pena no eran susceptibles de apreciación pecuniaria. El juez de primera instancia falló en el sentido de que, no obstante haberse producido el atropellamiento por culpa del motorista del tranvía, no procedía la indemnización por no haberse probado los perjuicios. De este fallo el demandante apeló ante el tribunal correspondiente, y la Corte de Apelaciones se pronunció en el mismo sentido que el tribunal de primera instancia. Finalmente, se recurrió de casación por el demandante, y la Corte Suprema confirmó el fallo de los jueces del fondo (Juez de Letras y Corte de Apelaciones), declarando que lo que debe repararse no es el daño moral sufrido por la muerte de un familiar, aunque sea del grado más próximo, como es un hijo, sino que el daño material efectivo, susceptible de una apreciación numérica o pecuniaria”.

Aceptación del daño moral en la responsabilidad aquiliana

Acerca de la aceptación del resarcimiento del daño moral, Aedo¹³ examina la jurisprudencia desde el año 1890 en adelante, destacando la sentencia de 16 de diciembre de 1922¹⁴ recaída en el juicio de Víctor Vaccaro seguido contra The Chilean Electric Ltda. y que constituye un cuidadoso estudio jurídico de los artículos 2329 y 2331, analizando a la luz de la gramática los términos empleados, buscando las fuentes de donde emanan y comparándola con otras disposiciones de los Códigos chilenos que permiten conocer el espíritu de la legislación.

El señor Vaccaro demandó a The Chilean Electric Ltda. la suma de \$150.000. como indemnización por la muerte de su hijo. La sentencia, como se ha venido advirtiendo, es de innegable valor, tanto por razones de orden legal, doctrinarias y teóricas, como por la fuerza de su raciocinio, lo que nos obliga a reproducir buena parte de sus considerandos.

“Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, fecha 30 de agosto de 1919, pronunciada por el Primer Juzgado de Letras de Santiago... Y teniendo presente: 1º Que la petición concreta de la demanda de don Víctor Vaccaro fue formulada en los siguientes términos: viene en demandar para que la Empresa de Tranvía, etc., le pague por la muerte de su hijo la suma de \$150.000 o, en subsidio, la que el juzgado determine; y que el demandante no ha tratado en ella que se le indemnizen perjuicios, ni menos de que se haya sufrido pérdidas, o disminución de patrimonio equivalentes a esa cantidad; 2º Que prescindiendo de las diferencias que existen entre la indemnización de per-

¹³ Op. cit., pp. 242 y ss.

¹⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XXI, sec. 1º, p. 1053.

juicios por infracción de las obligaciones de origen contractual y la reparación de un daño producido por el hecho ilícito, y en el supuesto que pudiera estimarse como suficiente ley decisoria de la acción promovida por Vaccaro la disposición del artículo 196 del C. de P. C., cabría observar que el hecho fundamental de la demanda: la muerte de un hijo de 8 años de edad, que debe tenerse por establecido como imputable a la acción culpable de un empleado de la empresa demandada, no podría menos de estimarse como una base para regular la reparación perseguida y como una caracterización de la especie de daño sufrido; y que en cuanto al monto de la indemnización del actor no ha hecho sino señalar una cantidad determinada, dejando al arbitrio del tribunal esta regulación, la cual por su propia naturaleza del hecho ilícito que motiva la acción, no es a priori susceptible de una valoración pecuniaria equivalente a una determinada disminución del patrimonio; 3° Que siendo esta la situación procesal planteada en el pleito, corresponde determinar conforme a las reglas generales relativas a la decisión de los litigios, y a las especies invocadas en la demanda, esto es, a los artículos 2314, 2320, 2322 y 2329, si es o no procedente la acción ejecutada en dicha demanda; 4° Que el 2329 del Código Civil prescribe: Que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta; y que están especialmente a esta reparación: 1° El que dispara imprudentemente un arma de fuego, etc.; y el 2320 dispone: Que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino también del hecho de aquellos que están bajo su dependencia, como los empresarios del hecho de sus dependientes; 5° Que es un hecho que la muerte del niño Vaccaro se produjo por un accidente debido a la culpa del maquinista del tranvía, y con esto queda aceptada la base primordial de la demanda, fundada en la existencia del hecho ilícito imputable a otra persona, que obliga a reparación cuando produce un daño, sin distinguir la naturaleza de éste; pues los términos absolutos del art. 2329, que se ha transcrito, excluyen toda distinción; 6° Que a virtud de lo dispuesto en el artículo 2320 esta obligación pesa sobre los empresarios por los hechos de sus empleados o dependientes, salvo el caso de excepción previsto en el inciso final del mismo artículo; 7° Que por lo tanto, si todo daño proveniente de un hecho culpable debe ser reparado, por disposición imperativa de la ley, y si para nadie puede ser dudoso que, con la muerte de un hijo, se infiere al padre un daño gravísimo, según el sentido natural y obvio de la palabra daño, intensificado con la locución todo daño que usa el legislador, debe concluirse que el demandante, en el caso de pleito, está obligado a reparación; 8° Que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable en el sentido literal, no legal, de la palabra no excluye responsabilidad establecida por la ley, porque en Derecho Civil esta responsabilidad no existe sólo cuando puede establecer en absoluto el derecho lesionado, sino también en los casos en que no es posible alcanzar una reparación absoluta, como en la infracción de obligaciones de no hacer y otras análogas, en que siendo imposible el restablecimiento, la sanción por voluntad del legislador se transforma en otra, destinada a satisfacer los fines de la ley;... 10° Que lo mismo puede observarse con respecto a los daños causados

en las cosas corporales: la destrucción de una obra de arte o de un objeto de gran valor de afección es también un daño irreparable; y no se podrá sostener que por tal causa no procediera la reparación, que dentro de las posibilidades de las sanciones civiles ha establecido el derecho; ...12° Que ya se ha observado que la circunstancia de que la reparación absoluta del daño no pueda alcanzarse por la naturaleza irremediable del mal causado, sea que se trate de daños materiales o inmateriales, no autoriza para dejar de aplicar la ley que impone esa reparación dentro de los medios que ella misma señala, y de la relatividad que pueda existir entre esos medios y los fines que persigue el Derecho Civil, como la sanción de los hechos cuya ilicitud condena; 13° Que si la ley declara que todo daño imputable a malicia o negligencia debe ser reparado, en el caso de daños a las personas los afectados o damnificados por el hecho culpable, aunque no sean los inmediata y físicamente ofendidos, pueden exigir la reparación, porque la ley sólo quiere que el daño exista, sin hacer distinción sobre su naturaleza, ni sobre quienes sean las personas a quienes alcance el mal producido por el hecho ilícito; 17° Que, como antes se ha dicho, el legislador al hablar en el título 35 citado, de los daños inferidos a otro (2314) ha distinguido entre el daño causado a las cosas (2315) y el inferido a las personas (2329) y, entre estos últimos, ha comprendido tanto el ofendido a la persona física como a los de orden inmaterial o psíquico; pues unos y otros están comprendidos en el sentido absoluto y genérico de los términos todo daño; y porque, además, así lo manifiesta claramente el mismo legislador, cuando estimó necesario excepcionar de la responsabilidad que establecía a ciertos daños de `carácter puramente moral, como los contemplados en el artículo 2330; lo que prueba que los consideraba dentro de la regla general, del artículo 2329; 19° Que estas consideraciones manifiestan el propósito de la legislación en general de sancionar los actos ilícitos, aun los que sólo producen daño moral o de orden inmaterial; y confirman la conclusión de que la responsabilidad civil por dichos actos no puede dejarse de hacer efectiva por razones fundadas en la falta de congruencia de equivalencia entre la naturaleza psíquica e inmaterial del daño y la sanción que el derecho autoriza, aunque ésta no basta para alcanzar la reparación perseguida sino que de un modo relativo o parcial; 20° Que en determinar la reparación ordenada por la ley ya se ha observado en los considerandos 8 a 16 la dificultad y aun la imposibilidad de alcanzarla de un modo absoluto, aun tratándose de daños materiales, razón por la cual se transforma en una compensación pecuniaria, que ha sido entregada a la regulación prudencial de los Tribunales; y que, aparte de ser indefectibles las consecuencias perjudiciales que en el orden físico, en el económico y en el meramente patrimonial producen los daños morales, las consideraciones de falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero, no demuestran sino la insuficiencia de los medios que el legislador puede disponer para alcanzar el completo restablecimiento del derecho; pero no que deba dejar de aplicarse la sanción que el mismo establece como represión o reparación de los actos ilícitos”.

Aedo¹⁵ destaca en este fallo lo siguiente:

- La valorización del daño moral se encuentra sujeta a parámetros distintos al detrimento material, dada su naturaleza (Considerando 2°);
- la función que cumple la indemnización del daño moral en la responsabilidad delictual no es de naturaleza resarcitoria, sino sancionatoria de los ilícitos civiles (Considerandos 8°, 9°, 10°, 15°);
- la naturaleza del daño moral no autoriza a los sentenciadores para no cumplir la finalidad que el Derecho Civil les impone (sancionar los actos ilícitos), entregándoles el legislador facultades discrecionales para determinar el monto de la indemnización (Considerando 16°);
- no preocupa a los jueces si en la definición de daño hay un ataque a un simple interés o a un derecho subjetivo, sino que el daño moral debe ser compensado (Considerandos 4°, 5°, 13° y 171°);
- se reconoce la acción por daño moral no sólo a los física e inmediatamente ofendidos, sino a los afectados con el mal causado, pues la ley sólo quiere que el daño exista, sin hacer distinción sobre su naturaleza, ni sobre quienes sean las personas a quienes alcance el mal producido por el hecho ilícito (Considerando 13°);
- por último, al hacerse cargo de las críticas a la reparación del daño moral, los juzgadores advierten –en el considerando 20°– que la falta de equivalencia entre el mal producido y la reparación concedida, y la repugnancia para estimarlo en dinero no demuestran sino los medios insuficientes que el Derecho entrega para ser restablecido, pero que ella no autoriza para no cumplir con el fin que el legislador se propuso en la materia.

Con posterioridad a esta sentencia se uniformó la jurisprudencia en orden a resarcir el daño moral en la responsabilidad delictual y cuasidelictual.

La excepción del resarcimiento del daño moral la constituye el artículo 2331 del Código Civil.

Alessandri¹⁶ explica que *“para saber si se indemniza el daño moral por imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona, es decir, por calumnias o injurias, hay que distinguir (a la época en que escribe este tratadista, año 1943)*

¹⁵ Op. cit., pp. 249 y ss.

¹⁶ Op. cit., pp. 249 y ss.

si tales imputaciones se hacen o no por algunos de los medios señalados en el decreto ley N° 425, de 20 de marzo de 1925, sobre abusos de la publicidad.

En el primer caso, siguen la regla general: el daño meramente moral que sufra el ofendido es indemnizable siempre, aunque no se traduzca en un perjuicio pecuniario, y el tribunal fijará la cuantía de la indemnización tomando en cuenta las facultades del ofendido y de la víctima y cualquiera otra circunstancia que parezca digna de considerarse (art. 35 de ese decreto ley). El ofensor no podrá relevarse de responsabilidad probando la verdad de la imputación, salvo en los casos señalados en el art. 20 del referido decreto ley. En los demás, esa prueba no le es admisible. Las disposiciones de ese decreto ley prevalecen sobre el art. 2331 por ser especiales; se refieren a las imputaciones injuriosas que se hacen en determinada forma.

En el segundo, o sea, si tales imputaciones no se hacen por alguno de los medios señalados en el decreto ley N° 425 citado, rige lo dispuesto en el art. 2331 C.C.: el daño meramente moral no es indemnizable en dinero, sólo lo es el que se traduzca en una disminución actual o futura del patrimonio. La víctima no podrá demandar indemnización pecuniaria, a menos de probar daño emergente o lucro cesante apreciable en dinero, como si a consecuencia de esas imputaciones hubiese sido privada de un empleo o cargo que desempeñaba o dejare de ganar o de adquirir algo, por ejemplo, un fabricante que por ellas viere disminuir la venta de sus productos. En defecto de esta prueba, no puede exigir ninguna indemnización pecuniaria por tales imputaciones, aunque causen deshonor, descrédito o menosprecio. Pero ello no obsta a que la víctima pueda pedir otra reparación que no sea pecuniaria, como la publicación de la sentencia condenatoria o de un desmentido emanado del autor de la injuria o calumnia; el art. 2331 sólo niega la indemnización pecuniaria.

Si el ofensor acredita la verdad de la imputación, la víctima no tiene derecho a ser indemnizada, aunque pruebe daño emergente o lucro cesante. Al hacerse esa imputación no se ha ejecutado ningún hecho ilícito, se ha dicho la verdad”.

Rodríguez Grez¹⁷ dice: “La indemnización del daño moral tiene un doble fundamento positivo en el Código Civil chileno. Desde luego, el artículo 2329, que consagra el principio de la reparación integral del daño. Su texto es claro en cuanto dispone que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”. De dicha disposición se sigue que, salvo cuando existe una norma excepcional que limite el daño reparable, el juez debe considerar, al momento de decidir, todos los daños producidos, cualquiera que sea su naturaleza.

¹⁷ Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, pp. 315 y ss, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

La otra norma que armoniza con la anterior es el artículo 2331, que constituye una excepción al principio de reparación integral. Ella se refiere a una situación puntual en la cual la víctima sólo puede reclamar los daños patrimoniales, y no los daños morales que puedan haberse producido. “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

Desde luego, el propósito de esta disposición resulta evidente. Se trata de excluir la reparación del daño moral, limitando la indemnización al daño material, lo cual concuerda con la regla general enunciada en el artículo 2329. Es difícil justificar esta norma, ya que las imputaciones injuriosas son las que más daño moral pueden causar. A juicio nuestro, la recta interpretación de este artículo llevaba a concluir que se trataba de “meras imputaciones injuriosas” que servían de fundamento a una pretensión civil. No quedaban comprendidos en él los responsables de delitos de injuria y calumnia, los cuales están regulados, en el aspecto civil, por lo previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que dispone, en su inciso segundo, que “en el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados”.

Atendidos los limitados márgenes que atribuimos a este artículo, resulta explicable la preocupación del autor del Código por evitar juicios civiles fundados en “imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona”, para obtener una indemnización de perjuicios. De allí que, para evitar la proliferación de juicios, se consagrara esta excepción a la regla general del artículo 2329. No puede preterirse el hecho de que fue eso —evitar la proliferación de los juicios— lo que inspiró varias otras instituciones en el campo civil, como el derecho de rescate establecido en el artículo 1913 del Código Civil a propósito de la cesión de los derechos litigiosos. Resulta razonable, en el marco de esta preocupación, que se limitara el campo de la indemnización cuando la acción estaba fundada en “meras imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona”. Confirma nuestra interpretación el hecho de que la ley aluda al “honor o al crédito”, ya que ello denota la necesidad de establecer un nexo patrimonial entre el hecho y su consecuencia dañosa.

En suma, el artículo 2331 no delimitaba los derechos de la víctima de un delito penal, sino sólo los que correspondían a la víctima de un delito civil que consiste en la imputación injuriosa en contra de su honra o de su crédito.

Sin embargo de que lo señalado nos parece perfectamente claro, el artículo 31 inciso segundo de la Ley N° 16.643, que tiene un alcance puramente interpreta-

tivo, ordena que “lo dispuesto en el artículo 2331 del Código Civil se entenderá referido a los delitos de injurias y calumnias cometidos a través de medios distintos de los expresados en el artículo 16 de la presente ley”. Como puede apreciarse, la interpretación dada por el legislador en esta regla es lamentable, ya que, sin advertirlo, muy probablemente, dio al artículo 2331 un alcance muchísimo más amplio de aquel que evidentemente quiso asignarle el autor del Código. De todo lo cual resulta el contrasentido de que un delito de injuria o calumnia, perpetrado por cualquier medio que no sea de aquellos descritos en el artículo 16 de la Ley N° 16.643, no da derecho a reclamar el daño moral que provoca. La pregunta salta a la vista. ¿Por qué? Simplemente por la desafortunada interpretación auténtica dada a propósito de otra materia: los abusos de publicidad.

Hemos querido destacar este hecho para demostrar que resulta siempre peligroso ejercer una facultad tan delicada como la de interpretar la ley por la vía legislativa, sin reparar en que es posible, por la vía judicial, lograr resultados más provechosos que los que se obtienen con reformas legales mal estudiadas.

Para completar este panorama, debemos analizar algunas reglas contenidas en la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad.

El artículo 31 prescribe que: “Las imputaciones injuriosas, calumniosas, maliciosas de un hecho o de un acto falso, en los términos expresados en el artículo 19 (se refiere a la “imputación maliciosa de hechos sustancialmente falsos, o la difusión maliciosa de noticias sustancialmente falsas, como, asimismo, la difusión maliciosa de documentos sustancialmente falsos, o supuestos o alterados en forma esencial, o atribuidos inexactamente a una persona” por medio de diarios, revistas o escritos periódicos, impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones murales, volantes o emblemas que se vendan, distribuyan o expongan en lugares o reuniones públicas, la radio, la televisión, la cinematografía, los parlantes, la fonografía y en general cualquier artificio apto para fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes), o las que afectaren la vida privada de una persona o de su familia, en la forma señalada en el artículo 22, efectuadas a través de un medio de comunicación social, darán derecho a indemnización pecuniaria conforme a las reglas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, por el daño emergente, el lucro cesante o el daño moral”. Como puede comprobarse, en el amplio campo de los medios de comunicación social, el alcance del artículo 2331 está definido en la Ley N° 16.643, comprendiendo la indemnización no sólo del daño material, sino también del daño moral.

Los casos en que es posible eximirse de la obligación de indemnizar, consignados en el mismo artículo 31 de la citada ley, se refieren a situaciones en que desaparece el factor de imputación (no concurre dolo ni culpa).

Más importante resulta aún lo previsto en el artículo 34 de la Ley N° 16.643. “La indemnización de perjuicios proveniente de los delitos sancionados en los artículos 19 (noticias falsas o no autorizadas), 21 (delitos contra las personas) y 22 (imputaciones de hechos determinados, relativos a la vida privada o familiar de una persona), podrá hacerse extensiva al daño pecuniario que fuere consecuencia de la depresión anímica o psicológica sufrida por la víctima o su familia con motivo del delito, y a la reparación del daño meramente moral que tales personas acreditaren haber sufrido...” El inciso segundo agrega: “El tribunal fijará la cuantía de la indemnización tomando en cuenta los antecedentes que resultaren del proceso sobre la efectividad y la gravedad del daño sufrido, las facultades económicas del ofensor, la calidad de las personas, las circunstancias de hecho y las consecuencias de la imputación para el ofendido”.

De esta norma resulta claro que el daño moral no consiste sólo en la depresión anímica o psicológica sufrida por la víctima y su familia, lo cual confirma nuestra apreciación en el sentido de que este daño comprende la lesión de cualquier interés radicado en la esfera íntima de la persona (el amplio espectro de los sentimientos). Lo anterior porque la ley distingue la “depresión anímica o psicológica” de lo que llama el “daño meramente moral”. Asimismo, ratifica el hecho de que el juez para los efectos de fijar la cuantía de la indemnización debe tomar en cuenta varios aspectos, entre los cuales resaltan la “gravedad del daño sufrido, las facultades económicas del ofensor, la calidad de las personas, las circunstancias del hecho y las consecuencias”. Si los elementos indicados son procedentes para fijar la indemnización en el ámbito de los delitos que se cometen con ocasión de la publicación de las opiniones por la imprenta, y, en general, la trasmisión pública y por cualquier medio de la palabra oral o escrita, como reza el artículo 1° de la Ley N° 16.643, resulta indiscutible que los mismos parámetros deben usarse para los efectos de fijar la indemnización en otros casos. Si se estimara que existe un vacío o laguna legal en esta materia, sería perfectamente procedente integrarla por medio de la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural, conceptos todos recogidos por los elementos que señala la disposición legal analizada.

Invariablemente hemos sostenido que las leyes deben interpretarse a la luz de las normas y principios consignados en la Constitución Política de la República. No puede ser de otro modo si se tiene en consideración que la Constitución es la base de la institucionalidad y de todo el ordenamiento normativo. Por otra parte, el derecho repugna toda contradicción o incoherencia y supone una perfecta armonía y correspondencia entre todas las disposiciones que componen el sistema jurídico.

Bajo este prisma es evidente que la Constitución de 1925 contenía una clara referencia al daño moral. El artículo 20 de aquélla disponía: “Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios

efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente". La misma norma está contemplada en el día de hoy en el artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución de 1980, que dispone: "Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absoluta, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia". El procedimiento instituido para hacer valer este derecho está contemplado en el Auto Acordado de la Corte Suprema de 3 de agosto de 1983, el cual fue publicado en el Diario Oficial del 11 de agosto del mismo año.

A la inversa, tratándose de una expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional, el constituyente limitó la indemnización al "daño patrimonial efectivamente causado", según se dispone en el artículo 19 N° 24 inciso 3° de la Carta Política Fundamental, de lo cual resulta que para entender limitado el derecho a ser indemnizado es necesario que exista una disposición expresa en tal sentido.

Agreguemos, además, que el daño moral encuentra sus más sólidas bases constitucionales en lo previsto en los artículos 1°, 5° y 19 N° 1 de la Constitución. Estos preceptos reconocen la dignidad de la persona humana desde su nacimiento, limitan la soberanía en función de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y aseguran la integridad síquica de la persona. Todos ellos expresan, en consecuencia, los principios básicos en que debe fundarse el reconocimiento de la indemnización del daño moral. En el campo del derecho público, estos principios están expresamente recepcionados en los artículos 4° y 44 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. El primero señala que "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones...". El segundo dispone que "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio". Ambas normas aluden a los daños sin distinguir su naturaleza, lo cual fuerza a concluir que éstos comprenden tanto el daño material (patrimonial) como el daño moral (extrapatrimonial).

No obstante la claridad de las disposiciones que invocamos, no podemos menos que reconocer y compartir el juicio de que el daño moral y su reparación es un instituto que nace de la jurisprudencia. "El daño moral y su reparación son así en Chile instituciones netamente jurisprudenciales, por cuanto fueron introducidas, conceptualizadas y caracterizadas por dicha fuente del derecho. Ello explica, de paso, la incerteza y vaguedades que en muchos aspectos representan, a diferencia de lo que sucede con los daños materiales, que están reglamentados positivamente".

Creemos nosotros que constituye un avance en el derecho el descubrimiento de que el acto lesivo, por su carácter y poder agresivo, puede superar la barrera del interés tutelado en la norma y penetrar a la esfera interna de la persona, lesionando intereses que, en muchos casos, pueden ser incluso más importantes que aquellos protegidos. Así nace la reparación del daño moral, a pesar de todos los inconvenientes que representa su tasación, atendido su perfil satisfactivo y no compensatorio. No cabe tampoco duda alguna que esta tendencia seguirá profundizándose en el día de mañana, abarcando la indemnización efectivamente todos los daños causados. Puede, incluso, preverse que se irá más allá, dando a este rubro indemnizatorio el carácter de pena civil (daño punitivo), lo cual, a juicio nuestro, representaría un avance en el campo de la política judicial, pero reconociendo que ello no tiene asidero en la letra y espíritu de la ley chilena”.

Tercera etapa: La indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual.

Gatica¹⁸ señala que en la responsabilidad contractual “sólo son indemnizables los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) que sean consecuencia directa del incumplimiento...”.

Tomasello¹⁹ reconoce que “el legislador sólo pensó en los daños materiales, dada la época de redacción de nuestro Código Civil, pues la legislación que inspiró a la nuestra y la doctrina imperante entonces no hacían alusión a los daños morales contractuales y, como consecuencia de todo ello, sólo reglamentó los daños de orden material, consecuencia de obligaciones con prestación patrimonial...”.

Sin embargo, ambos autores defienden la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual.

Gatica²⁰ sostiene: “Es inaceptable pretender que el Derecho Civil deba limitar su protección a los intereses de orden económico, dejando de lado los valores de afección –estéticos, afectivos, intelectuales, etc.–, que en la etapa actual de la cultura tienen tanta o mayor importancia que lo estrictamente material”.

Para Tomasello:²¹ “Demandada la reparación del daño moral contractual, y probada su existencia, nuestros tribunales no podrían negarse a fallar el con-

¹⁸ Sergio Gatica Pacheco, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, p. 57, Editorial Jurídica de Chile, 1959.

¹⁹ Leslie Tomasello Hart, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, p. 164, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

²⁰ Op. cit., p. 147.

²¹ Op. cit., pp. 164 y ss.

flicto y conceder la indemnización a pretexto de que no hay ley que resuelva la contienda sometida a su decisión (Art. 10 inciso 2° del C. O. T.) y deberían proceder a aplicar las normas que rigen en materia de integración de las lagunas del Derecho”.

Finalmente afirma: “en ninguna parte nuestro Código Civil ha prohibido la indemnización del daño moral en materia contractual y, por lo tanto, la ha reconocido implícitamente, aunque no la haya reglamentado”.²²

Rodríguez Grez²³ sostiene la procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual en las siguientes razones:

a. *“El incumplimiento contractual lesiona siempre un derecho patrimonial. Como quiera que sea, el acreedor sufre un atentado que afecta derechos susceptibles de evaluarse en dinero, aun cuando este atentado comprometa también derechos o intereses extrapatrimoniales. En muchos casos el incumplimiento de una obligación susceptible de evaluarse en dinero acarrea trastornos no patrimoniales que comprometen la paz, la tranquilidad y la estabilidad psicológica y afectiva.*

b. *La lesión al derecho patrimonial, atendida su gravedad y alcance y, especialmente, la naturaleza misma de la obligación incumplida, puede penetrar la esfera de la intimidad y afectar los sentimientos del acreedor (derechos extrapatrimoniales).*

c. *Podría decirse que toda persona tiene una doble esfera. Externamente (en la vida social) se moviliza en función de sus derechos patrimoniales. Internamente (en su fuero íntimo) custodia sus derechos extrapatrimoniales. De aquí que pueda un mismo atentado (incumplimiento contractual) afectar ambas esferas, como consecuencia de que el daño causado a los derechos patrimoniales se proyecta (por la naturaleza de los derechos quebrantados y la entidad de la lesión) al campo de los derechos extrapatrimoniales. Este fenómeno explica que el daño moral se produzca conjuntamente con el daño material, a propósito del incumplimiento contractual. Este resultado explica, también, que en razón de un mismo acto puedan lesionarse derechos de diversa índole.*

d. *Si bien es cierto que la ley civil limita, por regla general, la indemnización contractual al **daño emergente** y al **lucro cesante** (ambos elementos de naturaleza patrimonial), no lo es menos que el daño a los derechos e intereses extrapatrimoniales, en ciertos casos, se **revierte**, alcanzando las aptitudes y la capacidad*

²² Ibid., pp. 164 y ss.

²³ Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Contractual*, pp. 237 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 2003.

patrimonial de la persona, extendiendo la cuantía del perjuicio. De suerte que, presuntivamente, el daño se amplifica al pasar de la esfera patrimonial a la esfera extrapatrimonial y de ésta a aquélla, autoalimentándose recíprocamente y haciendo imposible su separación.

e. No puede perderse de vista que existe una unidad ontológica, que comprende todos los intereses jurídicamente protegidos del sujeto de derecho. Por lo mismo, nada tiene de extraño que una lesión patrimonial se proyecte hacia el campo de los intereses extrapatrimoniales y que el menoscabo de estos últimos se **revierta** nuevamente hacia el campo patrimonial, afectando las aptitudes y capacidades de la persona (lo cual tiene consecuencias económicas).

f. El daño moral es siempre **presuntivo**, no existe manera de acreditarlo y de medirlo con certeza absoluta, porque se trata de una agresión que afecta la subjetividad de un individuo. Lo que en verdad es susceptible de probarse son los efectos o consecuencias del daño moral (el decaimiento, el desinterés por el ejercicio de las actividades normales, la pérdida de la capacidad laboral, los trastornos síquicos, los temores, la angustia, etc.). De aquí que sea siempre tan difícil establecer objetivamente la cuantía del daño moral y que los tribunales de justicia, ante esta dificultad, hayan optado por arrogarse una facultad discrecional de la que, ciertamente, carecen.

g. No cabe duda que existen algunas obligaciones cuyo cumplimiento menoscaba más los sentimientos que los intereses económicos. Tal ocurre en los ejemplos antes propuestos. Si los daños indemnizables en materia contractual, como se dijo, son sólo el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1556 del Código Civil), forzoso resulta concluir que la reparación del daño moral (esencialmente extrapatrimonial) **sólo es posible en la medida que ellos se proyecten hacia los derechos patrimoniales, afectándolos**. Como tampoco es posible determinar con precisión la cuantía de este perjuicio, la reparación no puede ser compensatoria, sino satisfactiva. "La valoración exacta de los daños morales no existe, puesto que su medición material es francamente imposible. Esto es una mera consecuencia de que los bienes personales afectados no admitan una valoración propiamente tal o estricta. Por lo mismo es que la reparación es satisfactiva, no compensatoria".

h. La indemnización del daño moral debe fundarse en un supuesto inamovible. **Todo menoscabo a los sentimientos íntimos de la persona (intereses extrapatrimoniales) repercute fatalmente en su personalidad, su capacidad productiva y su estabilidad emocional**. No es posible establecer con exactitud matemática, como resulta obvio, en qué medida y con qué profundidad operará este efecto, pero sí que es posible deducir que ello provocará un deterioro en la capacidad laboral, de administración, de reflexión y análisis de la persona lesionada.

¿Se puede dejar indemne este perjuicio sobre la base de que no es posible una prueba acabada del daño? ¿Puede alguien negar que el daño moral limita las capacidades y aptitudes de la persona? El problema, entonces, no es de existencia, sino de prueba. Existe certeza de que el daño patrimonial existe (al revertirse el daño moral y afectar intereses pecuniarios), pero no existe certeza sobre la cuantía del mismo. Este es, a juicio nuestro, el gran dilema que plantea el daño moral y que sirve a sus detractores para rechazar su reparación.

i. *La posición que sustentamos sobre la indemnización de perjuicios en materia contractual (no sucede lo mismo en materia extracontractual, porque, como se dijo, en ella impera el principio de reparación total), **transforma el daño moral en daño material** (como consecuencia de afectar aptitudes y condiciones productivas de la víctima), sobre la base de una **ficción**, que consiste en dar por establecido que la afectación de los sentimientos más íntimos de una persona influye poderosamente en sus capacidades y aptitudes productivas. De aquí que el daño moral (aceptando esta dimensión) sea **un daño virtual, futuro, derivado y propiamente una manifestación específica del lucro cesante.***

j. *Creemos advertir una diferencia fundamental entre la indemnización del daño moral en materia contractual y en materia extracontractual. En esta última área del derecho, la reparación integral hace posible la indemnización de todo interés afectado por el ilícito civil, cualquiera que sea su naturaleza. Así se desprende de lo previsto en el artículo 2329 del Código Civil, que, explícitamente, dice que “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, **debe ser reparado por ésta**”. En el incumplimiento de una obligación contractual se limita la indemnización de perjuicios al daño emergente y el lucro cesante, lo cual excluye la reparación de los intereses extrapatrimoniales afectados. Por consiguiente, en cumplimiento de esta disposición, nosotros postulamos la reparación del daño moral como consecuencia de que éste necesariamente afecta intereses patrimoniales en los términos ya expuestos”.*

Fueyo²⁴ expresa:

1) *“El considerable desarrollo logrado en el tema de la persona y los bienes y derechos de la personalidad, especialmente a contar de las postrimerías del siglo XIX, y acentuadamente en los últimos decenios, repercutió favorablemente en la materia del daño extrapatrimonial, o “danno non patrimoniale”, o “prejudice moral”, o “dano nao patrimoniais”.*

²⁴ Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, II. La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad, pp. 120 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1990.

2) *"Su mayor efecto favorable estuvo centrado en el punto relativo al fundamento de la reparación por daño moral. Una gran luz se proyectó sobre unos intereses de un inmenso valor espiritual y humano que no podían en modo alguno permanecer desconsiderados y merecían la tutela del derecho. Quedó en claro que el bien jurídico protegido eran los bienes y derechos de la personalidad, rotulación que, incluso, adquirió en los últimos tiempos patente de acertada científicamente.*

3) *Se superó abiertamente, por otra parte, el escrúpulo vacilante de indemnizar valores no económicos y de imposible medición pecuniaria del modo aplicable a la reparación de los daños patrimoniales.*

4) *Como se quiera, debían protegerse superiores valores espirituales y humanos acudiendo al resorte de conceptos o valores indeterminados idóneos para tal efecto. El juez haría con tal objeto el esfuerzo consiguiente dirigido a la solución de los casos concretos, manejando dicha técnica jurídica.*

5) *Por otra parte, y como un efecto a la recíproca, el desarrollo logrado por el tema de la resarcibilidad del daño extrapatrimonial dio aun más vida y mayor mérito a los bienes y derechos de la personalidad desde el momento que estos últimos tendrían tutela real y efectiva en la responsabilidad civil. Ya no nos contentaríamos con la consagración programática de los bienes y derechos fundamentales en las Constituciones Políticas; ni con la que se hace en los Códigos Penales para sancionar corporalmente o con multas y otras penas la agresión a unos pocos derechos y bienes de la personalidad involucrados en determinadas figuras penales.*

6) *Con acento en la lógica, el daño moral tiene aplicación extensiva, abarcando la triple responsabilidad: precontractual, contractual, y extracontractual. Además, si se afecta o agrede a la persona, a un bien o derecho de la personalidad o a un derecho de familia propiamente tal.*

7) *En una evolución lenta, con avances y retrocesos, se fueron logrando metas. Las palmas debemos brindarlas a la jurisprudencia. La doctrina fue arrojándose a ella poco a poco. Las legislaciones, siempre conservadoras, han ido avanzando lentamente, consagrando la materia de nuestro estudio de algún modo, casi siempre imperfectamente. Hay Códigos, como el nuestro, que aún no conocen la expresión daño moral o agravio moral, si bien contada legislación especial ya la emplea.*

8) *No sólo está pendiente la regulación correcta y completa del daño extrapatrimonial en los Códigos Civiles que aún no lo han hecho, entre ellos el nuestro, sino que la reformulación completa y modernizada del Libro Primero del Código Civil, bajo el nombre "La persona y los derechos y bienes de la personalidad".*

9) *Al término, me reconforta el haber dado un título acertado al presente trabajo: "La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad".*

El actual estado del tema de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual

Ello se aprecia en la sentencia de 15 de enero de 2008, pronunciada por la Excm. Corte Suprema, en los autos caratulados "Ojeda Ojeda, Bernardo Francisco con Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.", redactada por el ministro señor Sergio Muñoz Gajardo, con la prevención del ministro señor Milton Juica Arancibia.

En el considerando decimocuarto y primera parte de la motivación decimoquinta se expone la doctrina de la Corte acerca del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad contractual, cuyo tenor es el siguiente:

"Decimocuarto: Que las infracciones denunciadas por el recurrente y que en su concepto hacen procedente la indemnización por daño moral en materia contractual "que fuera desestimada por los jueces del fondo" ponen de relieve un tema que por largo tiempo no fue objeto de preocupación en nuestro Derecho, en razón de que siempre se consideró que el daño moral proveniente de incumplimiento contractual no era resarcible, postura que a partir de los tiempos modernos presenta cambios, vacilantes al comienzo, pero que actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia la han ido aceptando. Así esta Corte ya ha resuelto reiteradamente la procedencia del daño moral en materia contractual, en los fallos de 20 de octubre de 1994 y 16 de junio de 1997, publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 91, sección primera, página 100 y Tomo 94, sección tercera, página 94, pero, en especial en las sentencias de esta Primera Sala Civil de la Corte Suprema de fecha cinco de noviembre de dos mil uno, tres de septiembre de dos mil dos, veintiocho de noviembre de dos mil seis, once de abril, tres de julio, veintiocho de agosto y veinticuatro de septiembre del año en curso, recaídas en los ingresos rol N° 1.368-00, 4.035-01 N° 320-05, N° 3.291-05, N° 3901-05, N° 3750-05 y 4.103-05, que representan una línea jurisprudencial de los ministros que las suscriben.

Los fundamentos expresados para sostener la procedencia del daño moral en tales fallos se pueden resumir en las siguientes argumentaciones, según se ha dejado consignado en el considerando trigésimo primero del último de aquellos:

1. Aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil. El marco restrictivo que imperaba en las indemnizaciones en el ámbito contractual y que nacía de la aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil, tuvo su principal sostenedor

y defensor en el profesor Arturo Alessandri, cuyo criterio sobre la improcedencia del daño moral en materia contractual, se mantuvo casi inalterable en las sentencias de los tribunales de justicia hasta años recientes. En el ámbito contractual se consideró que la indemnización por daños extrapatrimoniales no era posible y aceptable y ello porque se entendió que el texto del artículo 1556 se refería únicamente a daños patrimoniales, o perjuicios pecuniarios, lo que no es así, pues no existe referencia a tal restricción o calificación en el texto del artículo.

2. **Nueva doctrina jurisprudencial.** El criterio de marco rígido evolucionó y como ejemplo de este cambio se encuentra la sentencia de 20 de octubre de 1994 de esta Corte Suprema, que rechaza un recurso de casación de fondo deducido por una institución bancaria que impugna la aceptación del daño moral en sede contractual, decisión que se une a otros fallos de esta Corte en el mismo sentido, de 3 de julio de 1951 y de 14 de abril de 1954, dictados en recursos de casación de fondo (Rev. de D. y J. tomo 91, págs. 100 a 105).

3. **El legislador acepta el daño moral.** No se ha excluido el daño moral por el legislador. La norma del artículo 1556 del Código Civil no excluye el daño moral, como tampoco dispone que la indemnización sólo comprenda o abarque los rubros de daño emergente y lucro cesante. En efecto, no podría excluir el daño moral, puesto que la ley no ha prohibido que la indemnización por daño moral pueda invocarse fuera del ámbito de los delitos o cuasidelitos, por el contrario, el artículo 544, en relación con el 539 y el 1544 del Código Civil, posibilitan esa clase de reparación de daños no patrimoniales, el uno en las relaciones de familia y el otro en el área de las convenciones.

4. **Concepción del daño emergente.** Las nuevas doctrinas sobre el resarcimiento del daño moral, derivado del incumplimiento de contratos, entiende que el concepto de "daño emergente" que emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario, sino también el extrapatrimonial o moral. Esta interpretación no sólo es posible, sino que plenamente aceptable en su texto actual del mencionado artículo, primero, porque la voz "daño" que emplea la disposición y que no se encuentra definida en la ley, corresponde, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a todo "detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia", es decir, a toda privación de bienes materiales, inmateriales o morales y porque, como antes quedó consignado, lo preceptuado en el citado artículo no excluye la consideración de otros perjuicios que no sean sólo los materiales.

5. **Aceptación por la doctrina.** Los estudiosos del Derecho, como parte de la jurisprudencia, recientemente han ido aceptando el resarcimiento del daño moral en los casos de incumplimiento de obligaciones contractuales. El profesor Fernando Fueyo Laneri en su obra "Instituciones de Derecho Civil Moderno"

afirma: "Para mi es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial", agregando que "la jurisprudencia chilena ha tenido la oportunidad de recalcar que la palabra 'daño' comprende el perjuicio, dolor o molestia que se cause, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que corresponde, además del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial que se ocasione por acto ajeno" (página 69). Sostiene que siendo el daño por esencia patrimonial y extrapatrimonial, del mismo modo el daño moral juega tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual (página 71). Otros autores nacionales participan del mismo parecer, como Leslie Tomasello Hart, en su estudio sobre El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual (Editorial Jurídica, 1969); René Abeliuk Manasevich, Las Obligaciones, Tomo II, N° 892, páginas 789 y 790; Ramón Domínguez Águila en sus "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista" (Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 188, 1990); Ramón Domínguez Benavente en "Comentarios de Jurisprudencia" (publicada en la antes citada revista universitaria N° 198) y recientemente doña Carmen Domínguez Hidalgo en su obra "El Daño Moral" (Editorial Jurídica de Chile, año 2000). Estableciendo ciertas diferencias, también comparte esta procedencia Enrique Barros Bourie, en su obra antes citada, páginas 335 a 345.

6. Igualdad ante la ley. La sentencia de esta Corte de octubre de 1994 expresa al respecto que los bienes extrapatrimoniales de una persona, como el honor y la fama, tienen un valor que de ordinario sobrepasa el de los bienes materiales "con mayor razón si se trata de la salud o la integridad física o psíquica", y agrega que "si la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización exclusivamente moral respecto de los perjuicios o daños causados por un delito o cuasidelito civil, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes. Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición". Fundamentos aquellos a los cuales la sentencia de veinticuatro de septiembre pasado, ya indicada, agrega que "el razonamiento que el daño moral queda incorporado en el daño emergente, ya que "el legislador no ha distinguido entre los daños materiales y los morales, sino que se ha limitado a referirse al daño emergente, y donde no distingue el legislador no es lícito al intérprete hacerlo", agregándose que reafirma esta interpretación la definición dada de la voz emergente por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y "según la cual se dice que algo es emergente cuando nace de otra cosa. De forma que cuando el legislador empleó el adjetivo emergente para calificar el substantivo daño, estaba queriendo decir, simplemente, que este daño provenía de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento" (Carmen Domínguez Hidalgo, El daño moral, Editorial Jurídica de Chile, Tomo 1, página 346, citando a Ruiz González, "El transporte de pasajeros

en la doctrina y la jurisprudencia”, Memoria de Licenciatura, año 1962)”. “Acudiendo a la norma de interpretación de la ley prevista en el artículo 24 del Código Civil, como a lo dispuesto en el artículo 170 N° 5 del de Procedimiento Civil e integrando una falta de pronunciamiento del legislador del Código Civil, se puede sostener que nuestro Estado ha establecido que es una República Democrática, cuyas características fundamentales, a los efectos de resolver la presente causa, se encuentran en la responsabilidad de todos los individuos y autoridades en un plano de igualdad, tanto ante la ley, como ante la justicia, proscribiéndose cualquier discriminación proveniente del establecimiento de diferencias arbitrarias, de forma tal que permitiendo expresamente la Carta Fundamental la reparación del daño moral en el artículo 19, N° 7, letra i), no se observan fundamentos para excluirla en algunas materias específicas, que no sea mediante una razonada justificación, como ocurre en el artículo 19 N° 24, inciso cuarto, en que el interés social impone limitar la indemnización al daño patrimonial efectivamente causado, a quien se ve expuesto a la privación forzada de su propiedad mediante un acto de autoridad, como es la expropiación. Estas premisas, además del principio de supremacía constitucional y aplicación directa de las normas de la Carta Política, impone, entre sus efectos particulares, preferir la interpretación de los textos legales en el sentido que mejor se cumpla con las disposiciones fundamentales del Estado. En efecto, la responsabilidad en el Derecho constituye un principio general, el que referido al Derecho Civil se plantea en el axioma que nadie puede dañar a otro sin reparación, en el evento que no concurra una causal de justificación. Esta responsabilidad en el Derecho Civil corresponde que sea integral e igualitaria en su extensión, si no existen argumentaciones concretas que ameriten establecer fundadas diferencias. Es por ello “que en función de la teoría de la unidad de la responsabilidad”, la distinción actualmente imperante respecto de la procedencia del daño moral en sede contractual y extracontractual, resulta absurda (René Abeliuk Manasevich, Las Obligaciones, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, página 789), contradicción y falta de congruencia que destacan la mayoría los autores citados con anterioridad y que se pronuncian por la aceptación del daño moral en sede contractual. Una interpretación contraria mantiene una desigualdad injustificada y por lo tanto puede constituir una discriminación arbitraria, por la falta de fundamentos de esta diferencia, que a lo más llega a sustentarse sobre la base de una interpretación exegética y literal, puesto que en el régimen del Código Civil, al regular la responsabilidad extracontractual se dispone que, por regla general, se indemniza “todo daño”, según reza el artículo 2329, al igual que en responsabilidad contractual, en el evento que se impute dolo o culpa grave, que equivale al dolo, en el incumplimiento contractual, al señalar el artículo 1558 que en ese evento se responde de “todos los perjuicios”. De lo anterior se sigue que el daño moral se encontraría excluido únicamente en sede contractual cuando la ley exija culpa leve o levisima para justificar la responsabilidad de la parte incumplidora. Incluso tal procedencia puede verse ampliada a todo evento en que, existiendo perjuicios morales, una de las partes pruebe la concurrencia

de hechos que permitan ser calificados de culpa grave o dolo en el incumplimiento de otra de las partes, puesto que la ley no ha impedido esta posibilidad, de tal forma que la diferencia descansaría más que en la ley en la posibilidad que tengan las partes de aportar antecedentes fácticos que permitan calificarlos en el sentido indicado y si se quiere extremar el argumento, la distinción pasaría a radicar en la decisión concreta de los tribunales al efectuar la calificación de la culpa. Lo injustificado de la diferencia anotada queda de manifiesto precisamente en materias propias de la responsabilidad médica, pues ante la posible opción de responsabilidades, resulta más beneficioso en la extensión del daño accionar por la vía extracontractual, por la limitación que contemplaría la legislación en sede contractual, sin que exista fundamentación plausible que avale tal distinción. Esta visión integral del Derecho lleva a superar la exclusión del daño moral en la responsabilidad contractual, limitando su procedencia a la justificación del mismo en los casos concretos de que se trata.”

“Decimoquinto: Que de lo expuesto precedentemente se colige que la responsabilidad contractual, en el caso de verificarse las exigencias legales, obligan al responsable a indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante y, asimismo, el daño moral, no siendo posible para esta Corte compartir, en consecuencia, los fundamentos del fallo impugnado que desconocen tal conclusión”.

La jurisprudencia citada parece ya bien asentada, apreciándose solamente una prevención hoy del ministro señor Juica. Antes existía una disidencia del entonces ministro señor Jorge Rodríguez Ariztía, quien exponía su opinión en los siguientes términos:

La prevención del ministro señor Milton Juica Arancibia.

“Se previene que el Ministro Sr. Juica no acepta el considerando decimocuarto ni el primer acápite del decimoquinto, porque en su opinión los jueces de la instancia no han conculcado ninguna ley expresa que obligue a la indemnización, en el presente caso, del daño moral por el simple incumplimiento de un contrato de edición, sin que además se haya probado que el hecho del retardo o mora ocasionó un detrimento físico o moral al autor que deba ser reparado por el sistema retributivo”.

La disidencia del ex ministro señor Jorge Rodríguez Ariztía

“1° Que las obligaciones que nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, dan origen a responsabilidades. Una de ellas es la de indemnizar los perjuicios que provengan de no haberse cumplido la obligación contraída, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

De esta indemnización de perjuicios proveniente de la responsabilidad contractual, como comúnmente se le denomina, trata el artículo 1556 de nuestro Código Civil.

Según esta norma legal, dicha indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, excepto en los casos en que la ley limita la indemnización, en forma expresa, al daño emergente. Por ejemplo, el artículo 1933 del Código Civil se refiere al evento que la cosa arrendada adolezca de vicios que impidan hacer de ella el uso para que fue arrendada, en cuyo caso el arrendador deberá indemnizar al arrendatario sólo el daño emergente, a menos que el vicio haya sido conocido del arrendador al tiempo del contrato o que fuere tal que debiera haberlo previsto o por su profesión conocerlo, caso en que se incluirá en la indemnización, además, el lucro cesante.

Otro ejemplo lo contiene el artículo 1930 del Código citado, que establece que si el arrendatario es turbado en el goce de la cosa arrendada a consecuencia de derechos que a su respecto ejercitan terceros, tiene derecho a que se le indemnice de todo perjuicio, esto es, el daño emergente y el lucro cesante; pero si la causa de tales derechos de terceros no fue o no debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, no será obligado el arrendador a abonar el lucro cesante.

De allí que respecto de los perjuicios susceptibles de ser indemnizados cuando provienen de responsabilidad contractual la norma del artículo 1556 citado es clara en su sentido, lo que no permite desatender su tenor literal a pretexto de consultar un espíritu o intención ajenos a lo allí expresado sin oscuridad alguna, como lo ordena el artículo 19 del Código Civil.

Aquella norma legal, mientras esté escrita en la forma como hoy lo está, sólo cabe al juez aplicarla, sin que le sea permitido interpretarla para variar su sentido.

2° Que de lo dicho fluye que el denominado daño moral, esto es, el sufrimiento moral o espiritual y no patrimonial, no es actualmente indemnizable cuando se le hace provenir de una responsabilidad contractual, como ocurre en el caso de autos. Así lo ha reconocido reiteradamente en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales.

Entre otros autores, puede ello verificarse en la obra de don Luis Claro Solar Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo II, números 1216 y siguientes, Imprenta Nascimento, 1937, como también en la obra De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, de que es autor don Arturo Alessandri Rodríguez, Imprenta Universitaria, 1943, N° 26.

Igualmente, en la monografía Aspectos de la indemnización de perjuicios

por incumplimiento del contrato, de don Sergio Gatica Pacheco, editada en 1959, páginas 144 a 147. Existe también jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales en igual sentido:

a) Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 1935, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 33, sección 1º, pág. 331;

b) Corte Suprema, 18 de abril de 1950, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 47, sección 1º, pág. 127;

c) Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de diciembre de 1948, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 47, sección 1º, pág. 127;

d) Corte Suprema, 27 de agosto de 1990, Gaceta Jurídica, N° 122, pág. 31.

3º Que aun tratándose de la indemnización de perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual, donde generalmente y en virtud de lo previsto en el artículo 2329 del Código Civil se ha aceptado la indemnización del daño moral, nuestro legislador la ha establecido de manera expresa, además del daño emergente y del lucro cesante, como excepción a la norma limitativa del artículo 2331 del mismo Código, como puede verificarse en el artículo 40, inciso 2º, de la reciente Ley N° 19.733, publicada en el Diario Oficial de 4 de junio del año en curso.

4º Que, por tanto, este disidente estima que la sentencia recurrida, al confirmar en lo pertinente la de primer grado, ha vulnerado el artículo 1556 del Código Civil al conceder indemnización de perjuicios por daño meramente moral que deriva de responsabilidad contractual, lo que ha influido substancialmente en lo dispositivo de aquel fallo pues, de aplicarse correctamente la norma legal citada, no podría haberse hecho lugar a tal suerte de indemnización".²⁵

Cuarta etapa: La constitucionalización del derecho ante la doctrina y la jurisprudencia

Guzmán Brito:²⁶ "El moderno fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, en la tradición y en su actual estado, consiste en conferir rango constitucional a ciertos derechos de contenido privatístico. Ello implica que

²⁵ Jurisprudencia Daño Moral, Departamento de Estudios Jurídicos Punto LEX, Corte Suprema, sentencia de 3 de septiembre de 2002, p. 85 y ss. y sentencia de 11 de abril de 2007, pp. 75 y ss., Editorial Punto Lex S.A., 2007.

²⁶ Alejandro Guzmán Brito, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, pp. 36 y ss., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Serie Ciencias Jurídicas, 2001.

tales derechos preexistían a la Constitución. De esta forma, las razones del fenómeno no radicarón en crearlos, sino en cambiarlos de rango”.

“Dos razones encontramos que explican el fenómeno. La primera, limitar al poder público, porque la Constitución (moderna) toda ella también fue históricamente entendida como una limitación. La segunda, otorgar a ciertos derechos privados la misma fuerza jurídica que posee la Constitución, lo que supone la noción de supremacía de ésta”.²⁷

“Ahora bien, al conferir rango constitucional a ciertos derechos privados, éstos quedan irradiados con la supremacía de la Constitución en que se incorporan, frente a la ley ordinaria y en general a toda norma inferior a aquélla; y así, cuando éstas contengan regulaciones que de cualquier manera violen la consistencia de esos derechos, se ven afectadas por el vicio de inconstitucionalidad con todos los efectos que el ordenamiento atribuya a tal vicio”.

“Pero estas dos razones para la operación constitucionalizadora las podemos reducir a una: la garantía de los derechos, vale decir, a la seguridad de poder remover el obstáculo que se oponga a su existencia o a su ejercicio, que implica la disponibilidad de algún tipo de acción judicial de reclamación frente al obstáculo”.

En lo concerniente a la dignidad de las personas, Guzmán Brito expresa que algunos derechos de la personalidad encuentran expreso fundamento constitucional, aparte el principio de dignidad mismo proclamado por el artículo 1° inciso 1° CP. Así, los derechos de privacidad de vida, de privacidad de escritos, de privacidad de datos personales y de la honra personal y de la familia se apoyan en el artículo 19 N° 4, que garantiza: “El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de la familia”.²⁸

Domínguez Águila,²⁹ al hablar de la “Constitucionalización del Derecho Civil”, dice:

²⁷ Sobre la supremacía en la carta de 1980: Silva Bascuñán, Alejandro, “La jerarquía normativa en la Constitución Política de 1980”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1982), pp. 105 y ss.; Ríos Álvarez, “El principio de supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Ciencias Sociales* 32-33 (1988), pp. 129 y ss. = XX Jornadas Chilenas de Derecho Público (Valparaíso, Edeval, 1990), pp. 19 y ss.; Silva Bascuñán, Alejandro, “Lo esencial es la supremacía de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público* 47-48 (1990), pp. 87 y ss.; Reyes Riveros Jorge, “Supremacía constitucional y sistema nacional de control”, en *Revista Chilena de Derecho* 20 (1993) 2-3, pp. y ss.; Vivanco Martínez, Ángela – Martínez Estay, José Ignacio, “Acerca de la supremacía de la Constitución”, *Ibid.* 18 (1997), pp. 63 y ss., citados por Guzmán Brito.

²⁸ Op. cit., p. 221.

²⁹ Ramón Domínguez Águila, “Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 93, N° 3, pp. 132 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1996.

“Fundamentos constitucionales de la reparación del daño moral. Siguiendo aquellos principios, nos parece indudable que un principio constitucional a destacar es el de la reparación del daño moral, al menos en sus especies más comunes. En efecto, tal reparación tiene asidero constitucional en el artículo 19 N° 1, que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, artículo 19 N° 4, que asegura el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, artículo 19 N° 9, que asegura el derecho a la protección de la salud, entre otros”.

Este autor concluye expresando que si la reparación del daño moral tiene hoy en día fundamento constitucional, la distinción entre daño moral extracontractual y daño moral proveniente de contrato deja de tener interés en cuanto dice relación con la existencia del derecho a reparación. Las normas constitucionales no distinguen entre la fuente de la lesión, sino que dan resguardo al interés mismo de la persona, sea cual sea el origen del mismo o de donde surja su lesión. Por consiguiente, cualquiera sea el alcance que en otro tiempo haya querido darse al artículo 1556 del Código Civil en cuanto a limitar la indemnización contractual al sólo daño económico, hoy en día, en presencia de las reglas constitucionales, esa interpretación no puede admitirse, porque según hemos visto, no cabe una que contraría la Constitución.

Favoreu³⁰ plantea que bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es ya más un derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero derecho.

Este autor explica que en el proceso de constitucionalización del derecho deben tomarse en consideración, primero, la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional, y luego el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico.

La acumulación de las normas constitucionales se produce en todos los países donde funciona un sistema de justicia constitucional. Pero en aquellos dotados de una Constitución reciente, la cantidad de las disposiciones constitucionales ya es importante desde el inicio, y, sobre todo, muchas de estas disposiciones son directamente aplicables a los individuos.

³⁰ Louis Joseph Favoreu, “La Constitucionalización del Derecho”, *Revista de Derecho, Universidad Austral del Chile*, volumen XII, pp. 31-43, agosto 2001. Artículo publicado en las *Misceláneas en homenaje a Roland Drago*, “La unidad del derecho”, París, Económica, 1996.

La difusión de las normas constitucionales se constata en su impregnación o irrigación del orden jurídico en todos los países donde existe una justicia constitucional.

Favoreu señala que lo expuesto ha sido posible, entre otros motivos, por el hecho de que la Constitución es considerada cada vez más como una regla de derecho: la normatividad de la Constitución está siendo admitida, aun si parece todavía difícil de considerar por generaciones de juristas formados con otro espíritu. Las nuevas generaciones conciben mucho más fácilmente que, como en Alemania, Italia o España. "La Constitución es derecho"; las reglas constitucionales son directamente aplicables tanto por el juez ordinario como por las autoridades administrativas o los particulares.

La posición clásica, sostenida todavía en 1979 por Georges Vedel y Pierre Delvolvé y según la cual "en algunos casos los principios constitucionales no pueden aplicarse independientemente de la ley", mientras, que "estos mismos principios podrían aplicarse independientemente de la Constitución", ya no es válida hoy en día. Todas las normas constitucionales son de aplicación directa y no necesitan de la ley para hacerse "operacionales". Las fórmulas consideradas, hace todavía quince años, como demasiado vagas para "ser determinantes sin prolongación legislativa" (por ejemplo: "La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias a su desarrollo"), son hoy en día no solamente directamente aplicadas por el juez ordinario, sino también su violación puede incluso fundamentar una anulación por abuso de poder: así en el fallo Dame Montcho del 11 de julio de 1980, el Consejo de Estado ha admitido el derecho de las familias extranjeras a reconstituirse, conforme a las disposiciones ya citadas y en prefiguración de la decisión del Consejo constitucional del 13 de agosto de 1993.

Finalmente, el mismo tratadista señala: Hoy, el eje esencial es la Constitución, y el regulador, el Consejo Constitucional, y el conjunto del orden jurídico se está reorganizando alrededor de estos dos polos.

Las cosas ya no son como antes. La ley era "el metro" supremo; hoy en día, es la Constitución. Se hablaba antaño del principio de legalidad: hoy, del principio de constitucionalidad. La supralegalidad sonaba como algo simbólico y el control de su respeto como una meta a alcanzar o como una evolución deseable o ineluctable: así va hoy con la supraconstitucionalidad.

Los juristas, y aquellos quienes, filósofos u otros, hablan del derecho deberían tomar conciencia de esta mutación muy profunda y no pueden seguir fundamentando su razonamiento en la identidad entre derecho y ley y en la negación de la existencia de un derecho de la Constitución, que ya no es un "derecho de preámbulo" o un "derecho político", sino un verdadero derecho.

Cazor³¹ expresa que: *“en la actualidad la Constitución, además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado, los cuales necesariamente deben someter su acción a ella. De la misma forma, reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador no los haya regulado. Preeminencia constitucional que en ningún caso se traduce en la abolición de la capacidad reguladora de la ley en el ámbito de los derechos de las personas. Poniéndose en evidencia, con ello, la insoslayable interacción que se produce entre Constitución, ley y derechos fundamentales”*.

Vargas Sáez³² explica, acerca de los métodos de constitucionalización, que: *“El método más evidente de constitucionalización de materias civiles será la eventual consagración expresa de sus disposiciones en las normas constitucionales. Podemos citar a modo de ejemplo el derecho a la vida, consagrado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, garantía que, sin perjuicio de tratarse de un derecho humano fundamental, supuesto básico de existencia y regulación de la sociedad, la vida humana ha sido objeto de estudio y discusión por el derecho privado, en lo que se refiere a la determinación de la calidad de sujeto de derechos y la aptitud para adquirirlos, vida que también ha sido objeto de estudio particularizado de otras ramas del derecho, como del derecho penal, que ha estudiado el tema con objetivos diversos, a saber: punibilizar ciertas conductas antijurídicas.*

Por otra parte, la aplicación e interpretación de las normas contenidas en la Constitución efectuada por los Tribunales también podría revelarse como método de constitucionalización, en la medida que incorporen criterios de carácter civil. En efecto, habida consideración del principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, la Constitución puede recibir aplicabilidad directa de sus disposiciones, pudiendo el Tribunal que resuelve coordinar y desarrollar el contenido de las normas constitucionales con otras de carácter legal y criterios jurisprudenciales, conformando un argumento jurídico que recibiére aplicabilidad en la solución de conflictos de carácter civil.

Respecto de la aplicabilidad directa de la Constitución, los medios procesales han tenido una marca de importancia en la constitucionalización del derecho civil. Estos medios procesales se encuentran vinculados directamente con la Constitución y

³¹ Kamel Cazor Aliste, “El fenómeno de la constitucionalización del derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales”, pág. 43, en *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Coordinador Juan Carlos Ferrada Bórquez, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

³² Luis Vargas Sáez, “Recepción Jurisprudencial de la Constitucionalización del Derecho Civil en nuestro sistema”, en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 286, 2004, abril, pp. 7-24.

son el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el recurso de protección, el recurso de amparo económico, la acción de responsabilidad por daño ambiental y la acción de responsabilidad por error judicial, los que han servido de continentes directos de un proceso de constitucionalización irreversible.

Asimismo es relevante la tendencia moderna que postula que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico debe verificarse de conformidad a las normas de la Constitución. Finalmente la Constitución Política de la República de Chile de 1980 ha servido, y sirve, como una efectiva plataforma para la constitucionalización del Derecho Civil chileno, ello debido a la actividad jurisprudencial de gran parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, quienes mediante esta nueva forma de interpretar las disposiciones constitucionales han aplicado sus reglas a materias de Derecho Privado, bien sea en forma directa o bien por la vía interpretativa de la Ley Civil, de modo que no puede pretenderse que las disposiciones obtenidas de este proceso interpretativo puedan ser calificadas de Derecho Público.

Esta nueva visión de la interpretación del Derecho Privado tiene insospechadas consecuencias que pueden materializarse a través de los respectivos recursos (acciones) contemplados en la Constitución y en la ley para la defensa de las garantías constitucionales, como es el recurso de amparo económico, cuya utilidad se reflejará cuando puedan unificarse los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo Tribunal.

En todo caso esta aparente privatización de la Constitución, atendiendo a la aplicabilidad directa de la Constitución y la supremacía de las normas constitucionales, es un proceso que va en aumento geométrico, y debe tenerse presente que los efectos que puedan derivarse de la constitucionalización, entendida como fenómeno judicial, sirven para la transformación del sistema jurídico legal sin la necesidad de recurrir a una reformulación del sistema jurídico, siendo una alternativa a los métodos integrativos tradicionalmente reconocidos por la doctrina civil, con una mayor fuerza aplicativa y de convicción proporcionada por la supremacía constitucional que revestirían los principios que se pudieren obtener por la vía de la constitucionalización”.

Navarro Beltrán³³ analiza el fenómeno de la constitucionalización del derecho, particularmente a través de la variada jurisprudencia cautelar emanada de la Corte Suprema en materia de protección de derechos fundamentales durante el año 2002, habiendo sido el derecho de propiedad el más invocado. Del mismo modo hace referencia a otras acciones que conoce el máximo tribunal

³³ Enrique Navarro Beltrán, “La constitucionalización del Derecho a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista Derecho Mayor*, año III, número 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 97-122.

y que también aplican directamente la Constitución, como son los casos de la inaplicabilidad, nulidad en materia procesal penal y casación.

En las conclusiones, el profesor Navarro expresa:

"1. La constitucionalización del derecho se ha manifestado a través de los múltiples recursos de protección acogidos en las más diversas materias.

2. En tal sentido, el derecho más invocado ha sido el de propiedad, con sus diversos alcances, sin perjuicio de la prohibición del establecimiento de comisiones especiales y el derecho a emprender actividades económicas lícitas.

3. Con la reforma procesal penal el recurso de nulidad también pasa a transformarse en un instrumento fundamental para controlar la constitucionalidad de las actuaciones de los jueces, en particular frente a infracciones al debido proceso.

4. También el recurso de inaplicabilidad es una herramienta que favorece la aplicación directa de la Constitución. En tal sentido esclarecedor es la declaración de oficio de inconstitucionalidad de la norma contemplada en el Código Tributario que autoriza la delegación de facultades jurisdiccionales.

5. Por último, el recurso de casación es una acción relevante a la hora de poner la Constitución en acción, tal como ocurrió tratándose de la publicidad ubicada en predios privados en los que se ha pretendido gravar con derechos no contemplados en la ley".

Soto Kloss³⁴ expresa: *"La Constitución de 1980 ha venido a configurar 'otro mundo' conceptual, teórico y práctico, y es a lo que nos hemos dedicado estos últimos 25 años, que la historia comienza en 1976 con las Actas Constitucionales N°s 2 y 3, y aun antes, con las "Metas u objetivos para la Nueva Constitución", de noviembre de 1973, y la famosa "Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de Chile", de 11 de marzo de 1974, hace ya 30 años casi, documentos ambos de la mayor relevancia, indispensables para entender la Constitución de 1980 en su exacto contenido y como idea directriz de toda su aplicación. Y digo 'comienza otra historia', porque la Constitución de 1980 adquiere real y prácticamente la supremacía que una Constitución obviamente ha de tener, al menos en un régimen que pretenda que impere el Derecho y no la voluntad del tirano de turno, sea en la cúspide o en niveles medios. Y al ser así, todo el Derecho –y especialmente las disciplinas del Derecho Público (v.gr. administrativo-tributario-penal-procesal, etc)–*

³⁴ Eduardo Soto Kloss, "La Constitucionalización del Derecho Administrativo", *Revista Derecho Mayor*, año III, número 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 27-46.

resulta vertebrado, configurado, “constituido”, por la Constitución, en sus Bases (arts. 1° a 7° y 9°), que se transforman en los principios fundantes, ineludibles e intransables, intangibles e inamovibles, de todas estas disciplinas. Ciertamente, sí, que la abulia, la inercia y la ley del menor esfuerzo hacen que no pocos sigan el camino como si la Constitución Política de 1980 no existiera, y siguen enseñando y escribiendo y juzgando según los mismos esquemas o planteamientos vigentes bajo la Constitución Política de 1925, los cuales son bien distintos, y lejos están de los principios o bases que establece la de 1980, la cual desde su artículo 1° coloca a la persona humana como sujeto, principio y fin de toda la sociedad, de todo el Estado, de todo el Derecho, y al Estado, por tanto, “al servicio de las personas” no al revés, como ha sido, por desgracia, durante tantas décadas del siglo XX, en el estatismo antihumano que se practicara, con sus trágicas consecuencias de todos conocidas, y que hoy día, algunos trasnochados pretenden revivir, pero ahora bajo el eufemismo de ‘regulaciones’.

Pues bien, esa constitucionalización de todo el Derecho, y no sólo del Derecho Administrativo, aparece planteada en la propia Constitución sobre la base de la primacía de la persona humana y la consecuencial servicialidad del Estado y de cada uno de sus órganos.

Esa primacía de las personas concretas –hombres y mujeres de carne y hueso, no entelequias ni abstracciones ideológicas– arranca de la dignidad ontológica intrínseca que ellas poseen en cuanto seres sustanciales dotados de razón, libertad, socialidad y trascendencia, creadas a imagen y semejanza del Creador, y que viven en sociedad, desde que nacen en una familia, célula primaria, básica y fundamental de la sociedad, y luego agrupadas en la múltiple variedad de sociedades o asociaciones que forman la trama misma de la sociedad, dotadas ellas de la necesaria autonomía para crearse, organizarse y alcanzar sus fines propios y específicos conforme a su propia naturaleza.

En esta perspectiva, el Estado –sociedad mayor de la comunidad política, ente que es accidental y que inhiere (como accidente que es) a un ente sustancial, como son las personas humanas, en cuanto éstas son sociables– adquiere toda su plenitud en su misión de servicio a las personas, para contribuir al mayor bienestar espiritual y material de éstas, promoviendo ese conjunto de condiciones que permitan su mayor perfección o bienestar. Es la finalidad misma del Estado, en cuanto promotor del bien común en el orden temporal de la comunidad política.

Y dicha servicialidad la Constitución se ha encargado de expresarla, construirla y asegurarla de modo particularmente claro y preciso. En efecto, esa promoción de dicho bien común ha de hacerla el Estado “con pleno respeto de los derechos de las personas” (tanto de los derechos naturales, fundamentales, esenciales, adquiridos, que todos están incluidos en el término “derechos” que usa la Constitución, sin diferencia ni distinción, art. 1° inc. 4°).

Lo que se asegura nada menos que a través de establecer de manera perentoria que los derechos de las personas, derechos "esenciales", constituyen un "límite" al poder/potestades de los órganos del Estado. Es decir, el poder de éste no es omnímodo ni incontrolado, sino limitado, puesto que encuentra una valla, un tope, un límite infranqueable, como son los derechos de las personas. Y no sólo un límite, en cuanto prohibición de afectarlos, agravarlos o avasallarlos, sino, además, le ha sido impuesto, por el contrario, un deber imperativo de "promover el ejercicio" de estos derechos, a fin de permitir así la mayor perfección de los miembros de la comunidad nacional, tanto en cuanto proteger y fortalecer la familia, la mayor integración dentro de la comunidad y la mayor igualdad de oportunidades para promover esa integración.

Pero, lo dicho, que parece un hermoso discurso de político en campaña para obtener un cargo de representación popular, no es mera palabrería en la Constitución, puesto que ésta se ha encargado de hacerlo operable a través de mecanismos jurídicos, tanto expeditos como precisos en su formulación.

Así, mecanismo fundamental para asegurar esa servicialidad del Estado en pro del bien de todas y cada una de las personas que conforman la comunidad nacional, es la supremacía de la Constitución, que está expresada de forma prístina al disponerse que "Los órganos del Estado deben someter su acción a 1ª Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella" (artículo 6º inciso 1º).

Esta supremacía de la Constitución es total, completa y sin excepción alguna, "ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias" (artículo 7º inciso 2º), ya que esas mismas "circunstancias extraordinarias" se encuentran previstas expresamente en la propia Constitución, la cual también en tales circunstancias rige, sin que se suspenda su vigencia, y sin que los órganos del Estado puedan tener otras potestades o poderes que aquellos que expresamente se les hayan conferido en dichas circunstancias excepcionales o extraordinarias (artículos 39 a 41).

Y ese "someter su acción", esto es, esa sujeción a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad, a que están vinculados todos los órganos del Estado, cualquiera sea su función, naturaleza o jerarquía, les obliga constitucionalmente de manera directa, por el texto mismo de ella, sin que sea necesario la dictación de norma inferior alguna, ya que esa vinculación directa es operativa de suyo, como lo señala y establece la misma Carta Fundamental al disponer que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos..." (artículo 6º inciso 2º).

Pero no ha querido el constituyente dejar cabo suelto en este someter a Derecho a los órganos del Estado –luego de la trágica y traumática experiencia vivida durante los aciagos mil días del gobierno marxista del Presidente Allende, en su vía

leninista por asumir el poder total. De allí que se encargó de precisar no sólo esa supremacía de la Constitución, sino de determinar la validez jurídica de los actos de los órganos del Estado, imponiéndoles exigencias, delimitando sus competencias y su sujeción a Derecho e, incluso, imponiendo directamente el efecto jurídico de la infracción a sus disposiciones, como es tanto la nulidad constitucional de los actos que ha violado como la responsabilidad constitucional del Estado por el daño producido por sus actos u omisiones ilícitas, esto es, contrarias a la Constitución (artículo 7° incisos 1°, 2° y 3°).

Este planteamiento fundamental ha significado que la Constitución se configura y asume verdaderamente el papel y la función de base del ordenamiento, de sustento de todo el edificio jurídico, de cimiento ineludible de toda rama del Derecho, la cual –cual más, cual menos– encuentra en ella su fundamento, los principios básicos, y la armadura que sostiene sus instituciones específicas, propias de ella, las cuales no pueden adquirir vida y validez jurídica sino en la medida que se adecuen a ella, desde que si la violaren o contravinieren sus disposiciones resultan nulas, de nulidad constitucional (o nulidad de derecho público, como suele decirse usualmente, artículo 7° inciso 3°)“.

Corral Talciani³⁵ sienta las siguientes conclusiones:

1. *La constitucionalización del derecho privado no es un proceso único, sino que una de las varias tendencias en las que se aprecia un cambio metodológico de la ciencia del derecho privado o dogmática jurídica iniciado en la segunda mitad del siglo XX.*
2. *En Chile se trata de un proceso que tiene avance en la jurisprudencia, pero que aún no ha sido captado plenamente por la doctrina y los operadores del derecho.*
3. *La constitucionalización puede operar de tres formas: a) por la vía reformadora; b) por la vía hermenéutica o de la aplicación indirecta y c) por la vía de la aplicación directa.*
4. *Un exagerado entusiasmo de constitucionalización puede conducir a sobrevalorar la Constitución y a incurrir en un régimen de “autarquía” más que de supremacía constitucional.*
5. *Uno de los peligros de esta especie de autarquía constitucional se presentaría si se reconociera la constitucionalización por vía de aplicación directa contra disposición expresa de ley que no ha sido declarada inconstitucional. También*

³⁵ Hernán Corral Talciani, “Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho Privado”, *Revista Derecho Mayor*, año III, N° 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 47-64.

debe evitarse la tentación a fabricar vacíos legales artificiales negando la función subsidiaria de las leyes civiles para atribuir la regulación de completos regímenes jurídicos a la norma constitucional.

6. *La constitucionalización también puede ser mirada como una elevación a rango constitucional de normas y principios propios del derecho civil o privado, de modo que es posible hablar también de una constitucionalización o privatización del derecho constitucional.*

7. *La constitucionalización, rectamente entendida y practicada, no debiera desconocer ni desvirtuar el rol de derecho nuclear y común del derecho civil, respecto del derecho privado y en general de todo el orden jurídico.*

Fernández González³⁶ expresa: *“Una de las más trascendentales consecuencias de la fuerza normativa de la Constitución, contenida en su artículo 6° inciso 2°, es, precisamente, la constitucionalización del derecho, vale decir, el deber impuesto a los órganos estatales y a todas las personas en orden a interpretar y aplicar los preceptos y cláusulas jurídicas conforme a los principios y normas contenidos en la Carta Fundamental, o sea, visualizando el Sistema Jurídico Interno desde y hacia la Carta Fundamental.*

En efecto, si en virtud del principio de supremacía constitucional, contenido en el inciso 1° de aquel artículo, tanto los órganos públicos como cualquier persona, institución o grupo deben actuar con sujeción, formal y sustantiva, a la Constitución; la fuerza normativa exige respetarla en el desenvolvimiento concreto de aquellas actuaciones, de manera que las conductas estatales y particulares no sólo respeten la Carta Fundamental en la secuencia dispuesta para su generación y cuando se los confronta, sustantivamente y en abstracto, con la preceptiva fundamental, sino que también cuando esas actuaciones se lleven a la práctica, aunque no se hayan planteado dudas de constitucionalidad, en sede preventiva o a posteriori, o no obstante que ellas hayan sido desechadas.

Ello, porque el acto, proveniente del Estado o de particulares, considerado tanto en su proceso formativo como desde el ángulo material, si bien puede reputarse ajustado a la Carta Fundamental, aun cuando haya sido sometido a control de constitucionalidad, al ejecutarlo también tiene que ser respetuoso de los principios y normas contenidos en la Constitución:

“El fenómeno de la constitucionalización del derecho en general ya no es nuevo en otros países y en especial en Europa. El razonamiento jurídico a partir de

³⁵ Miguel Ángel Fernández González, “El Tribunal Constitucional y su aporte a la Constitucionalización del Derecho”, *Revista Derecho Mayor*, año III, N° 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 65-97.

la Constitución es, en nuestros tiempos, tarea común en aquellos derechos que conocen el fenómeno desde hace ya tiempo y, por lo mismo, han podido elaborar una doctrina al respecto. Cuestiones como la interpretación “desde” o “según” la norma fundamental del Estado, la existencia de principios constitucionales, que se imponen al juez y al doctrinador y que vean más allá de la mera inteligencia literal de las garantías constitucionales, la obligación del juez de aplicar directamente la Constitución, sin esperar la dictación de leyes especiales que pongan en acción los principios de la Constitución, no son ya novedad, incluso en países tan reacios a conceder al juez común facultades para inmiscuirse en principios constitucionales como Francia.

Este fenómeno parte por atribuir a la Constitución un rol muy diverso del que tradicionalmente se le había reconocido, como ley suprema que distribuye la competencia y poderes de los órganos del Estado. Mucho más que eso, en ella se reconocen y consagran instituciones y principios que se consideran esenciales para la persona... Todo ello no puede sino afectar profundamente al Derecho Civil y a las consecuencias de la clásica distinción entre Derecho Privado y Derecho Público, ya que incluso principios que son propios del primero, como el de autonomía privada, adquieren rango constitucional”.

Para este autor, la constitucionalización del derecho obliga a reconocer la fuerza normativa de la Carta Fundamental, sin que resulte admisible sostener que existen preceptos constitucionales dotados de aquel vigor y otros que requieren de mediación jurídica posterior para adquirirlo:

“...toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo...

Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y Tribunales Ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de los preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo. Como podremos ver más abajo, no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativos, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas...”.

Cuevas Farren³⁷ manifiesta: “Las Cortes han sostenido que por derivar esta garantía de la dignidad con que están investidos todos los individuos por mandato del artículo 1° de la Carta, es éste un derecho de superior jerarquía que debe

³⁵ Gustavo Cuevas Farren, “Constitucionalización del Derecho: una aproximación al proceso y sus causas”, *Revista Derecho Mayor*, año III, N° 3, octubre 2004, Universidad Mayor, pp. 13-26.

prevalecer incluso sobre la libertad de opinión cuando entre ambos se produce una “colisión”, es decir, cuando la resolución de un asunto litigioso en el que cada parte se apoya en uno de estos dos derechos, exige obligatoriamente preferir a uno negando aplicación al otro. Existen cuatro sentencias que se pueden considerar “paradigmáticas”: Las dos primeras prohibieron la circulación en Chile del libro Impunidad Diplomática, y son ellas la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de mayo de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 15 de junio de 1993; y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997, que prohibió la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, confirmada por la Corte Suprema el 17 de junio de 1997”.

Cea Egaña³⁸ expresa: “Consciente que estamos aún en curso de alumbramiento, sobre todo en Chile, que, tardíamente, se incorporó al proceso, pienso que, entre esas características, se halla, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables.

Agrego que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, el ejercicio del Gobierno con sujeción a la Constitución, cuya Parte Dogmática, abarcando las garantías jurisdiccionales, es anterior y superior al Instrumento de Gobierno.

Característica del nuevo paradigma es también la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad. Por consiguiente, ya no se requiere la intermediación, previa o ulterior, de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida. La Constitución, evocando a Herman Heller, vive hoy porque es vivida, en el sentido que se aplica, realmente y en los más variados asuntos de la convivencia, sometiéndose a ella los gobernantes igual que los gobernados.

Me detengo, con énfasis, en la subordinación de la ley a la Constitución, de manera que la primera vale sólo en la medida que respeta a la segunda, y de ésta es núcleo esencial, lo repito, su Parte Dogmática. Con palabras elocuentes, Herbert Krügger lo plantea en la aseveración siguiente: por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida que lo permitía la ley, o la ley vale en la medida que respeta a los derechos esenciales.

Pero esa supremacía exige control para que sea efectiva. Por ende, sin suprimir ni disminuir la vigilancia del Parlamento, se enriquece el régimen de frenos y contrapesos con la revisión que ha de ser hecha, especialmente, por los Tribunales

³⁵ José Luis Cea Egaña, “Algo más sobre la Constitucionalización del Derecho”, en *El Nuevo Derecho Público en la Doctrina Chilena*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 30, año 2006, pp. 129-143.

Constitucionales. Esta es una Magistratura diferente de la judicatura ordinaria; máxima o sin superior en su misión de guardián del Código Político; y resueltamente configurada por el Poder Constituyente para proteger los derechos fundamentales, v.gr., de las minorías ante actuaciones o amenazas de las mayorías”.

Derecho irradiante y derecho irradiado

En el Estado Constitucional de Derecho, el constitucionalismo humanista se extiende horizontal y verticalmente, penetrando en las más variadas disciplinas del ordenamiento jurídico, debiendo impregnar todas las actuaciones estatales y, no cabe duda, también las conductas de los particulares sin excepción. Este es el fenómeno de irradiación o efecto reflejo que surge de la constitucionalización del Derecho.

A la jurisprudencia alemana se debe el hallazgo descrito, pleno de posibilidades promisorias. Debe, sin embargo, cuidarse no caer en la hegemonía del constitucionalismo, con perjuicio para las demás especialidades normativas. Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, merece ser citado, donde escribe que:

“Los principios objetivos supremos son flexibles y de general aplicación, aunque imprecisos (...). Influyen en la interpretación del Derecho Privado, sobre todo en la concreción de las cláusulas generales y, en casos especiales, como justificación para apartarse del texto de la ley. Pero las normas del Derecho Privado siguen aplicándose (...). El juez debe examinar el Derecho Privado para determinar si está influido por el Derecho Constitucional y desprender las consecuencias (...). No se olvide que la autonomía de la voluntad privada es también objeto de garantías constitucionales”.

Pero la precaución hecha para no incurrir en aquella hegemonía tampoco admite desconocer los cambios que ha experimentado el Derecho por virtud del constitucionalismo humanista. Me identifico con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, al sentenciar lo que leo enseguida:

“Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado. Sin embargo, en las disposiciones de la Constitución sobre tales derechos se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del Derecho”.

Idénticamente importante es puntualizar la actitud con que debe obrar el legislador de frente a la constitucionalización del Derecho. En él, sus órganos de control internos están llamados a ser los primeros vigilantes de la supremacía, precaviendo qué proyectos o iniciativas inconstitucionales puedan prosperar, o confiándose en que el Tribunal Constitucional sea quien las suprima, como legislador negativo”.

Jurisprudencia

La Corte de San Miguel en sentencia de 24 de agosto de 1995, estableció la siguiente doctrina:

“Es un principio de derecho incorporado a nuestro ordenamiento jurídico positivo y cuya expresión más patente la constituyen los artículos 1437, 2314 y 2329 del Código Civil, que toda persona que ha cometido un hecho ilícito, con dolo o culpa, que ha provocado un daño a otro; se encuentra obligada a indemnizarlo.

Establecida la existencia de un hecho culposo que produjo daño en las cosas y en las personas, surge la obligación indemnizatoria correspondiente y la responsabilidad penal consecuente.

La indemnización del daño moral impera como un principio normativo indiscutible frente a la extensión conceptual de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil que obliga a “reparar” todo daño sin distinción de especie. Dicho principio no se agota en la legislación ordinaria, sino que halla acogida también en la normativa suprema de la Constitución Política de la República cuyo artículo 19 asegura el derecho a la integridad física y psíquica, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, bienes de excelencia e ideales por naturaleza que, al amparo del reconocimiento constitucional, deben recibir de parte de los órganos encargados de hacer operante el ordenamiento jurídico que arranca su origen y validez en la Carta Fundamental, amplio resguardo y protección, incluido el resarcimiento pecuniario cuando resultan afectados por actos que los lesionan o menoscaban. Explicito es el acápite 7, letra i) del referido artículo 19, al asegurar a la persona que hubiere sido condenada o procesada mediante una decisión judicial que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, el derecho a una indemnización por parte del Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.

Las dificultades en la evaluación pecuniaria del daño moral no pueden erigirse en argumento para sostener la improcedencia de su indemnización. Su regulación queda entregada al juez, quien fundado en criterios de prudencia y equidad puede establecerla teniendo en consideración los antecedentes que arroje el proceso sobre factores tales como la naturaleza, especie e intensidad de la lesión, las condiciones personales de la víctima, su entorno familiar y social, su actividad laboral, buen nombre o reputación y aun las circunstancias en que acaeció el evento nocivo.

La reparación del daño debe ser completa, por lo que procede que el valor nominal de la moneda en que se expresa sea reajustado para paliar los efectos de la depreciación de este signo, desde la fecha de la demanda en el caso del daño material y desde la fecha de la sentencia respecto del daño moral, hasta el día

*de su pago; y cuyo reajuste debe considerarse en función de la estimación del Instituto Nacional de Estadísticas. Los intereses habrán de ser los corrientes para operaciones reajustables”.*³⁹

El artículo 2331 del Código Civil frente a la Constitución de 1980.

Diez Schwerter⁴⁰ expresa que *“el artículo 2331 del Código Civil es una norma eminentemente injusta que resiente los cimientos de la responsabilidad civil extracontractual, al imponer a una persona la obligación de soportar gratuitamente ciertas consecuencias nocivas de un hecho ilícito que la afectó, por cuanto en muchos casos la única posibilidad de resarcimiento que tiene la víctima de un atentado al honor o crédito es la indemnización pecuniaria del daño moral sufrido, lo que precisamente le impide el legislador”.*

Recuerda este autor que *“hoy la reparación del daño moral por atentado a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia tiene un asidero constitucional (art. 19 N° 4 de la Constitución Política), lo que lleva a concluir que:*

a) Se podría sostener la inconstitucionalidad o derogación tácita del art. 2331 del Código Civil (según sea la posición que se adopte frente a la problemática que genera la existencia de disposiciones legales que pugnan con preceptos constitucionales), pues en muchos casos dejará sin ningún tipo de reparación a los atentados a la garantía constitucional del derecho al honor.

Ello ocurrirá cuando la indemnización pecuniaria, que impide el art. 2331, sea la única vía resarcitoria a que puede aspirar la víctima (por no existir equivalentes no pecuniarios posibles de aplicar al caso concreto).

b) Es posible recurrir de protección en caso de amenaza o consumación de un perjuicio moral de esta especie a fin de obtener una reparación no pecuniaria de dicho daño”.

Jurisprudencia

– Por sentencia de 16 de abril de 1991⁴¹ la Corte de Apelaciones de Santiago estableció que:

“Si bien es cierto el artículo 2331 del Código Civil dispone que las imputaciones

³⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 92, secc. 4ª, p. 161, Editorial Jurídica de Chile, año 1995.

⁴⁰ José Luis Diez Schwerter, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*, pp. 125 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1997.

⁴¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 88, sec. 4ª, pp. 29 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1991.

injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a demandar indemnización pecuniaria a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero, tal precepto debe interpretarse restrictivamente por ser una excepción al principio general del artículo 2329 del mismo Código.

Establecido que la ofendida fue víctima de imputaciones que exceden la propia injuria –se la llamó ladrona y además sufrió malos tratamientos de obra–, atentaría a los principios generales del derecho y a equidad natural que un hecho vejatorio constitutivo no sólo de delito civil sino además penal quedara sin indemnización por el daño moral sufrido por la víctima.

Procede, en consecuencia, acoger la demanda civil deducida contra los encausados y el tercero civilmente responsable y determinar la cantidad reajutable a pagar por éstos, por el concepto aludido”.

La Corte Suprema en sentencia de 2 de abril de 1996⁴² señala en su considerando noveno que “...como ya lo ha resuelto este Tribunal, en más de una ocasión, el artículo 2331 del Código Civil se refiere a la indemnización pecuniaria por daño emergente o lucro cesante, a la que hace alusión expresa, pero no a la indemnización del daño moral, cuya fuente para impetrarla emana del artículo 2314 del Código Civil, que obliga al que ha cometido un delito o un cuasidelito a una indemnización, sin limitar los alcances de la misma, lo que, por lo demás, está acorde con el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, que faculta demandar en el proceso penal la indemnización de los perjuicios causados por el delito, sin tampoco limitar sus alcances”.

Nuestra opinión de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil

- Concordamos con la sentencia del Tribunal Constitucional al declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 2331 del Código Civil. A partir de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1980, se considera que el resarcimiento del daño moral es un resguardo por equivalencia a la intangibilidad de la dignidad de la persona humana (art. 1º). Es, asimismo, una limitación de la soberanía en razón del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5º, inc. 2º), y del amparo que la Constitución asegura al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N° 1); así como del respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (art. 19 N° 4). Tales precep-

⁴² Fallos del Mes N° 449, Sent. 11, pp. 785 y ss., abril 1996.

tos son obligatorios por mandato del artículo 6° de la Carta Política y su interpretación no puede afectar la esencia de los derechos protegidos. (art. 19 N° 26 de la C.P.R.)

- La evolución que han experimentado la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la indemnización del daño moral tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, unida a la constitucionalización del derecho, hacen que el fallo de que se trata esté inserto en la realidad jurídica imperante que recoge el moderno pensamiento sobre la materia.
- Discrepamos de la crítica del profesor Aldunate⁴³ al efecto de irradiación de los derechos fundamentales, basados en el distinto alcance que –según este autor– tiene el *Drittwirkung* en el derecho germánico y el efecto de irradiación que de tales garantías se pretende en nuestro ordenamiento interno, limitando así –según dice– el ámbito de la reserva legal. Desde luego, el establecimiento del recurso de protección en nuestra Carta Política y la jurisprudencia sobre esta acción cautelar de naturaleza constitucional, han significado la aplicación directa de la Constitución para el amparo de las personas frente a los abusos provenientes de la autoridad o de los particulares, y los tribunales así lo han declarado. En esa misma línea se insertan las reformas legislativas en el ámbito penal (amparo y nulidad), en lo laboral (tutela) y en lo tributario (amparo). Asimismo, el efecto irradiante de la Constitución se aprecia en el Derecho Administrativo, entre otras materias, en la nulidad de derecho público. En consecuencia, el fallo que comentamos cumple cabalmente con lo que ha sido la inteligencia que se ha dado a la Carta Política en nuestro país en los últimos treinta años y no merece, por lo mismo, reproche a estos respectos.

⁴³ Eduardo Aldunate Lizana, *El Efecto de Irradiación de los Derechos Fundamentales, en la Constitucionalización del Derecho Chileno*, pp. 13 y ss., Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2003.