

## Tribuna

Viernes 13 de Mayo de 2011

# Sobre la inconstitucionalidad del art. 2331

Pablo Rodríguez Grez

Abogado

El Tribunal Constitucional volverá a pronunciarse en los próximos días, esta vez, sobre la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil. Es posible que él sea declarado contrario a la Carta Política Fundamental y, en consecuencia, se entenderá derogado, según lo dispone el artículo 94 inciso 3° de la Constitución, desde la publicación de la sentencia en el Diario Oficial.

El tenor de la disposición indicada señala: "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 proba la verdad de la imputación".

La cuestión plantea varias interrogantes que conviene dilucidar.

Comencemos por señalar que el llamado daño moral, concepto todavía muy difuso en el derecho, consiste en el menoscabo que experimenta una persona por la pérdida o lesión de un interés extrapatrimonial (no susceptible de apreciarse en dinero) por hecho o culpa de otra persona. El dolor, el sufrimiento, la amargura o la depresión no pueden "compensarse" económicamente para reparar el perjuicio que se ha causado en el delicado mundo de los sentimientos. Por lo tanto, la indemnización por daño moral es "satisfactiva" -como señalan los autores- y tiende a procurar a la víctima agrados y placeres que atenúen la pérdida del interés afectado. Durante mucho tiempo se pensó que el daño moral era el "precio del dolor" (pretium doloris), tesis hoy abandonada por la doctrina jurídica. El dolor, por cierto, no tiene precio ni existe medida alguna para calcular su magnitud.

El daño moral difiere de lo que conocemos como "daño emergente" (disminución real del patrimonio de la persona por efecto del hecho que lo provoca); y como "lucro cesante" (ganancia que se habría obtenido conforme el curso natural de las cosas de no mediar el obrar del dañador). En ambos casos es posible compensar a la víctima y calcular la indemnización objetivamente, restableciendo el equilibrio patrimonial indebidamente roto.

Ahora bien, la procedencia de la reparación del daño moral -cualquiera que sea su naturaleza- es una materia entregada exclusivamente al legislador y la decisión judicial, ya que no se trata de una prestación que sustituya una pérdida económica, sino una fórmula encaminada a morigerar el sufrimiento. El indemnizado por daño moral se enriquece económicamente (aumenta su patrimonio), para con ello lograr un alivio a su sufrimiento, el que, por su naturaleza, no puede repararse por medios pecuniarios.

El artículo 2331 del Código Civil, en el área que le es propia (responsabilidad extracontractual), limita la procedencia, en ciertos casos, de la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, salvo que éstos tengan una consecuencia patrimonial susceptible de acreditarse, lo cual no constituye sino la reiteración de los principios generales que inspiran esta materia, puesto que no hay indemnización sin daño apreciable en dinero. La norma, entonces, no hace más que regular una situación concreta que puede prestarse para abusos y excesos, afectando el ejercicio de otros derechos como "la libertad de emitir opiniones y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de la responsabilidad de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley,....." (Artículo 19 N°12 de Carta Fundamental). Nótese que la propia Constitución se remite a la ley en lo que dice relación con los "delitos" y los "abusos" que puedan consumarse al amparo de este derecho fundamental.

Sostener la inconstitucionalidad del artículo 2331 del C.C. implicaría una intromisión del Tribunal Constitucional en el campo legislativo y en las facultades que la ley asigna al juez, el cual puede o no conceder una indemnización, pero aplicando las limitaciones señaladas y por razones justificadas. Tampoco

podría sostenerse que la norma indicada sobrepasa la garantía constitucional de "igualdad ante la ley" o que la circunstancia de referirse a los autores de "imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona" implica una "diferencia arbitraria". Lo anterior porque la diferencia está fundada en la prevalencia de un valor (la libertad de expresión) por sobre otro (la pretensión de la víctima de que se mitigue su sufrimiento por la afectación de su honra). En este contexto no es dable afirmar, a nuestro juicio, que el artículo 2331 del C.C. infringe la Constitución, puesto que ni siquiera alude al daño moral, el que no se compensa ni se repara, sólo se atenúa siempre que la ley lo permita y el juez lo ordene.