

En torno al daño moral: entre los principios, las reglas y las excepciones. Un comentario crítico al fallo del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 2331 del Código Civil



JORGE BARAONA GONZÁLEZ¹

RESUMEN

El presente estudio analiza críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable por inconstitucional el artículo 2331 del Código Civil. Se estudia tanto el voto de mayoría, incluyendo las prevenciones de los ministros Correa y Bertelsen, como el de minoría y se formulan críticas especialmente al primero de estos tres, ellos, por estimarse que el nivel de fundamentación no es el suficiente. La tesis que el trabajo plantea es que el principio de responsabilidad no está recogido de una manera integral en la Constitución, y por ello el legislador debe ser libre para ponderar su aplicación en casos concretos. En el caso del daño moral, dada su dificultad para ser recogido judicialmente, parece razonable que el legislador elija postergar su aplicación, en determinados casos, especialmente cuando aparece comprometida la libertad de opinión, lo que favorece un clima de mayor libertad, por paradójico que ello parezca.

SUMARIO

1. Antecedentes del caso. 2. Argumentos esgrimidos; 2.1. De la parte recurrente; 2.2. Defensa esgrimida por los demandados. 3. El tema de fondo: si efectivamente el artículo 2331 del Código Civil debe ser considerado como inconstitucional. 3.1. El contenido de la garantía; 3.2. Seguridad y protección constitucional de la honra: el mandato al legislador; 3.2.1. El voto de mayoría; 3.2.2. La prevención del voto de mayoría; 3.2.3. El voto de minoría. 4. Daño moral y responsabilidad civil. 5. Restricción del daño moral e igualdad ante la ley. 5.1. Cuestión general; 5.2. El derecho comparado: los casos de Italia y Argentina; 5.2.1. Italia; 5.2.2. Argentina. 6. Mi criterio. 7. Las libertades públicas. 8. Conclusión

1. ANTECEDENTES DEL CASO

Me propongo en este comentario analizar la sentencia dictada por nuestro Tribunal Constitucional con fecha 10 de junio de 2008, Rol

¹ Abogado, Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes y Universidad de Chile.

943-07, por la cual acogió un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el abogado don Luis Carlos Valdés C., con la finalidad de que el Tribunal Constitucional declarase inaplicable el artículo 2331 del Código Civil, en la causa civil Rol N° 2429-2007, caratulada “Valdés con Jaime Irrázabal y Otros”, que se tramitaba ante el Decimoctavo Juzgado Civil de Santiago.

Aunque en el recurso no se abunda en el tema, el recurrente buscaba con su presentación ampliar la competencia del juez que estaba conociendo de su demanda, de manera de lograr que, si ella era acogida, pudiera condenarse a los demandados a una indemnización no solo por los daños patrimoniales que se probaren, sino también de los daños meramente morales derivados del hecho de haber sido excluido como socio del estudio jurídico del que formaba parte junto con 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, según lo expone el mismo recurrente.

La cuestión de fondo que el abogado señor Valdés llevó ante el Tribunal Constitucional, era si la disposición contenida en el artículo 2331 del Código Civil es o no contraria a la Constitución, concretamente al artículo 19 N° 4, que consagra la garantía y protección de la vida privada y de la honra. El punto que el recurrente planteó como inconstitucional dice relación con la limitación contenida en el artículo 2331 del Código, por la cual se excluye el daño moral en caso de que una persona resulte responsable de una imputación injuriosa contra el honor o crédito de otra, pues, en este caso, la disposición solo da derecho a demandar una indemnización pecuniaria si se prueba daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero. Esta limitación no encajaría con la garantía constitucional consagrada en la Constitución, que no contiene esta restricción.

Como puede apreciarse, el recurso de inaplicabilidad giró en torno a cuestiones de gran importancia actual, tanto en el ámbito constitucional, como civil. Por un lado, el tema de la interpretación de las garantías constitucionales, especialmente en lo referido a su extensión, y a la regulación que de ellas pueda hacer el legislador, particularmente en lo referido a las eventuales limitaciones que pueda introducirles. Por otra parte, el tema introduce la cuestión de la tutela indemnizatoria y sus funciones, tanto preventiva como reparadora, como modelo de protección de las garantías constitucionales, la configuración dogmática de la honra personal, y los problemas que tiene un juez para la determinación y valoración del daño moral.

Mirado el problema desde el punto de vista de los valores de una sociedad libre o abierta, aparece un conflicto entre la protección de la persona, en su dimensión de su honor y crédito públicos, y la libertad de emitir opinión. En este conflicto, me parece razonable privilegiar el amplio debate de ideas y la libre circulación de opiniones, que es esencial a un sistema de protección general de las personas, aunque ello se haga a costa de restringir, en ciertos casos, determinados mecanismos de tutela, como es el caso de daño moral frente a lesiones al honor o crédito de las personas. Por ello, me aproximo críticamente a este fallo. Pienso que las razones que en 1855 pudieron atenderse para redactar el artículo 2331 del Código Civil siguen vigentes, y que la libertad de las personas recibe un apoyo y no un golpe, cuando el legislador toma este tipo de decisiones, que, tal vez a primera vista parecieran desproporcionadas.

2. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS

2.1. De la parte recurrente

La argumentación del fondo que hizo presente el recurrente, como ya se ha anunciado, se basa en que estima inconstitucional el artículo 2331 del Código que impide la condena por mero daño moral respecto de las ofensas al honor y crédito de una persona, pues, la garantía constitucional correspondiente, contenida en el número 4° del artículo 19 de la Constitución, asegura de manera amplia el “respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Expuso el recurrente, invocando doctrina española, que en el núcleo protegido por la Constitución con el término “vida privada” y “honra” debe incluirse también el prestigio profesional.

Como se advierte en la sentencia que comento, el precepto del Código Civil que el recurrente impugnó, vendría a establecer una limitación al ejercicio de los citados derechos que la Carta Fundamental no contiene. Para el recurrente, la limitación contenida en el artículo 2331 del Código Civil no solo no debía ser considerada constitucional por aplicación del artículo 19 N° 4 de la Carta, que contempla una amplia protección de la honra, sino que, además, debía ser interpretada como contraria a la norma del artículo 19 N° 26, en cuanto asegura que las regulaciones complementaciones, e incluso limitaciones a las garantías constitucionales, deben ser autorizadas por la propia Constitución y materializadas en preceptos legales, lo que en este caso no ocurría, pues, no hay norma constitucional

alguna que permita al legislador restringir el derecho a la honra que ha asegurado.

En apoyo de su postura el recurrente invocó la doctrina de los autores Enrique BARROS BOURIE² y José Luis DIEZ SCHWERTER³, quienes en sus respectivas obras sobre responsabilidad civil, también han considerado al artículo 2331 CC como inconstitucional, por razones similares.

2.2. Defensa esgrimida por los demandados

Los demandados en el juicio seguido ante el Decimoctavo Juzgado Civil de Santiago haciendo uso del traslado que se les confirió, formularon sus propias observaciones para pedir que se rechazara el recurso. Plantearon argumentos tanto de tipo formal o procesal, como de fondo. En el estudio de esta sentencia prescindiré del análisis de los aspectos sobre inadmisibilidad, que los dejo a los especialistas en Derecho Constitucional y Procesal, para concentrarme en los aspectos más sustantivos. De cualquier manera, la Primera Sala del Tribunal Constitucional declaró tempranamente admisible el recurso.

El abogado de los demandados, el profesor Jorge BOFILL, planteó que de lo dispuesto en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política no podría deducirse necesariamente que a toda persona se le asegura una indemnización pecuniaria del daño moral que emane de una vulneración a su honra. Afirmaron los demandados que en la Constitución no se regula la manera en que debe protegerse la honra, ni menos define si las indemnizaciones que procedan por sus posibles atentados incluyan o dejen de lado el daño moral. Para los demandados, estos son temas entregados al legislador, incluso se apoyan en la doctrina del mismo profesor Enrique BARROS⁴.

² BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 579, en donde afirma que hay razones para asumir la derogación tácita u orgánica del artículo 2331 CC, aunque esa no parece ser una afirmación que comprometa de manera definitiva al autor.

³ DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 125, se expresa de la siguiente manera respecto del 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". Por ello afirma que podría sostenerse su inconstitucionalidad o derogación tácita.

⁴ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado...*, cit, pp. 248-254, quien efectivamente manifiesta una opinión más bien contraria a una aplicación amplia de la Constitución, que exige, como regla, una mediación de la ley. Sin embargo, de manera excepcional, el autor

Otro argumento que hizo presente la defensa de los demandados, que tiene connotaciones formales y de fondo, fue el hecho de que si la norma contenida en el artículo 2331 del Código Civil estaba tácticamente derogada, según lo sostenía el recurrente, querría decir que el cuestionamiento a la norma que aquel planteaba ante el Tribunal Constitucional no sería un problema de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sino más bien sobre vigencia de la norma, lo que excedería de la competencia del Tribunal.

3. EL TEMA DE FONDO: SI EFECTIVAMENTE EL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL DEBE SER CONSIDERADO COMO INCONSTITUCIONAL

Como ha podido advertirse de la breve presentación que se ha hecho de los argumentos planteados, tanto por el recurrente como por los demandados en el juicio para el cual se pedía la declaración de inaplicabilidad, el punto central que debe resolverse es si fue correcta la decisión de la mayoría del Tribunal Constitucional al estimar inconstitucional el artículo 2331 del Código Civil, por vulnerar la garantía contenida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución.

Para analizar el tema pretendo revisar los siguientes aspectos: contenido del derecho a la honra; las funciones de la responsabilidad civil en la protección de las garantías constitucionales; las disfunciones jurídicas que se producen en la determinación y valoración del daño moral.

3.1. El contenido de la garantía

La Constitución describe la garantía a la honra en términos genéricos: “derecho a la honra de la persona y su familia”. El término honra, como se recuerda en la sentencia que comento, tiene una dimensión subjetiva, que apunta a lo que la persona se valora, es el buen juicio que cada uno tiene de sí mismo, más allá de nuestras imperfecciones y limitaciones, pues, de no tenerse, se estaría ante un grave problema psicológico o psiquiátrico, si no moral. En la faz objetiva, en cambio, la honra dice relación con el derecho que tenemos a gozar de buena fama. Ambos aspectos están comprendidos en la garantía, como se

opina que en materia de conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, el derecho civil es espejo del ordenamiento de bienes que establece la Constitución.

recuerda en la sentencia, pero fundamentalmente lo protegido es la faz objetiva⁵.

Un aspecto interesante, que fue indicado por el recurrente, dice relación con el contenido de la garantía constitucional a la honra, en el sentido que ella debe considerarse extendida al prestigio profesional, y parece razonable comprenderlo así. No puede haber duda de que el honor no es algo abstracto, sino concreto, el cual descansa en las circunstancias precisas en que una persona se desenvuelve. Resulta difícil no estimar que efectivamente se mancilla la fama de una persona, si se le atribuye un comportamiento inmoral en su actividad profesional, pues el daño en este caso es más preciso, desde el momento que necesariamente afecta a relaciones con los clientes y colegas, lo que trasunta obviamente en aspectos económicos.

En cuanto a su justificación intrínseca, parece claro que el honor es un aspecto consustancial a la persona humana, que nuestra Constitución reconoce en una dimensión física (corpórea o material) y espiritual o psíquica, y que en todo caso tiene un sentido unitario. Por ello, el artículo 1° de la Constitución fija como finalidad del Estado el bien común, que comprende la búsqueda de la más plena realización material y espiritual de las personas y a su turno el artículo 19 N° 1, ahora en términos de garantía, asegura a todos la integridad física y psíquica personales. Concuero, así, con la sentencia comentada cuando declara en su consideración vigésimo quinta: “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”.

Por ello, en la delimitación dogmáticamente del contenido del derecho a la honra no debería haber problemas para reconocerle un sentido amplio. La dificultad surge al momento de conciliar este derecho con otras garantías esenciales en un sistema democrático, como es la libertad de expresión (y de información)⁶ y en general la libertad de comportamiento que debe reconocerse a las personas.

⁵ Por todos, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, De los derechos y deberes Constitucionales*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 193.

⁶ Para este conflicto entre derecho a la honra y la libertad de expresión, me parece útil la obra de GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco, *Libertad de Expresión y Derecho a la Honra*, segunda edición, LexisNexis, 2007, pp. 3-44.

De lo anterior se deduce que la garantía de la honra debe reconocerse en un marco delimitado⁷. Más aún, cuando se trata de la protección del honor subjetivo, que es muy sensible a lesiones inadvertidas, lo que es muy corriente en la sociedad contemporánea, en donde las personas solemos comportarnos de manera autorreferente y tendemos a ser suspicaces⁸.

Un segundo aspecto que hace difícil la solución de los casos de ataque al honor, y que creo es el punto neurálgico de este comentario, es determinar la manera en que el honor se protege. Si el legislador se propone evitar que se cometan daños a la honra de las personas, con un grado importante de eficacia, ello no parece conciliable con el grado de libertad básico que un sistema democrático debe asegurar a todos. Por ello, la tutela preventiva se hace más débil en estos casos y la protección que se torna más viable es la tutela reparadora.

Me parece importante considerar este último elemento, en el caso que analizo, pues, el problema se presenta con una norma legal (el artículo 2331 del Código Civil) que no concede indemnización por el daño moral en determinados casos de lesión al honor o al crédito de una persona. Detrás de esta limitación legal existe, no puede haber duda, una consideración de otros intereses involucrados en la cuestión que se regula y que también se quieren atender⁹.

⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 243, explica que en “los derechos, el contorno de la protección iusfundamental está dado por el propio ordenamiento jurídico, por lo que este es, siempre, delimitación del respectivo derecho, sino justamente el borde interno del mismo frente al cual debe abstenerse el legislador”. (En la nota n° 465 entiende delimitación, “como reducción, en el plano normativo, de una ámbito conceptualmente abierto”).

⁸ Como explica SILVA BASCUÑÁN, *Tratado...*, cit., p. 193, “[m]uchas veces los diversos sentidos que tiene el vocablo ‘honra’, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo, coinciden, pero no siempre el ser humano es un buen juez de sí mismo, porque es difícil que sea neutral e imparcial en todo lo que a él le afecta. Por eso al ordenamiento jurídico le interesa que prime el crédito, el buen nombre, la fama, la apreciación objetiva del destinatario de la garantía constitucional.”

⁹ Pese a que la Constitución se proclama como directamente aplicable en materia de derechos fundamentales, esto no puede significar que la ley no deba intervenir para hacer operativa una garantía, como lo explica CAZOR A., Kamel, “El fenómeno de la constitucionalización del Derecho: cuestiones de mera legalidad de trascendencia constitucional y derechos fundamentales”, en *La Constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile y Universidad Austral de Chile, Santiago, 2003, p. 43, la “[p]reeminencia 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”. Apela, como conclusión final de su trabajo (p. 62), a decisiones jurídicas razonables, es decir “susceptible de ser justificada razonable y coherentemente con el ordenamiento jurídico general, especialmente constitucional. Con el consecuente abandono en su razonamiento de cualquier atisbo de positivismo legalista.

Una tercera cuestión que conviene esclarecer en esta labor configuradora del derecho al honor, es su dimensión eminentemente espiritual, sin contenido económico directo, por cuanto es inseparable de la propia persona de la cual se predica y que básicamente tiene asiento en la necesidad de autoafirmación que todos tenemos. El Tribunal Constitucional pone énfasis en este aspecto en el considerando trigésimo sexto del fallo, cuando afirma que “el derecho a la honra, por su esencia espiritual y moral como emanación de la dignidad de la persona humana carente de materialidad, no posee en sí mismo valor económico o patrimonial, por lo que el resultado dañino de los atentados en su contra se traducirá, ordinariamente, en sufrimientos o mortificaciones de igual carácter, esto es, en *daño moral*, aunque eventualmente, en ciertos casos, pueda adquirir algún efecto económico susceptible de ser calificado de daño patrimonial”. La afirmación tiene interés, pues, asocia directamente la naturaleza del interés protegido –de tipo moral o espiritual– con el daño que de él deriva, que también tiene las más de las veces naturaleza puramente moral.

3.2. Seguridad y protección constitucional de la honra: el mandato al legislador

3.2.1. El voto de mayoría

La cuestión tal vez más difícil que enfrentó la sentencia que se comenta fue resolver si por el hecho de que la Constitución asegure y proteja el derecho a la honra, debe aplicársele el estatuto del derecho de daños como un todo, sin que el legislador pueda hacer distinciones y restricciones.

Desde un punto de vista teórico, es obvio que debe distinguirse entre el derecho mismo y sus medios de protección, sin desconocer la importancia de que un derecho así reconocido esté efectivamente garantizado¹⁰. Hoy existe acuerdo en la doctrina nacional en que las garantías asociadas a los derechos de la personalidad, como es el derecho al honor, aparte de la protección propia del recurso de protección, pueden tutelarse por la vía del derecho de daños. Desde

¹⁰ Cfr. ALDUNATE, *Derechos Fundamentales*, cit., p. 79, “un derecho fundamental solo constituirá un derecho público subjetivo cuando, aparte de la consagración normativa del respectivo derecho, se consagran sus garantías primarias, esto es, los correlativos deberes o prohibiciones de actuación, y las garantías secundarias, o sea, los órganos y procedimientos destinados a atacar el incumplimiento de los deberes constitutivos de las garantías primarias”.

el momento que se trata de derechos, o al menos intereses, constitucionalmente consagrados, es perfectamente admisible que una lesión civil se traduzca en una indemnización en los términos del XXXV del L. IV del Código Civil. Pero la cuestión es saber si el legislador puede limitar ciertas normas del estatuto del derecho de daños, como lo hace en el artículo 2331 del CC, restringiendo el daño moral en determinados casos.

El Tribunal Constitucional, en el voto de mayoría, opta por una solución amplia del tema y concluye de una manera, en mi criterio, que pudo ser más fina.

“TRIGESIMO SÉPTIMO: Que el efecto natural de la aplicación del precepto legal impugnado en estos autos –artículo 2.331 del Código Civil– es, precisamente, privar a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos, de la protección de la ley, pues, mientras las lesiones a otros derechos igualmente no constitutivas de delitos dan lugar a indemnización por todos los daños patrimoniales y morales causados, de acuerdo a la regla general del artículo 2.329 del Código Civil, las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral, que es naturalmente el producido por esta clase de atentados y, ordinariamente, el único...”.

Esta forma de argumentar tiene una falla fundamental, en mi concepto, al identificar la protección de la garantía con los mecanismos de sanción frente a su trasgresión, lo que no estimo correcto¹¹. En efecto, el hecho de que se lesione la honra de otro solo permite constatar que el derecho ha sido vulnerado, pero de aquí no se sigue necesariamente

¹¹ En un sentido similar al voto de mayoría, ROSENDE ALVAREZ, Hugo, “El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral”, en *Actualidad Jurídica*, Año X, N° 19 (2009), tomo II (pp. 703-756), pp. 755-756 “[c]oncordamos con la Sentencia del Tribunal Constitucional al declarar inaplicable por inconstitucionalidad 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 persona humana (art. 1°). Es, asimismo, una limitación a la soberanía en razón del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5°, inc. 2°), 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 de la vida privada y a la honra de la persona y su familia (art. 19 N4). Tales preceptos 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 CPR)”. Pero, en mi criterio, una cosa es que la Constitución pueda ser interpretada y aplicada, desde su clara opción personalista, de manera que permita demandar daños morales allí donde la ley no los reconoce explícitamente y otra cosa distinta es estimar inconstitucional una disposición que niega el derecho a daños morales en casos determinados.

que, por tratarse de una garantía constitucional, haya derecho necesariamente a la indemnización por el daño moral. Ello significaría concluir que el mecanismo de tutela represiva que conlleva el derecho de daños tendría carácter constitucional, como un bloque, y es lo que parece afirmar la sentencia en otra de sus consideraciones.

“DECIMOTERCERO: Que el principio de responsabilidad así concebido no queda restringido al ámbito puramente legal, pues está incorporado al ordenamiento constitucional que no solo otorga rango constitucional a la responsabilidad civil y penal, al remitirse a ellas la Carta Suprema en numerosos casos en que las alude directamente, o lo hace respecto de ciertos delitos o de los daños y perjuicios que causan determinadas autoridades o ciertas circunstancias, sino que, además, consagra estatutos de responsabilidad constitucional concretos, o encomienda expresamente al legislador hacerlo”.

Cuesta admitir que el principio de responsabilidad, integralmente considerado, tenga rango constitucional, pues ello supone una severa limitación de política legislativa¹². En efecto, nuestro Código Civil contiene ciertas restricciones indemnizatorias, comenzando por la diferenciación de los estatutos del derecho contractual y extracontractual, en donde la configuración misma de los daños es distinta. Por otra parte, todo el régimen de imputación, como regla, queda entregado a la ley; la tipificación misma de los daños indemnizables es otra materia que queda también reservada al legislador, así por ejemplo, el mismo Código Civil, en el artículo 1556, consagra la regla general, en el sentido de que la indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero, en otros casos especiales, limita la indemnización solo al daño emergente, como en el inciso final del artículo 1931; lo mismo puede decirse de las reglas sobre prescripción extintiva, que en materia extracontractual son más breves (4 años) que respecto del derecho común (5 años).

¹² Opto aquí decididamente por una comprensión del sistema jurídico en el cual pueden verse, la mayoría del veces, una norma que fija un principio operativo, que proviene del derecho constitucional, y que deja un campo de actuación a la ley, la que a su vez fijará reglas de aplicación; por lo mismo, la metodología de la aproximación a la norma constitucional no puede ser ni excesivamente rígida, que lleve solo a ver en el nivel constitucional reglas que se deducen de un actuar por vía de silogismos de subsunción, ni tan amplia, que haga innecesaria una regla legal, que aplique el principio a determinados casos, delimitándolo. Deben combinarse aproximaciones de principios, en el nivel constitucional, de reglas delimitadoras en el nivel legal, que hagan viable el trabajo legislativo y permitan cumplir con una dimensión fundamental al Derecho: ofrecer seguridad jurídica. Sobre el tema ALEXY, Robert, *El concepto y la validez en el derecho*, Gedisa (traducción de Jorge M. Seña, de la obra alemana del autor *Der Begriff und Geltung des Rechts*, 1992), Barcelona, 2004, en especial pp. 159-177.

Por lo anterior no me resulta convincente en esta parte la sentencia, pues, entiendo que si bien el principio general por el cual se proclama que debe responderse por los daños causados, que es base de la responsabilidad civil, sí tiene rango constitucional, dada la amplia protección de la persona y de la propiedad que en la Constitución se consagran (artículo 19 N^{os} 1 y 24), reforzadas por el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, que consagra la protección de la propiedad privada y asegura la indemnización justa en caso de privaciones. Sin embargo, la regulación precisa, me parece, debe ser dejada al legislador.

Por lo mismo, estimo que del hecho de que esté asegurado el derecho al honor en la Constitución de manera amplia, según se ha visto, y que efectivamente desde nuestra Norma Fundamental se proyecte o irradie una evidente protección integral de la persona, de ello no se sigue que cualquier limitación al estatuto de la responsabilidad haya de estimarse inconstitucional¹³. Hay aquí, en mi criterio, un salto lógico en el voto de mayoría, pues, el principio de responsabilidad aparece recibiendo una extensión excesiva y dándosele un nivel de operatividad exagerado.

Por último, debo decir que la sentencia me parece sobreabundante en el sentido que contiene una cantidad de consideraciones respecto del origen del artículo 19 N^o 4 de la Constitucional, que no están directamente relacionadas con lo resuelto y que si se hubieran omitido, el fallo no habría sufrido. El núcleo que fundamenta lo resuelto, me parece, está contenido en los motivos vigésimo noveno a trigésimo octavo del fallo del voto de mayoría y que, paradójicamente, es la parte del fallo que recibió la prevención de los ministros señores CORREA y BERTELSEN.

3.2.2. La prevención del voto de mayoría

Los ministros señores CORREA y BERTELSEN, en redacción del primero, apoyaron la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, pero tuvieron una posición discrepante con el voto de mayoría, ofreciendo otras consideraciones en su voto de prevención.

¹³ Coincido con BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado...*, cit, 250, de que “son las limitaciones legales a los principios del derecho privado, y no estos últimos, las que usualmente plantean cuestiones de constitucionalidad”.

Conviene reproducir los aspectos más interesantes de estas prevenciones.

1º. Que, como puede apreciarse de la transcripción de los preceptos y de los considerandos que se comparten, el artículo 2.331 del Código Civil, al privar a quienes sufran imputaciones injuriosas en contra de su honor o crédito del derecho a ser reparado civilmente, a menos de probar daño emergente o lucro cesante, quita al afectado que se haya visto dañado de la posibilidad de recibir reparación pecuniaria por el daño moral que pueda acreditar, lo que restringe de modo importante el goce del derecho a la honra reconocido por la Carta Fundamental en el numeral 4º de su artículo 19, pues impide una especie de reparación generalmente reconocida por reglas generales que tienden precisamente a dar vigencia, por la vía de la indemnización del daño injusto, a derechos, cuando su goce se ha visto afectado. El derecho no puede evitar los actos lesivos a los derechos que consagra, en este caso a la honra, pero, por regla general, reacciona otorgando nuevos derechos de naturaleza reparatoria a quienes sufren las consecuencias de conductas ilícitas que les dañan. La reparación del daño moral es uno de esos modos que el derecho emplea y, como se demuestra en los considerandos que se comparten, ella es una regla general destinada a mitigar lo que se padece injustamente. El artículo 2.331 limita entonces la protección a la honra, al establecer una restricción inusual y desigual respecto de quienes padecen imputaciones injuriosas.

2º. Que si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales y, por ende, 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 que puedan resultar de tales regulaciones encuentren su justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes (doctrina que puede encontrarse expuesta, entre otros, en el considerando 15º de la sentencia de 26 de diciembre de 2006, dictada por este Tribunal en la causa Rol N° 541).

3º. Que, sometida la restricción contenida en el artículo 2.331 del Código Civil al examen reseñado en el considerando que antecede, no les resulta posible a estos previnientes dilucidar, ni las alegaciones

de la parte requerida les han ayudado a hacerlo, cuales sean los fines constitucionalmente legítimos que justifican que el daño moral que el requirente pueda efectivamente haber sufrido en virtud de imputaciones injuriosas contra su honor o crédito que alega, no sean objeto de reparación pecuniaria y constituyan una excepción a la regla general que acepta su procedencia.

4°. Que si se considerara que la regla de improcedencia del daño moral es un modo de favorecer la libertad de expresión, al hacer desaparecer la inhibición que su amenaza pueda constituir, no parece entonces justificado que exista una prohibición tan general y absoluta. Si tal fuese el propósito del legislador, podría entonces elaborar una regla que, para alcanzar tales fines loables a favor de la libre expresión de las ideas, fuera formulada en términos más precisos, protegiendo igualmente la libre expresión, sin impedir absolutamente la reparación de un daño injusto que afecta el goce de otro derecho también protegido por la Carta Fundamental.

6°. Que la norma en cuestión, de tan antigua data que resulta difícil suponer cuál sea hoy su justificación, podría también intentar explicarse como un modo de evitar los excesos que podrían producirse en la evaluación excesiva del daño moral, siempre difícil de apreciar monetariamente. Pero, si tal fuere el caso, no resulta posible entender la razón de un trato desigual para los actos injuriosos que causan daño moral respecto del resto de los injustos que pueden producir análogos efectos y respecto de los cuales no existe la prohibición de indemnización que solo se establece para este caso.

7°. Que la indemnización del daño moral no solo constituye un modo legítimo y general de reparación, sino que su procedencia también puede constituir un modo efectivo de prevención de los actos injuriosos que puedan atentar en su contra.

8° Que, en consecuencia, para estos previnientes, la infracción constitucional que la posible aplicación de la norma impugnada puede producir en el caso concreto ha de encontrarse en su severo carácter restrictivo en el goce de un derecho que la Carta Fundamental consagra y ordena proteger, mismo que no resulta posible justificar como proporcionado en el logro de otros fines igualmente legítimos”.

De la lectura de estos ocho considerandos que, como he dicho, son prevenciones al voto de mayoría, se concluye que para los Ministros CORREA y BERTELSEN no basta con la constatación de que el derecho al honor esté protegido, o que la Constitución declare como ilícita

agresión injusta a la integridad de la persona, para ellos ni siquiera basta con constatar la importancia de la indemnización por el daño moral, como vía para proteger bienes extramatrimoniales. En criterio de estos sentenciadores es indispensable analizar con más precisión si efectivamente la limitación que impone la ley y contra la cual el recurrente se ha alzado, no se justifica en el nivel Constitucional. Para hacerlo, el voto propone un *test* clásico, en el cual se considera el fin constitucional legítimo buscado, la idoneidad y razonabilidad de la medida y la proporcionalidad respecto del objetivo propuesto¹⁴.

En abstracto, el criterio me parece sugerente, pues, llama a una ponderación de elementos, considerando que el conjunto de los derechos que la Constitución asegura deben ser conciliados entre sí. Por ello, no basta con constatar que existe un derecho consagrado en la Constitución, para darle por este solo hecho una interpretación extensiva, como en este caso los ministros del voto de mayoría han hecho del principio de responsabilidad. Esto supondría reafirmar la intangibilidad de ciertos derechos, en un abstracto, que puede hacer verdaderamente innecesario, por inaplicable, el sistema legal.

En el caso que estudiamos, es obvio que la razón por la cual se ha limitado la indemnización de las lesiones al honor o crédito de una persona a los daños que tengan una entidad económica, dice relación con la dificultad que tiene el honor para ser apreciado, especialmente en su dimensión subjetiva y al problema que se les presenta a los jueces cuando deben valorar el daño moral¹⁵. Aparte de que no parece dudoso, dado el contexto en que se aprueba el Código –año 1855– que en Bello había una preocupación por cuidar la libertad de prensa. En los considerando 4° a 6°, el voto preventivo se hace cargo de ambas finalidades, para estimar que ninguna de las razones esgrimidas puede legitimar la limitación contra de la que se reclama.

En lo que se refiere a la presunta necesidad de proteger la libertad de expresión, los ministros que suscriben el voto que analizo estiman

¹⁴ Sobre el principio de razonabilidad y proporcionalidad como límite de la regulación legal de los derechos, Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006, pp. 325-327.

¹⁵ En un temprano estudio sobre daño moral, en el cual se analizó el artículo 2331 y su restricción, BUTRÓN FEIPO, Roberto, “La indemnización del daño moral en nuestra legislación”, en *Revista de Derecho Y Jurisprudencia*, T. XVII, Secc. Derecho, de abril de 1920 (pp. 27-51), p. 41, afirmó, “[s]e ha creído quizás que la aplicación del principio que sustentamos [la indemnizabilidad del daño moral] originaría pleitos infundados. La ley, entonces, para evitar este inconveniente, prefirió suprimir la demanda de indemnización por este título”.

que no se justifica, pues, consideran que la limitación contenida en la norma impugnada es muy general y absoluta; para que se pudiera aceptar una restricción como la comentada, opinan los previnientes que la ley debería redactarse en términos más precisos. Constató una lógica formal en la afirmación, que me parece admisible, pero creo que la proposición no se justifica, dado que en la materia existe legislación especial que ha regulado con mayor precisión la limitación a los atentados a la honra, y por lo tanto, la restricción del artículo 2331 CC queda acotada a un ámbito, aunque general, no tan amplio o absoluto como se indica: ella solo se puede referir a los ilícitos estrictamente civiles. Y aunque así fuera, no veo que la indemnización pecuniaria del daño sea una respuesta jurídicamente necesaria.

Ciertamente, la manera de reflexionar de los ministros en este voto de mayoría de tipo preventivo, conduce a una mayor prolijidad a la hora de detectar inconstitucionalidades, pues, obliga al sentenciador a hacer un análisis de ponderación de fines y medios, y también de contenidos, no en abstracto, sino en el caso concreto.

Como se quiera, con este tipo de soluciones el legislador queda severamente constreñido, no ya a respetar la Constitución en lo formal, sino a pensar en casos concretos, pues, a la hora de ponderar la manera de determinar las vías protección de los derechos¹⁶, el legislador sería juzgado con criterios muy finos, que no parecen compatibles con la función legislativa: la generalidad de toda ley (cfr. artículo 63 N°20 de la CPR).

En un punto sensible de la prevención que comentamos, se aborda la función que cumple la indemnización del daño moral y se reflexiona acerca de si su exclusión, para el caso de lesiones a la honra de tipo civil, constituye o no un grave deterioro de la garantía. El voto preventivo recurre a dos tipos de argumentos para confirmarlo; por un lado considera lo desigual que resulta que las lesiones al honor puedan resultar indemnes cuando hay solo daño moral, respecto de otras lesiones a bienes de tipo extramatrimonial (como la imagen, por

¹⁶ Parecen pertinentes, en este sentido, los comentarios de NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, cit., “[l]a interpretación última de la Constitución hecha por el Tribunal Constitucional no puede cerrar las diversas opciones legislativas, imponiendo autoritariamente la suya, ya que carece de competencia para constituirse en potestad legislativa e imponer una de las diversas opciones legislativas. El procedimiento de inconstitucionalidad debe así acreditar la absoluta falta de idoneidad del precepto legal, su intolerable lesividad para el derecho o su absoluta desproporcionalidad. Esto implica que en la hipótesis de aplicación de la ley, ninguna pueda considerarse como coherente con las exigencias constitucionales”.

ejemplo). Por otra parte, los ministros discrepantes consideran que la función preventiva que surge de la admitir la indemnización de daño moral en este tipo de lesiones, se convierte en un efectivo medio de protección del derecho constitucional de la honra.

Lo anterior nos llevará a analizar el tema de la función del daño moral en la responsabilidad civil.

3.2.3. El voto de minoría

El voto de minoría se inclina por rechazar el recurso, también acudiendo a argumentos excesivamente genéricos y abstractos.

1° Que la Constitución Política de la República ha confiado al legislador determinar las formas concretas en que se regulará la protección de la vida privada y de la honra de la persona y de su familia. En efecto, en la norma del numeral 4° del artículo 19 constitucional no se contiene mandamiento alguno que guíe la labor del legislador en cuanto al desarrollo de las modalidades bajo las cuales habrá de llevarse a cabo el aseguramiento de esta garantía. Por consiguiente, es materia de la potestad legislativa determinar los alcances de la responsabilidad indemnizatoria derivada de una eventual lesión a dicho bien jurídico, como lo es asimismo establecer los deslindes de su tutela penal a través de la configuración de los delitos de injuria, calumnia y difamación, entre otros.

2° Que cuando el constituyente quiso determinar la procedencia y condiciones de la indemnización del daño moral en circunstancias particularmente graves, lo hizo expresamente en el literal i) del número 7° del artículo 19 de la Ley Fundamental, donde directa e inequívocamente se regula el resarcimiento de este tipo de daño, cumplidas que sean ciertas exigencias, cuando se trata del llamado "error judicial".

3° Que tratándose, como en la especie, de un tipo de daño que no tiene expresión o trasunto pecuniario, es perfectamente posible que el legislador conciba otras formas eficaces para darle adecuado resguardo a un bien tan inmaterial como la honra de una persona, distintas de su resarcimiento en dinero, como podría ser, verbigracia, la imposición al autor del agravio de la obligación de publicar, a su costa, el texto íntegro de la sentencia condenatoria, con lo cual podría entenderse que se está resarcido el buen nombre del ofendido en forma más idónea (desde el punto de vista del fin que se persigue) que imponiendo una indemnización pecuniaria al ofensor.

4° Que, en cualquier caso, ninguna de las fórmulas que el legislador pudiera diseñar para dar protección al derecho a la honra de las personas, incluida la que en concreto consagra el impugnado artículo 2.331 del Código Civil, entra en contradicción con la preceptiva constitucional concernida, la que, como ha quedado expuesto por este disidente, no entra a predeterminar formas y alcances concretos de la protección que preconiza y asegura”.

No me parece razonable descartar de manera tan genérica la cuestión, como lo hace este magistrado, por el expediente de que la garantía contenida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución no dispone la manera en que la protección debe materializarse. No basta con hacer una afirmación de texto, si ello no va complementado con un estudio del contenido de la garantía y el sentido que debe darse a la protección de los derechos constitucionalmente garantizados, y de una clarificación dogmática respecto de la función que ha reconocerse a la indemnización por el daño moral. El puro descarte abstracto, negándose a darle contenido normativo al derecho a la honra enuncia en el artículo 19 N° 4, nos parece extremadamente intuitivo y metodológicamente inadecuado.

4. DAÑO MORAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Uno de los puntos en que ha evolucionado la jurisprudencia, chilena y comparada, es en torno al reconocimiento del daño moral como lesión indemnizable, inicialmente en materia de responsabilidad extracontractual y desde el último tiempo también en materia contractual¹⁷.

No hay duda que el reconocimiento de la indemnizabilidad del daño moral constituye en algún sentido un avance, alentado en nuestro medio por la clara protección de la persona en materia Constitucional, específicamente su reconocimiento como un ser con dimensión

¹⁷ Entre nosotros son obras clave para estudiar el tema el libro de TOMASELLO HART, Leslie, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1969, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral*, tomos I y II, Santiago, 2000. Un completo panorama doctrinal y jurisprudencial actualizado sobre daño moral puede verse en ROSENDE ALVAREZ, Hugo, “El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral”, cit., pp. 709-755. El trabajo de BUTRÓN FEIPO, Roberto, “La indemnización del daño moral en nuestra legislación”, cit, *passim*, alentaba tempranamente por la indemnizabilidad del daño moral. Además, el autor por esas fechas era solo un alumno de pregrado y en tal calidad escribió un trabajo que le supuso una profunda investigación.

corpóreo-espiritual y la garantía reconocida de la integridad física y psíquica de la persona (artículo 1° y 19 N° 1 de la Constitución Política de la República)¹⁸. Pero, sin embargo, la cuestión se hace compleja, pues, los daños de tipo extramatrimonial tienen una configuración no unitaria, tampoco responden a un concepto de tutela estrictamente resarcitoria o reparadora¹⁹, ni son fáciles de apreciar pecuniariamente, al contrario es relativamente probable que en una condena de este tipo se cuele una sanción de tipo punitiva²⁰.

Respecto de la dificultad que presenta su configuración, aunque durante mucho tiempo se pensaba del daño moral como sinónimo de dolor físico o espiritual, hoy también se entiende por tales a las lesiones a bienes y derechos de la personalidad y en general a derechos o intereses extrapatrimoniales²¹, es decir a aspectos que no recaen en una materialidad estrictamente patrimonial, ni necesariamente corporal, y cuya trasgresión no produce indefectiblemente dolor físico o espiritual²². Este último tipo de daño moral, que es el que se produce

¹⁸ Sobre el punto puede verse DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, "Aspectos de la Constitucionalización del derecho civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIII, N°3, 1996 (pp. 107-13) y COURT MURASSO, Eduardo, "Daño corporal y daño moral: bases constitucionales de su reparación", en *La Constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile-Universidad Austral, Santiago. 2003 (pp. 101-120), pp. 115-118.

¹⁹ En una postura opuesta DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. I, p. 156-164, hace ver que ni siquiera la indemnización pecuniaria por daño patrimonial es estrictamente reparatoria en el sentido de que restablece la situación anterior, sino solo compensatoria, en cuanto ofrece un equivalente al daño causado. Por lo mismo, califica a la indemnización pecuniaria por el daño moral como una compensación satisfactoria, en cuanto de una manera solo indirecta –por medio del goce y la alegría que la indemnización pecuniaria trae a la víctima– se logra compensar el daño causado. Aunque valoro el esfuerzo intelectual desplegado por la autora, estimo que la reparación pecuniaria por el daño patrimonial tiene una función reparadora más clara, pues, al final el dinero permite cumplir esta función que en el caso del daño moral no la cumple, por ello, su función reparadora, si es que existe, es solo indirecta, por la vía de compensar las penas y molestias, con las nuevas alegrías recibidas. Por ello concuerdo con el criterio expuesto por ALDUNATE, *Derechos fundamentales*, cit., p. 78 cuando afirma que "[e]n estricto rigor, este ámbito de acción carece de función garantística si la reparación no va unida a consecuencias desfavorables para el agente de la lesión, ya que, salvo en el caso de los derechos de índole patrimonial, la forma de compensación no logran, para el afectado, la realización o conservación del respectivo derecho (i.e., una congruencia entre normatividad y realidad)".

²⁰ Cfr. Díez-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 324-329.

²¹ Cfr. Díez SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual...*, cit., p. 88-89. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. 1, pp. 46-85, quien propone una definición amplia, en donde daño moral "estaría constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una (persona) que se encontraba obligada a respetarlo".

²² Como explica CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 155, "[c]on independencia del dolor psíquico que ha producido a la víctima, habrá daño moral si se lesiona en forma directa e ilegítima en derecho de la personalidad, como la honra, la intimidad, la ima-

cuando se lesiona la honra de una persona, es particularmente difícil de apreciar, pues, los parámetros para medirlo son esencialmente subjetivos.

Me parece importante señalar que dado que en la valoración de los daños morales la discrecionalidad del operador se hace muy intensa, en esa misma dimensión su juridicidad decae, entendido lo jurídico en su dimensión normativa, en cuanto regla de comportamiento y generación de expectativas. Por lo mismo, no creo que pueda afirmarse que sea parte de la estructura protectora de la personalidad en la Constitución la necesidad de que siempre y en todo momento la ley deba reconocer la indemnización del daño moral²³. La debilidad jurídica de la indemnización del daño moral es tan severa, que estimo que puede ser razonable entender constitucionalmente autorizado al legislador para que pueda restringir su admisibilidad en determinados ámbitos²⁴.

Por otra parte, considero que las vías de protección de los derechos constitucionales deben poner su acento en la tutela preventiva, es decir, ofreciendo medios eficaces que busquen que ellos no se lesionen y, como segundo criterio, en caso de que ellos se vean vulnerados, han de estructurar mecanismos de tutela reparadora que atiendan a la reparación *in natura* y, solo como alternativa residual, interesarán las vías substitutivas. Lo anterior supone afirmar que la reparación de un daño moral, por la vía de su compensación económica, adquiere un valor solo relativo.

El voto complementario justifica la necesidad de la indemnización para el daño moral como un mecanismo de represión preventiva, en cuando disuade la lesión la posible sanción indemnizatoria a que se expone quien vulnera la honra ajena. No hay duda de tal función preventiva, y ello sirve como argumento para justificar la inclusión general de la tutela indemnizatoria del daño moral, pero

gen, el derecho de autor. En este sentido, una persona en estado de coma, que no es consciente ni puede sufrir psíquicamente por la afectación de su honra o de su privacidad, tiene el derecho a reclamar la indemnización del daño infligido”.

²³ En el trabajo de DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, “Aspectos de la Constitucionalización del derecho civil chileno”, cit., pp. 107-13, si bien el autor afirma que la Constitución legitima la indemnización del daño moral, no expresa que estén al mismo tiempo deslegitimadas constitucionalmente las excepciones. De hecho en el trabajo no aparece una crítica al artículo 2331 del Código Civil, por considerarlo eventualmente inconstitucional.

²⁴ En contra DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual...*, cit., p. 101, quien postula que la resarcibilidad del daño moral debe ser un principio informante de todo nuestro sistema jurídico.

esto no es suficiente para deslegitimar su limitación acotada, porque ese argumento, por ser general, justifica poco, pues, al fin cualquier mecanismo de reacción jurídica tiene un efecto preventivo, al menos en lo formal. La cuestión es saber si ello se justifica considerando la integridad de los aspectos involucrados en la regulación, es decir los efectos colaterales que el mecanismo genera, o los valores que interesa preservar, tal cual lo reconocen los redactores del fallo. Es en este punto donde debe volverse a las consideraciones sobre legitimación de fines, idoneidad y proporcionalidad, con lo cual el argumento del voto preventivo se torna, en mi criterio, tautológico.

Por último, debe considerarse, a los efectos de interpretar correctamente el artículo 2331 del CC, que la limitación a la indemnización de los daños morales que allí se contempla no excluye otro tipo de reparaciones no pecuniarias, por lo que la limitación solo parece restringirse a las indemnizaciones pecuniarias del daño moral²⁵.

5. RESTRICCIÓN DEL DAÑO MORAL E IGUALDAD ANTE LA LEY

5.1. Cuestión general

En el punto 6° de sus consideraciones contenidas en su voto particular, los ministros señores CORREA y BERTELSEN justifican adicionalmente la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, invocando el principio de igualdad. En efecto, señalan los ministros de este voto complementario que si una de la razones para justificar, en este caso, la limitación de la indemnización del daño moral obedeciera a los excesos que puede llevar la valoración del daño moral, ello en ningún caso justificaría un trato desigual para las lesiones a la honra que solo producen daño extrapatrimonial.

Sorprende el argumento, porque no puede analizarse la restricción de la indemnización de daño moral a las lesiones civiles a la honra y crédito de una persona, sin considerar el bien comprometido en este caso: la libertad de opinión. Además, curioso resulta invocar el principio de igualdad, pues, el artículo 2331 CC discrimina respecto del tipo de daño, en relación con la lesión a la honra y al crédito de una persona, pero sin hacer diferencias respecto de los sujetos protegidos, ni de las personas afectadas: queda incluidas en la norma cualquier

²⁵ Cfr. DIEZ SCHWETER, José Luis, *El daño extracontractual...*, cit., p. 124.

persona que se encuentre en esas circunstancias, sea como agente del daño o sujeto pasible del mismo. Por ello, el juicio de desigualdad resulta más bien respecto del tratamiento diferenciado de ciertos daños, que los sentenciadores estiman deberían someterse al mismo estatuto.

Además, no puedo compartir esa manera de razonar, pues, las desigualdades de estatuto jurídico que no suponen en abstracto discriminaciones de personas, no pueden considerarse *per se* inconstitucionales. Con ese mismo criterio podría estimarse que el estatuto jurídico que la ley somete a los daños que causa la administración debería ser el mismo del que se somete a los particulares, y ya sabemos que hay diferencias, y parece una exageración considerar esta situación como inconstitucional. La responsabilidad objetiva tampoco tendría base constitucional y así con todas las diferencias de regulación jurídica en materia de responsabilidad.

5.2. El derecho comparado: los casos de Italia y Argentina

Como introducción general del tema, debemos decir que en el derecho comparado la cuestión de la indemnizabilidad del daño moral también ha tenido una evolución similar a la nuestra, pero curiosamente parece que la línea doctrinal de evolución proclive a admitir su indemnización parece haberse detenido, en algunos países, en una etapa grado anterior. No deja de ser sugerente que en Chile, con una jurisprudencia en principio reacia a la indemnización del daño moral *tout court*, se ha llegado al extremo de considerar inconstitucional una norma de siempre del Código Civil, que limita la indemnización de las lesiones al honor y crédito de una persona a los daños patrimoniales.

5.2.1. Italia

Un Código interesante para ilustrar el problema que se estudia, es el del derecho italiano, pues, en su Código Civil se contiene una norma del siguiente tenor:

“Art. 2059 Danni non patrimoniali.

Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”.

De hecho la defensa de los demandados civiles argumentó que la misma Corte Constitucional italiana tuvo oportunidad de pronun-

ciarse respecto de esta norma y ha concluido en su plena constitucionalidad, lo que es cierto²⁶. Me parece importante el punto, pues, la limitación del daño moral en este caso es amplia, desde el momento que el *Codice* solo autoriza el cobro del daño moral en caso de delito penal, con lo cual quedan fuera de ellas las lesiones puramente civiles a bienes extramatrimoniales. El criterio de la norma es interesante, porque lo que viene a plantear es un rechazo general de la indemnización del daño moral, por las razones que ya se han expuesto: la debilidad jurídica que presenta toda indemnización del daño moral.

5.2.2. Argentina

El derecho argentino tiene una evolución que también conviene recordar. Hasta antes de la reforma de 1968, introducida por la Ley 17.771, el Código de Vélez Sársfield contenía reglas muy parcas y restrictivas en materia de indemnización del daño moral, pues, al tiempo que vedaba la reparación del daño moral en materia contractual por considerarla inmoral, la permitía para hechos ilícitos, solo si el evento dañoso constituía, a su vez, un delito castigado por el derecho penal²⁷. Con la reforma mencionada se amplió la base legal de la indemnización del daño moral, pues el artículo 1078 del Código Civil argentino, dispuso: “*La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima*”. Sin embargo, en el inciso segundo se restringió la disposición, al hacerla aplicable solo a la víctima directa y a los herederos forzosos, en caso de que el hecho ilícito hubiera causado la muerte de la víctima. En síntesis, también aparece aquí una restricción a la indemnización del daño moral, en el ámbito de los sujetos protegidos.

Estos dos ejemplos del derecho comparado, permiten demostrar que la cuestión de la restricción legislativa a la indemnización del daño moral no es una *raris avis* en el derecho comparado.

²⁶ GIANNINI, Gennaro, *Il risarcimento del danno alla persona*, seconda edizione a cura de Filippo Martini e Marco Rodolfo, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 236-240.

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de Daños, Nuevos Aspectos Doctrinarios Y Jurisprudenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 98.

6. MI CRITERIO

En mi criterio, para solucionar adecuadamente el tema debe partirse del reconocimiento básico de que una cosa es la garantía y otra distinta los medios que el sistema ofrece para protegerla. La garantía constitucionalmente consagrada tiene por función proclamar la necesidad jurídica de que ella sea respetada. Pero, si resulta vulnerada, de ello no puede derivarse, lógicamente, que debe procederse a la indemnización del daño moral. Pensar así supone asociar, como algo indisoluble, un mecanismo de tutela preciso, con la garantía abstracta, en circunstancias que el medio de protección en este caso, la indemnización del daño moral, adolece de una debilidad jurídica que linda con la arbitrariedad.

Por otra parte, el hecho de que una determinada norma disponga, como lo hace el artículo 2331 del CC, que no hay derecho a reclamar daños que no tengan connotación pecuniaria, en determinados casos de daños al honor o crédito de una persona, ello no quiere decir que la acción sea lícita, ni que no puedan recabarse del sistema jurídico, integralmente considerado, otras reacciones en contra de ella. Simplemente se constata que, para este caso, la reclamación indemnizatoria del daño moral no está disponible.

Debemos agregar, además, que no hay fundamento de fondo para sostener que, como un criterio general, del Código Civil no se deriva la indemnización del daño moral. Ocurre que el punto que debía resolver la sentencia era el inverso, de tipo negativo, si acaso era ilícita la restricción contenida en el artículo 2331. Y, desde esta consideración, estimo que las razones que se invocan para justificar la legitimidad del daño moral a partir de la propia Constitución no pueden servir, por sí mismas, para considerar inconstitucional la restricción estudiada. Por lo demás, que del Código Civil se pueda derivar el principio de la reparación integral no se sigue necesariamente que ello no admita excepciones. Entender el derecho desde principios apodícticos rígidos, solo conduce a la inoperatividad legislativa y a la falta de ductilidad jurídica, para responder con la mayor precisión posible a las distintas situaciones que el derecho debe regular y resolver.

Como se ha visto, hay razones suficientes para que el legislador haya manifestado esta restricción, fundamentalmente en razón del derecho a la libertad de opinión y de prensa y, aunque parezca demasiado general, se justifica en un contexto en que existen otros bienes jurídicos que tutelar. Es cierto que, dada la dispersión legis-

lativa, la restricción, tal cual hoy se ha entendido, puede conducir a situaciones extrañas, por ejemplo que sí se admita en daño moral, bajo el supuesto del artículo 2331, cuando la lesión se produce al derecho a la intimidad de una persona y no a su honra. Pero esta es una valoración que debe dejársela al legislador, encargado en último término de darle contenido al sistema normativo. Parece muy fuerte considerar que este tipo de efectos deben ser considerados como rechazables por el sistema constitucional. Un Código Político así entendido, lejos de ser un instrumento que contribuya pacíficamente al logro de mayor y seguridad, en un clima de libertad, por el contrario, puede conducir a un régimen de opresión constitucional, en donde la libertad individual aparezca permanentemente amenazada por excesivos derechos reconocidos a la personas, de naturaleza abstracta y desconfigurada.

7. LAS LIBERTADES PÚBLICAS

Como se comprenderá, con este tipo de interpretaciones constitucionales que nos propone el voto de mayoría, se llega a situaciones límite, derivando en la conclusión de que una regla sesquicentenaria tardíamente aparezca reprochada por inconstitucional. La necesaria estabilidad que deben darse en las relaciones jurídicas se ve amenazada cuando la justicia constitucional niega el derecho al legislador para ponderar las situaciones, y proclama que el daño moral tiene rango constitucional, no solo desde el punto de vista de su justificación general, sino que, además, para considerar ilícito cualquier restricción al mismo. Ello trae como consecuencia que un mecanismo de tutela, como el derecho a la indemnización por los daños extramatrimoniales recibidos, que debería entenderse como excepcional y entregado a la moderación legislativa, se eleve a categoría de elemental o fundamental, con lo cual la autoridad legislativa queda limitada en su función más pura, como es configurar una auténtica política legislativa, que recurriendo a distintos mecanismos y técnicas represivas, desincentive determinadas conductas y promueva otras.

Puesta la mirada sobre el otro bien que parece estar bajo amparo, la libertad de opinión y de prensa en general, creo que es razonable que la moderación del conflicto quede entregada al legislador, pues ello favorece la libre circulación de las ideas.

8. CONCLUSIÓN

En consecuencia, tengo más críticas que aplausos para el fallo comentado y no solo por el contenido de lo resuelto, que definitivamente no comparto, sino también por el método escogido para fundamentar la sentencia, en particular el del voto de mayoría, excluida la prevención de los ministros señores CORREA y BERTELSEN. Estimo que el nivel de argumentación, tanto del voto de mayoría como el de minoría pudo ser más rico y penetrar de manera más profunda en el derecho de la responsabilidad civil, particularmente del daño moral.

BIBLIOGRAFIA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2008.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez en el derecho*, Gedisa, (traducción de Jorge M. Seña, de la obra alemana del autor *Der Begriff und Geltung des Rechts*, 1992), Barcelona, 2004.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- BUTRÓN FEIPO, Roberto, "La indemnización del daño moral en nuestra legislación", en *Revista de Derecho Y Jurisprudencia*, T. XVII, Secc. Derecho, de abril de 1920.
- CAZOR A., Kamel, "El fenómeno de la constitucionalización del Derecho: cuestiones de mera legalidad de trascendencia constitucional y derechos fundamentales", en *La Constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile y Universidad Austral de Chile, Santiago, 2003.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- COURT MURASSO, Eduardo, "Daño corporal y daño moral: bases constitucionales de su reparación", en *La Constitucionalización del derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile-Universidad Austral, Santiago, 2003.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual Jurisprudencia y Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999.
- DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, "Aspectos de la Constitucionalización del derecho civil chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIII, N°3, 1996.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, t. I, Editorial Jurídica de Chile.
- FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de Daños, Nuevos Aspectos Doctrinarios Y Jurisprudenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

- GIANNINI, Gennaro, *Il risarcimento del danno alla persona*, seconda edizione a cura de Filippo Martini e Marco Rodolfo, Giuffrè Editore, Milano, 2000.
- GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco, *Libertad de Expresión y Derecho a la Honra*, segunda edición, LexisNexis, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006.
- ROSENDE ALVAREZ, Hugo, "El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral", en *Actualidad Jurídica*, Año X, N° 19 (2009).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, De los derechos y deberes Constitucionales*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- TOMASELLO HART, Leslie, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1969, y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral*, tomos I y II, Santiago, 2000.