

§ 22. EXCURSO: ¿CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO?

161. Planteamiento. a) Como se ha visto, las garantías constitucionales fueron tradicionalmente ajenas al sistema doctrinal del derecho privado. Ninguna referencia sustancial se acostumbraba hacer a ellas en las obras de derecho civil. Sin embargo, la mayoría de esas garantías adquirieron tempranamente la forma de intereses protegidos bajo el amplio concepto de daño del derecho civil. La diferencia relevante es que ahora aparecen a la conciencia jurídica contemporánea en la forma de un orden de bienes y valores que se concreta en el derecho privado por los medios de que éste dispone.⁹⁶ De este modo, las garantías constitucionales no sólo son derechos que deben ser juzgados aisladamente, sino que expresan valoraciones generales del sistema jurídico (*supra* N° 146).

Sin embargo, conviene mirar con reservas la afirmación de que existiría un proceso histórico de *constitucionalización del derecho privado*. Ante todo, desde un punto de vista sustantivo, de la Constitución sólo excepcionalmente se infieren efectos normativos en el derecho de la responsabilidad civil, como se aprecia en la evidencia empírica de la jurisprudencia civil chilena y comparada. Enseguida, porque, como se ha visto, los bienes que cautelan las garantías constitucionales son, en todo caso, intereses jurídicos legítimos y relevantes de acuerdo con el concepto civil de daño (*supra* N°s 144 y 145). En tercer lugar, no es la constitucionalización del derecho privado el factor determinante de la expansión de la responsabilidad, sino la propia evolución del derecho civil, especialmente en materia de reparación del daño moral; la consecuencia ha sido que los bienes de la personalidad han sido cautelados con acciones civiles de responsabilidad, sin necesidad de que ello resultara de una imposición constitucional.

Por otro lado, conviene tener presente que la llamada constitucionalización del derecho privado chileno más bien reside en que la Constitución ha introducido una acción general de amparo de garantías constitucionales, que los jueces de manera prudencial han extendido a relaciones de derecho privado, principalmente con fines de garantizar la oportuna aplicación del derecho.⁹⁷

b) Las normas constitucionales actúan en el derecho civil sobre la base de dos principios concurrentes. Ante todo, la Constitución al consagrar derechos también define bienes jurídicos, de lo que se sigue un efecto reflejo en el derecho privado: los derechos que reconoce la Constitución son necesariamente bienes o intereses legítimos en sede de responsabilidad civil.⁹⁸ De ello se sigue, además, la exigencia de que los jueces, al

⁹⁶ BVerfG 7 198 (1958).

⁹⁷ Barros 1996 335, Jana/Marín 1996 *passim*.

⁹⁸ Un excelente análisis de los derechos fundamentales en esta dimensión en Jana 2003 53 y Jana/Tapia 2004 N° 8. Un análisis comparado de la manera cómo las garantías constitucionales son relevantes a efecto de dar por constituidos ilícitos civiles, en Von Bar 1996 I 546.

discernir los elementos de la responsabilidad civil, interpreten el derecho privado de una manera que se haga cargo de la protección de los bienes y derechos comprometidos.⁹⁹

c) Aun dentro de este ámbito limitado de eficacia, queda abierta la pregunta de si el destinatario del mandato constitucional es el legislador o el juez civil. En general, los civilistas más reflexivos temen que el derecho privado pierda su forma, adquirida por la acumulación de experiencia y de razón, a consecuencia de la aplicación judicial directa de normas constitucionales, cuyas condiciones concretas de aplicación permanecen indeterminadas; por lo mismo, asumen que la tarea de concreción del programa constitucional en normas de derecho privado pertenece esencialmente al legislador.¹⁰⁰ No corresponde a los jueces civiles, de conformidad con esta doctrina, aplicar directamente las normas constitucionales a la resolución de conflictos de derecho privado. Por eso, sólo existe acuerdo en el *efecto indirecto de la Constitución*, en cuya virtud los institutos de derecho privado deben ser comprendidos en una dirección coincidente con los derechos y bienes que la Constitución consagra.¹⁰¹

162. Influencia de la Constitución en el desarrollo del derecho de la responsabilidad. En verdad, la llamada ‘constitucionalización del derecho privado’ alude en la discusión doctrinal chilena usualmente a tres cuestiones diversas.

a) Ante todo, como se ha dicho, se hace referencia a la expansión que tuvo el *recurso de protección en materias civiles* en la década de 1980 (cuando los estados de excepción constitucional habían dejado inoperante *ab initio*

⁹⁹ La libertad de expresión es un caso típico en que una garantía constitucional puede actuar en el derecho civil determinando el grado de culpa por el cual se responde en atención al valor social que el derecho reconoce a la conducta (*supra* N° 61). En el derecho comparado, las garantías constitucionales han sido también invocadas para establecer un límite a la imposición de responsabilidad civil, si de ello se sigue para el responsable una restricción excesiva del derecho a desplegar libremente la personalidad (*infra* N° 373).

¹⁰⁰ La discusión ha sido particularmente ardua en Alemania, en especial por la importancia político-jurídica que ha asumido el Tribunal Constitucional. Aun así, su influencia en el derecho civil ha sido restringida, en parte por razones formales (porque el BGB es derecho anterior a la Constitución), pero también en razón del cuidado que supone interferir un ordenamiento que tiene su propia lógica interna y que ha mostrado suficiente capacidad de adaptación y unidad. Un desarrollo de la idea de dejar un espacio para la aplicación judicial de la Constitución en los límites del derecho privado, mediante los principios de la ‘prohibición de exceso’ (que impediría que el derecho civil imponga cargas excesivas a las garantías constitucionales) y de la ‘prohibición de subprotección’ (que impediría omitir protección civil donde ésta es necesaria para la realización de alguna garantía), en Canaris 1999 37 y 74; decididamente críticos sobre esa pretendida expansión de la Constitución al ámbito del derecho privado, Medicus 1997 35 y Diederichsen 1998 257.

¹⁰¹ El efecto indirecto de la Constitución ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que se niega a acoger recursos de casación en el fondo por infracción de normas constitucionales, en la medida que éstas se limitan a consagrar principios o garantías de orden genérico, que tienen el correspondiente desarrollo en disposiciones legales (CS, 7.7.2005, rol N° 4.261-2004).



la acción constitucional de amparo en su núcleo más esencial, dirigido contra actos abusivos de la Administración del Estado). Sin embargo, no debe valorarse en exceso el efecto sustantivo que esta acción ha tenido en la evolución del derecho civil.¹⁰² El efecto, más importante ha sido expandir las acciones que requieren de un pronunciamiento urgente en materias civiles. En analogía con la concesión de alimentos provisorios en el juicio de alimentos (artículo 327), la acción de protección ha devenido en un camino legal eficaz para lograr que se reconozca un derecho cuya urgencia no puede esperar la conclusión de un juicio ordinario (como cuando se rechaza el financiamiento de servicios médicos, a los cuales el recurrente tiene *prima facie* un derecho indubitado), o cuando se altera unilateralmente una situación de hecho (como ocurre cuando un arrendador impide la entrada del arrendatario al inmueble arrendado, sin seguir el juicio de desahucio). Se trata de acciones que sustantivamente son civiles, pero que exigen, aun a costa de ciertas impropiedades conceptuales, invocar la Constitución por razones de admisibilidad de la acción cautelar, en atención al catálogo definido de derechos amparados con la acción de protección (Constitución, artículo 20).¹⁰³

b) Además, la Constitución reconoce en un nivel jerárquico superior los bienes jurídicos que deben inspirar el desarrollo jurisprudencial del derecho civil, lo que se ha mostrado especialmente fértil en materia de derechos de la personalidad (*infra* N°s 209 y 373). En forma excepcional, la Constitución chilena establece directamente algunas normas relativas a la responsabilidad por error judicial (artículo 19 N° 7 II letra i) y por actos de la Administración del Estado (artículo 38 II).¹⁰⁴ Sin embargo, la Constitución, atendida su generalidad,

¹⁰² Véase, por ejemplo, la recopilación jurisprudencial de Rioseco 1996 155; se señalan tres fallos de tribunales superiores en materia de efectos de la Constitución en el derecho de la responsabilidad extracontractual: el primero se refiere a responsabilidad del Estado; el segundo, a la emergencia provocada por excavaciones que amenazaban la propiedad, donde la protección opera como una especie de denuncia de obra ruinoso; la tercera se refiere a la aplicabilidad directa de la Constitución a efectos de declarar imprescriptible la acción de responsabilidad contra el Estado (precisamente porque la Constitución carece de una norma expresa en la materia), en una jurisprudencia que ha perdido vigencia (*infra* N° 371). Ninguna influencia directa de la Constitución sobre el ordenamiento de la responsabilidad civil se infiere de esos fallos.

¹⁰³ Barros 1996 332; Jana/Tapia 2004 *passim*; un completo y ejemplar desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la acción de protección en el ámbito civil contractual, en Jana/Marín 1996 *passim*; en general, sobre el carácter cautelar de la acción de protección, Cea 1993 407; crítico respecto de los efectos de la justicia constitucional en el derecho chileno, Correa 2005 161.

¹⁰⁴ Con fundamento en estas normas, se ha afirmado que la indemnización del daño moral tiene reconocimiento constitucional, primando sobre la norma del artículo 1556 que se refiere sólo a los derechos patrimoniales (C. Domínguez 2000 360, Ramos 2003 74); siguiendo los argumentos de este párrafo, discrepo de esos autores en esa inferencia, reconociendo que la interpretación de las normas del derecho privado de conformidad con la Constitución lleva al mismo resultado (así, Jana/Tapia 2004 N° 8 comentando CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234). Por su parte, alguna jurisprudencia también ha afirmado (innecesariamente) el origen constitucional de la indemnización del daño moral (Corte de Antofagasta, 10.10.2002, GJ 268, 115; y Corte de Santiago, 1.9.2003, confirmada por CS [cas. fondo], 13.11.2003, GJ 281, 104).

más bien sirve de sustento mediato para la construcción en concreto de los intereses cautelados por las normas de responsabilidad civil.¹⁰⁵

Sólo excepcionalmente el derecho civil es espejo del ordenamiento de bienes que establece la Constitución. El caso más visible es el conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Aunque el ejercicio de dicha libertad pueda afectar esos derechos, siendo éstos intereses que deben ser cautelados bajo un estatuto de responsabilidad civil, de ello no se sigue una regla precisa acerca del cuidado debido. Sólo excepcionalmente el sopesamiento de bienes constitucionales resultará determinante al momento de establecer los deberes de cuidado que pueden dar lugar a responsabilidad civil. El conflicto entre libertad de expresión y privacidad y honra es uno de los casos más nítidos de relevancia de normas constitucionales en el derecho civil. Más allá de esas situaciones en que la definición del ilícito civil supone consideraciones de derecho constitucional, la pregunta es si corresponde a la jurisdicción constitucional definir las condiciones precisas de protección civil de los bienes que la Constitución consagra. Lo cierto es que la generalidad de las disposiciones constitucionales requiere para su concreción de los conceptos e institutos del derecho privado.¹⁰⁶

c) Finalmente, *no es usual que las normas del derecho privado estén en conflicto con el ordenamiento constitucional*. Ante todo, porque el derecho constitucional tiene históricamente por función limitar el poder, de

¹⁰⁵ Más allá del reconocimiento de derechos constitucionales, que son transformados por el derecho civil en intereses protegidos por la acción de responsabilidad, la Constitución tiene un efecto reflejo limitado en materias civiles. En general, no se acepta que la Constitución tenga una textura normativa lo suficientemente desarrollada como para que pueda ser objeto de una aplicación directa por los jueces civiles. En verdad, ello amenaza devenir en una forma de vulgarismo que podría producir un efecto disolutivo en una disciplina de desarrollo refinado a lo largo de la historia, como es el derecho civil (Barros 1996 335). La doctrina constitucional alemana de la *Drittwirkung* ('efecto reflejo') de los derechos constitucionales en el derecho civil pone énfasis en ese efecto indirecto; y la doctrina civil mira con desconfianza que el Tribunal Constitucional deba asumir un rol protagónico en configurar relaciones de derecho privado mediante la aplicación directa de preceptos constitucionales (para la doctrina constitucional alemana, Maunz/Dürig *et al.* 1989 artículo 3 I § 510; para la doctrina civil, Medicus 1992 121 y Diederichsen 1998 234; en Francia, Atias 1991 435; en la doctrina chilena puede verse la crítica de Jana 2003 53).

¹⁰⁶ Por eso, reiteradamente se ha fallado que la infracción de normas constitucionales no da lugar al recurso de casación en el fondo, porque ellas consagran principios de orden general, en la medida que "dichos principios o la materia que abordan tenga desarrollo en preceptos de ley, entendida en la acepción que entrega el artículo 1° del Código Civil" (CS, 2.7.2002, rol N° 4.262-2000). Aun a falta de ley especial en la materia, es lo que también ha terminado reconociendo la jurisprudencia en materia de responsabilidad por hechos de la Administración del Estado: por mucho que la responsabilidad tenga consagración constitucional (artículo 38 II), las reglas relativas a las condiciones de su aplicación (daño, causa) y a la extinción de la acción, se rigen por el derecho supletorio y general de la responsabilidad civil (*infra* N° 342). Esa doctrina es consistente con el principio de que las normas constitucionales sólo tienen un efecto indirecto en el derecho privado (Schapp 1998 918).



modo que su función es por completo coherente con la orientación básica del derecho privado; el derecho civil es esencialmente el derecho de la autonomía privada, la cual se articula en un conjunto de reglas que rigen las relaciones interpersonales a la luz de ese principio regulador. Además, porque si bien el derecho civil parte de un concepto de la persona que es coherente con la tarea de dar forma a la libertad, hay otras áreas del derecho que pueden cumplir con ventaja los demás fines del derecho (particularmente los referentes a la consecución de otros bienes públicos y a otras formas distributivas de justicia, que son objeto del derecho social).¹⁰⁷ Por lo mismo, el problema constitucional se plantea más bien respecto de las restricciones legales a la autonomía privada¹⁰⁸ y a la responsabilidad personal. En otras palabras, son las limitaciones legales a los principios del derecho privado, y no estos últimos, las que usualmente plantean cuestiones de constitucionalidad.

Por eso, la importancia relativa que han tenido las constituciones en materia de responsabilidad civil ha sido más bien para sustentar principios del derecho privado, calificando de inconstitucional la legislación especial que no responde a esos principios.¹⁰⁹ En un primer orden de materias, se ha declarado que la libertad está asociada de tal manera a la responsabilidad, que el legislador no puede excluir la responsabilidad civil derivada de la culpa del autor del daño.¹¹⁰ En segundo lugar, en alguna jurisdicción se ha declarado que el legislador no puede limitar la indemnización del daño patrimonial y que debe observar el principio de reparación integral, no siéndole admitido, en caso de responsabilidad por culpa, establecer

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, si el derecho civil no reconoce acción contra un cierto tipo de riesgo, el tribunal con jurisdicción constitucional puede entender que esa protección mínima debe darse en la forma de un fondo social o de un seguro de daños. En mi opinión, una jurisprudencia constitucional de este tipo, más allá de las dificultades que plantea cualquiera asignación por los jueces de fondos públicos, responde a una función normativa (distributiva) que es ajena al derecho privado (*supra* N° 19; Barros 2001 9).

¹⁰⁸ Medicus 1992 50.

¹⁰⁹ Por cierto que ello no significa, como en su momento lo entendió la Corte Suprema norteamericana, que cualquiera limitación a la libertad de contratación (como ocurre con las normas del derecho laboral) o a la propiedad (como es el caso de la legislación urbanística) es candidata cierta a ser inconstitucional. El ámbito jurídicamente posible de regulación económica por la Administración del Estado pertenece al derecho constitucional y no al derecho privado (que, dentro de los marcos de libertades que garantiza la Constitución, tiene, en consecuencia, una dimensión relativa variable).

¹¹⁰ En Francia, el Consejo Constitucional declaró en 1982 que si bien el legislador podía delimitar el ámbito de lo lícito e ilícito, no podía sustraer de responsabilidad los *daños que se derivan del hecho culpable*, a menos que se estableciera un fondo u otro régimen alternativo para proteger a las víctimas (Cons. Const. 22.10.1982, Chabas 2000 b N° 83, Viney/Jourdain 2001 561). Una sentencia posterior estableció que la responsabilidad por culpa derivaba del principio constitucional de la libertad para actuar sin causar daño a otro (Cons. Const. 9.11.1999, Chabas 2000 b N° 83, Viney/Jourdain 2001 566).

baremos o límites máximos a la indemnización de ese tipo de daños.¹¹¹ En tercer lugar, se ha estimado que la indemnización del daño moral está definitivamente sujeta a condiciones de reparabilidad diferentes al patrimonial, pudiendo el legislador establecer criterios razonables para limitar la indemnización.¹¹² Finalmente, en algunas jurisdicciones el control constitucional ha impedido que sean reconocidos fallos que establecen daños punitivos, en la medida que para la aplicación de una pena no se han observado en el proceso civil los requisitos sustantivos y procesales del proceso penal;¹¹³ y en el derecho norteamericano, donde no se discute la constitucionalidad *per se* de la idea de pena civil, se ha limitado el monto que puede ser declarado por ese concepto.¹¹⁴

¹¹¹ En España el Tribunal Constitucional ha declarado que en la responsabilidad por culpa la reparación del lucro cesante que deriva de un daño corporal no puede ser limitada en la forma de baremos por el legislador, a diferencia de lo que ocurre con el daño moral (Trib. Const. español 29.6.2000, Vicente en Reglero 2002 a 273). En el derecho francés, el Consejo Constitucional ha sido más tímido en establecer criterios respecto del daño reparable que en el establecimiento de la responsabilidad por culpa; sin embargo, puede estimarse que ha aceptado el principio de la reparación integral precisamente en ese tipo de responsabilidad (Cons. Const. 9.11.1999, Viney/Jourdain 2001 567). En el derecho alemán se ha estimado que los resguardos del derecho concursal son garantía suficiente para menores que incurren en responsabilidad civil y se transforman en deudores de una obligación de cuantía exorbitante (evitando que queden con una deuda por vida), de modo que ningún principio constitucional asociado al libre desarrollo de la personalidad obsta a la aplicación del principio de la reparación total del daño patrimonial (Palandt/Heinrichs § 249 6).

¹¹² Así, el Tribunal Constitucional italiano, pronunciándose acerca de la constitucionalidad del artículo 2059 del Código Civil, que establece que el daño moral sólo es indemnizable en los casos que la ley lo disponga (Corte Constitucional italiana 79/87, Cian/Trabuchi 1992 artículo 2059 II). En España se ha fallado que el daño moral puede ser objeto de indemnización predeterminada en la forma de baremos establecidos por la ley (Trib. Const. español 29.6.2000, Vicente en Reglero 2002 a 273).

¹¹³ En Alemania el Tribunal Supremo ha estimado que fallos norteamericanos que condenan a daños punitivos no pueden ser admitidos a ejecución en el proceso de *exequatur*, porque atentan contra el orden público de derecho internacional privado en la medida que su función punitiva y disuasiva atenta contra el principio de la proporcionalidad que subyace a la idea de compensación, mientras que la sanción punitiva y la disuasión son tareas privativas del Estado, lo que a su vez exige garantías de corrección de la decisión y debida protección de los derechos del demandado (BGH, 118, 312/40, citado por Palandt/Heinrichs § 249 4).

¹¹⁴ En Estados Unidos la Corte Suprema ha declarado contrario a la garantía constitucional que impide imponer castigos excesivos (14ª enmienda) un fallo que daba lugar a una indemnización punitiva por un valor de US\$ 145 millones, en circunstancias que la indemnización reparatoria era por US\$ 1 millón (*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 US 408, 2003, [01-1289]). La Corte estimó que la razón de 145 veces el monto de los daños efectivos (que en su opinión ya tenían un componente punitivo) estaba fuera de los rangos de razonabilidad y proporcionalidad; estimó que en el caso sólo se justificaría una condena a daños punitivos por el mismo monto que se reconoció a título de reparación. La regla no pretende ser aritmética, pero se reiteró un precedente anterior (*North America, Inc. v. Gore*, 517 US 556, 1996), en orden a que los daños punitivos deben declararse en consideración al grado de represión que merece el ilícito, al monto del daño efectivamente sufrido por el demandante y a los precedentes en la materia. Sobre los daños punitivos se volverá en *infra* N° 198.



d) De mayor relevancia puede resultar la expansión hacia el derecho privado del derecho constitucional a la *igualdad*, entendido como igualdad mínima de oportunidades y a la no discriminación arbitraria. La eventual evolución en tal sentido plantea dudas sustantivas, porque es de la naturaleza del derecho privado que las decisiones que cada cual adopta pertenezcan a su ámbito exclusivo de discreción. El riesgo es que el derecho constitucional devenga en una forma imprecisa de orden público que limita las potestades fundadas en el principio de autonomía privada.¹¹⁵

Con todo, no se puede ignorar que, al menos en casos extremos, el principio de igualdad puede establecer limitaciones a la autonomía privada. En el derecho civil clásico hay ejemplos (protección de acreedores, asignaciones forzosas). Lo novedoso es que ellas sean inferidas como expresión de garantías constitucionales. El ejemplo más notable de expansión hacia el derecho privado del principio constitucional de no discriminación arbitraria, se produjo a partir de mediados del siglo pasado en el derecho norteamericano. Desarrollando el antiguo precedente que prohibió la discriminación racial en las escuelas,¹¹⁶ la jurisprudencia ha controlado prácticas contractuales privadas, procurando que no se incurra en discriminación por razones raciales, de sexo u otras que no resulten justificadas. De este modo, con fundamento constitucional, se ha creado un ilícito civil que puede dar lugar a responsabilidad.¹¹⁷ La concreción de este principio constitucional corresponde primordialmente al legislador; como ha ocurrido en materia laboral (Código del Trabajo, artículo 2º) y de consumidores (Ley de consumidores, artículo 13).¹¹⁸

¹¹⁵ El Tribunal Constitucional alemán, con fundamento en la garantía de igualdad del artículo 3.3.2 de la constitución alemana (“nadie puede ser discriminado en razón de su impedimento”), ha fallado que las escuelas deben tener facilidades de infraestructura para impedidos (BVerfG 96, 288, 1997) y que el arrendador de un departamento no puede oponerse a la construcción de un ascensor que facilite el acceso a la pareja impedida de uno de los arrendatarios (BVerfG, 28.3.2001). Pawlowski 2002 627 advierte los riesgos asociados a este control constitucional de relaciones de derecho privado y expresa el temor a un retroceso a una justicia de cadí, en la medida que la justicia constitucional atienda a casos concretos, en vez de realizar un control propiamente normativo de constitucionalidad de la ley; ya Medicus 1992 48 advertía acerca del riesgo de que una teoría expansiva del efecto mediato de los derechos constitucionales amenazaba transformar la jurisdicción constitucional en una especie de última instancia de casi cualquier proceso civil. En el derecho chileno, el Tribunal Constitucional carece de atribuciones para calificar sentencias de los tribunales ordinarios, de modo que su control de constitucionalidad está necesariamente referida a la ley aplicable; aún así, conviene tener presentes las prevenciones anteriores, relativas a la diferencia de densidad normativa del derecho civil y constitucional.

¹¹⁶ *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954).

¹¹⁷ Así, por ejemplo, diversas compañías automotrices llegaron a un acuerdo extrajudicial para pagar perjuicios a miles de demandantes afroamericanos y latinos por haber sido discriminados en las condiciones en que les eran otorgados créditos para la compra de automóviles (*The Wall Street Journal*, 30.1.2004).

¹¹⁸ Un interesante caso de no discriminación en materia de responsabilidad civil, con fundamento en la antigua legislación de consumidores (ley N° 18.223, artículo 3º), en Corte de Santiago, 3.7.1995, RDJ, t. XCII, sec. 2ª, 79, que tiene por antecedente la culpa infraccional de prohibir el acceso de una persona a un recinto abierto al público en razón de su raza; el fallo alude, asimismo, a la naturaleza constitucional del principio de no discriminación arbitraria.