

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LESIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES
ENTRE PARTICULARES Y EL MECANISMO DE PONDERACIÓN DE DERECHOS

Liability to injury to human rights between privates and the
balancing test

PAMELA PRADO LÓPEZ*
Universidad de Valparaíso

Resumen

El propósito de este trabajo es analizar el rol que puede cumplir el mecanismo de ponderación de derechos para identificar los casos de abuso del derecho, como asimismo, los requisitos de la responsabilidad civil que puede surgir por vulneraciones a derechos fundamentales entre particulares, en particular, a nuestro juicio, en lo que refiere a la determinación de la culpa y del daño reparable.

Palabras clave

Responsabilidad civil; vulneraciones a derechos fundamentales entre particulares;
ponderación de derechos.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the role that the balancing test can play to identify cases of abuse of rights, as well as the requirements of civil liability that may arise from violations of fundamental rights between privates, which to us, can be used to determine negligence and damages.

Key words

Liability; injury to human rights between privates; balancing test.

Introducción

El propósito de estas líneas es situar nuestra atención en un ámbito en que ha comenzado a operar la responsabilidad civil, pero que ha sido descuidado por la doctrina nacional, como es la responsabilidad civil por vulneraciones a derechos fundamentales. Se trata de un área vasta, que permite identificar varios grupos de casos, dependiendo de quien sea el sujeto agresor, esto es, el Estado o un particular. En esta ocasión, analizaremos uno de ellos: las lesiones a derechos fundamentales que se producen entre particulares, con la finalidad de plantear que, atendido que ambos sujetos: agresor y víctima, son titulares de derechos fundamentales, el juicio de ponderación permite deslindar, primero, si se está ante un caso de abuso del derecho, o de mera colisión de derechos y, en el primer caso, sustentar que el mismo juicio de ponderación colabora en la configuración de los requisitos de la responsabilidad civil. En nuestra opinión, en este entorno, por dificultoso que pueda resultar, es necesario propiciar un diálogo entre las diversas disciplinas involucradas: el derecho de la responsabilidad civil, el derecho constitucional, y aún la teoría del derecho, con el objeto de aplicar las reglas y principios de cada uno de dichos

* Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: pamela.prado@uv.cl; ORCID: 0000-0002-4333-0267.

ámbitos en forma de armoniosa complementariedad, para así robustecer la protección de los derechos fundamentates.

2. La cuestión de la nomenclatura

Como ya se ha advertido, introducirnos desde nuestra disciplina en la temática de los derechos fundamentales trae aparejado una serie de desafíos. El primero de ellos, refiere a la nomenclatura. En efecto, como se sabe, hay diversas denominaciones involucradas en nuestro ámbito investigativo; así, se habla de “derechos humanos”, “derechos fundamentales del hombre”, “derechos naturales”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades fundamentales”, “garantías individuales”, en fin¹. Sin embargo, como afirma el profesor Peces-Barba, es preferible la noción de “derechos fundamentales”, por sobre, por ejemplo, la de “derechos humanos”, pues, como él afirma, “todos los derechos son humanos, puesto que el hombre es el sujeto de derecho por excelencia”². Más adelante aclara que, por ejemplo, la denominación de “derechos naturales”, se identifica con una posición iusnaturalista siendo ésta una terminología anticuada³. Algo similar opina de la denominación “derechos morales”, ya que, no obstante tratarse de un nombre muy utilizado en el derecho anglosajón, considera difícil diferenciarla de la de “derechos naturales”⁴. Con todo, también es cierto que otras posturas optan por considerar que las nociones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son susceptibles de ser utilizadas como términos sinónimos; en esa línea, a pesar de que la noción “derechos fundamentales” tiene un alcance más bien de carácter estatal⁵, y la de “derechos humanos”, tendría una connotación internacional, concordamos con aquellos que postulan que es factible, e incluso recomendable, utilizar cualquiera de ambas denominaciones⁶.

Empero, asumiremos para efectos de estas líneas la predilección de Peces Barba, no solo por las razones que plantea el insigne autor, sino, en primer término, porque su amplitud facilita nuestro propósito que es propender el diálogo entre el derecho de la responsabilidad civil, con aspectos del derecho constitucional y del derecho de los derechos humanos, y en segundo lugar, nos parece que en nuestro derecho, la doctrina se ha ido decantando precisamente por esta denominación⁷.

En otro sentido, nuestra preferencia podría ser discutida, puesto que una alternativa sería centrar el análisis en la noción de derechos de la personalidad, que es más propia del derecho privado, por lo que, toda vez que nos situamos en un ámbito perteneciente a esta área, como lo es la responsabilidad civil, tendría lógica acudir a aquélla.

Por cierto, que no cabe duda que este trabajo se encuentra íntimamente relacionado con los derechos de la personalidad, pero es del caso que esta noción también genera dificultades de delimitación, como analiza latamente el profesor De Castro, quien luego de repasar las diversas concepciones que se han planteado acerca de los derechos de la personalidad⁸, considera más adecuado distinguir entre distintas figuras que sirven de defensa a *“la esfera de la personalidad: lo personal, el deber de respeto a la persona y los bienes y facultades de la personalidad. Separando, después, los bienes esenciales y no esenciales y los relativos a la consideración social de la persona”*⁹. Y es que a pesar de que existen autores que tienden a llevar a cabo una identificación entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad¹⁰, hay un grado de consenso en orden a que se trata de nociones que obedecen a distintos orígenes

¹ PECES-BARBA (1986), p. 13

² PECES-BARBA (1986), p. 13.

³ PECES-BARBA (1991), p. 22.

⁴ PECES-BARBA (1991), pp. 30 y s.

⁵ AGUILAR (2010), p. 69; PICA (2013), pp.199-201; LARROUCAU (2020).

⁶ Sobre las aparentes distinciones entre las nociones “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, Aguilar, quien es de la opinión que no hay justificación alguna para mantener las diferencias entre ambos conceptos. AGUILAR (2010), pp. 69 y s.

⁷ NOGUEIRA (2005), p. 15; TÓRTORA (2010), pp. 167-200; DEL CANTO (2019), pp. 163-192.

⁸ DE CASTRO (1959), pp. 1248-1260.

⁹ DE CASTRO (1959), p. 1264.

¹⁰ LLANO (2012), pp. 27-56.

históricos y en que la protección proviene de diversas disciplinas jurídicas, de ahí, que es posible comprender esta suerte de identificación entre la noción derechos de la personalidad y la de derechos fundamentales, pero técnicamente no son conceptos sinónimos¹¹.

En efecto, como señala De Verda y Beamonte, los derechos fundamentales se gestan con la finalidad de proteger a los particulares frente a las injerencias de los poderes del Estado, en tanto que los derechos de la personalidad constituyen una *“técnica del Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en ámbitos de la propia esfera personal”*¹², y que justifica que se activen una serie de tutelas desde el derecho privado¹³, entre ellos, la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño ocasionado¹⁴. De ahí, que como afirma el profesor Figueroa, se trata del mismo objeto de protección, pero con distintas perspectivas jurídicas¹⁵.

Pues bien, toda vez que nos proponemos dialogar con las disciplinas antes referidas y dado que el concepto derechos fundamentales es del todo reconocible por los operadores jurídicos, como ya hemos mencionado, es que optamos por situarnos en esta noción, reconociendo por cierto, la vinculación de ésta con la de derechos de la personalidad.

3. La responsabilidad civil por vulneraciones a derechos fundamentales. Una aproximación

Luego de una larga evolución experimentada por nuestro derecho, la concepción más aceptada de daño corresponde a aquella que la reconoce como todo detrimento a un interés del demandante, no siendo necesario que se acredite la lesión a un derecho subjetivo¹⁶. Con todo, resulta evidente que los derechos subjetivos pueden ser lesionados, como ocurre con los derechos fundamentales. La lesión a un derecho fundamental, ocasiona un detrimento que debe ser resarcido, lo que ha sido reconocido por la doctrina nacional y foránea¹⁷. Sin embargo, el tratamiento que tradicionalmente se ha dado a esta temática por parte de los autores, especialmente en nuestro país, ha sido a propósito del daño moral y, más específicamente, al considerar que dichas lesiones constituyen una modalidad que puede adoptar dicho daño¹⁸. Con todo, como bien observa el profesor Díez Picazo, esta concepción del daño moral no está exenta de dificultades, pues se genera el debate acerca de si la sola lesión del derecho fundamental o de la personalidad – equiparación que lleva a cabo el autor- supone *per se* que el daño moral se produce o si, por el contrario, debe ser probado otro tipo de perjuicio para obtener su resarcimiento, debate que no forma parte de los propósitos de este trabajo, por lo que no nos detendremos en él¹⁹.

Empero, en nuestra opinión, se requiere un análisis más amplio y exhaustivo de la responsabilidad civil que puede surgir por vulneraciones a los derechos fundamentales, que sobrepase la mera consideración de constituir una variante del daño moral, dando lugar a un sector especial en que opera este instituto, por dos órdenes de razones.

La primera de ellas, refiere precisamente al rol que cumple la responsabilidad civil en este ámbito, pues desde el derecho privado se erige como el medio más idóneo de protección a las

¹¹ Empleamos la expresión concepto, en los términos de Dworkin, que la diferencia de concepción, entendiendo que la diferencia entre el concepto y la concepción es una cuestión de niveles de abstracción, en el primer nivel está el concepto, es decir, *“el acuerdo se concentra alrededor de ideas discretas utilizadas indiscutiblemente en todas las interpretaciones; en el segundo, se identifica y asume la controversia latente en esta abstracción”*. DWORKIN (2008), p. 61; DWORKIN (2010), pp. 214 y s.

¹² DE VERDA Y BEAMONTE (2017), pp. 56 y s.

¹³ DE VERDA Y BEAMONTE (2017), p. 57.

¹⁴ KOTEICH (2017), p. 24

¹⁵ FIGUEROA (1998), p. 22. Similar ROGEL (2007), p. 273.

¹⁶ BARROS (2020), pp. 228 y s.

¹⁷ Así, se ha dicho en el contexto europeo, que *“the HRA – Human Rights Act- is possibly the most important tort statute ever created”*. WRIGHT (2017), p. 67; MCKENDRICK (2001) p. 331; WAGNER (2021), pp. 212 y s.; DEAKIN et al. (2007), p. 701; ANGUIA (2008), pp. 20 y s.; BARROS (2020), pp. 566 y s.

¹⁸ A veces se habla de lesiones a los derechos de la personalidad, o a atributos de la personalidad. CORRAL (2003), p. 155; TAPIA (2005), p. 302. DE LA PARRA (2016), p. 150.

¹⁹ Díez PICAZO (2011), p. 315.

personas, sin mayor exigencia que tener la calidad de tal. Como señala la profesora Domínguez, “la acción de responsabilidad civil alcanza esa eficiencia porque es la única acción civil que se funda precisamente solo en la condición de persona”²⁰, bastando el solo padecimiento de un daño²¹. Este papel de la responsabilidad civil ha sido reconocido tanto en el derecho nacional²² como extranjero y uniforme²³, en este último ello queda de manifiesto en el artículo 203 de la Sección 2, Capítulo 2, Libro VI del MCR²⁴, y el artículo 2:102 de los PETL²⁵.

La segunda razón, consecuencial de la anterior es que, debido a la especial naturaleza de los derechos en juego, en nuestra opinión, la responsabilidad civil presenta una serie de particularidades que justifican una mirada más profunda de la misma. Así, la pregunta acerca de las funciones que desempeña la responsabilidad civil por lesiones a derechos fundamentales, es relevante, pues en el derecho europeo progresivamente se ha ido reconociendo una posible función punitiva²⁶. O bien, en cuanto a la configuración de los requisitos de la responsabilidad, a vía ejemplar, el estándar de cuidado, que estará supeditado a quien es el hechor de la lesión, a saber, el Estado o un particular. En seguida, en lo que toca a las modalidades de reparación más adecuadas, pues a pesar de que mayoritariamente, también aquí la reparación suele ser de carácter monetaria, consistente en una indemnización de perjuicios, es factible preguntarse si la reparación *in natura* resulta más apropiada, precisamente debido a la naturaleza del derecho que se perturba por el victimario. En fin, todas estas cuestiones permiten y justifican brindar un tratamiento diferenciado a la responsabilidad civil en este entorno.

4. La distinción basada en el sujeto que vulnera

Atendiendo a la necesidad de brindar un tratamiento especial a varios aspectos de la responsabilidad civil por lesiones a derechos fundamentales, es que consideramos esencial identificar los grupos de casos en que dicha responsabilidad puede surgir, para lo cual, pondremos atención en el sujeto agresor. En ese sentido, además de que en todo análisis jurídico es relevante definir los grupos de casos a los que se aplica una determinada institución, pues ello permite delinear el funcionamiento de la misma por parte de los operadores jurídicos, tratándose de un área tan extensa en que la responsabilidad civil despliega sus efectos, como la que es objeto de nuestro estudio, esta agrupación se torna aún más relevante, pues las funciones, la configuración de sus requisitos y aún sus consecuencias, como ya hemos señalado en el punto anterior, presentan variaciones dependiendo de quien sea el potencial responsable.

Una primera distinción que proponemos es entre aquellos casos en que el agresor es el Estado, y aquellos en que lo es un particular. En nuestra opinión, esta agrupación se justifica por la naturaleza y estructura de los derechos en juego, toda vez que los derechos fundamentales constituyen una defensa, primero que todo, ante el Estado, coherente con su origen histórico²⁷, y es que no obstante el desarrollo experimentado por la temática de los derechos fundamentales, aún en la actualidad, el Estado, ya por acciones, ya por omisiones, puede menoscabar derechos a los particulares.

En los casos en que es el Estado o sus agentes el sujeto agresor, se puede llevar a cabo una nueva agrupación, entre aquellos en que el Estado responde civilmente por delitos

²⁰ DOMÍNGUEZ (2019), p. 87; KOTEICH (2017), p. 24.

²¹ SOLARTE (2021), pp. 412 y s.

²² BARROS (2020), p. 259

²³ WRIGH (2017), p. 67.

²⁴ La norma dispone en su numeral 1: “Los daños ocasionados a una persona física a resultas de una vulneración del derecho al respeto de su dignidad, tales como su derecho a la libertad y su derecho a la intimidad, y la lesión misma, constituyen un daño jurídicamente relevante”.

²⁵ Intereses protegidos: “(2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia”.

²⁶ El artículo 183 de la Ley 36/2011 que regula en España la Jurisdicción en lo Social, reconoce en forma expresa la finalidad preventiva o disuasoria de la indemnización que se aplique por lesiones a derechos fundamentales en materia laboral, lo que ha sido considerado por parte de la doctrina como un reconocimiento a la institución de los daños punitivos en esta sede, norma que ha sido aplicada en varias sentencias pronunciadas por tribunales españoles. BALLESTER (2015), pp. 34-39 y 54 y s.; BALLESTER (2019), pp. 12-16.

²⁷ Sobre este tópico, por todos, ANSUÁTEGUI et. al (1998); VILLAVERDE (2015) pp. 581 y s.; CRUZ (1989), pp. 35-62.

fundamentales del derecho penal internacional o *core crimes*²⁸, en especial, delitos de lesa humanidad, y las demás lesiones a derechos fundamentales a particulares. Ello, pues tratándose de los primeros, la doctrina especializada del derecho de los derechos humanos y del derecho penal internacional, sustentan que la forma en que se configura la imputabilidad es mediante acciones u omisiones dolosas²⁹, sin perjuicio de otras peculiaridades que la misma responsabilidad adopta, como la responsabilidad internacional que se genera.

En seguida, tratándose de las situaciones en que quien cause el detrimento al titular de un derecho fundamental sea otro particular, obviamente que la interpretación y aplicación de las reglas y principios de la responsabilidad civil presentará algunas diferencias con el caso anterior, no solo porque estamos ante un ámbito en que ambos sujetos concernidos: agresor y víctima, son titulares de derechos fundamentales, sino porque, además, pueden presentarse casos de colisiones de derechos –como el clásico ejemplo, entre la libertad de expresión y el derecho a la honra o la intimidad–³⁰, según veremos a continuación. Cabe precisar que, de momento, hablamos preliminarmente de colisiones a derechos fundamentales para referir a aquellas situaciones en que la agresión se produce en el contexto de dos derechos enfrentados, sin perjuicio de lo que detallaremos algunas líneas más adelante en lo que refiere a dicha colisión de derechos y su relación con el abuso del derecho. Por cierto, como mencionamos en un acápite anterior, en este trabajo nos circunscribiremos solo a este segundo grupo de situaciones.

5. Las vulneraciones a derechos fundamentales entre particulares: el ingreso de la eficacia horizontal a través de la responsabilidad civil

Como hemos apuntado, la circunstancia de que un particular cause un detrimento a un derecho fundamental presenta la singularidad de que ambos sujetos involucrados son titulares de esos mismos derechos, pero, además, el sujeto agresor ha contravenido normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que los garantizan, todo lo cual nos sitúa en el ámbito de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En efecto, una cuestión que ha sido vigorosamente debatida es si el respeto a los derechos fundamentales solo es exigible al Estado, o si también lo es a particulares, doctrina de origen alemán atribuida a Nipperdey, conocida como *Drittwirkung der Grundrechte*³¹, y que supone, en último término, mirar la incidencia que tienen los derechos fundamentales en el derecho privado³². Esta teoría, a pesar de presentar inconvenientes³³, ha adquirido enorme trascendencia, teórica y práctica, pues *“la realización plena de los derechos fundamentales supone, por el contrario, una estructura económica y social justa y eso incide realmente mucho sobre la problemática del Derecho privado”*³⁴.

En Chile³⁵, esta concepción no ha sido del todo pacífica en la doctrina³⁶, aunque la crítica proviene, mayoritariamente³⁷, de la forma en que ella se ha aplicado por parte de los tribunales superiores de justicia, especialmente mediante la acción de protección³⁸.

²⁸ CÁRDENAS (2014), p. 170.

²⁹ GONZÁLEZ (2011), p. 163.

³⁰ CHRISTIE (2013), posic. 10992.

³¹ BELADIEZ (2017), p. 76. Hay un grado de consenso en orden a que una primera sentencia que acogiera la tesis es el famoso caso *“Lüth- Urteil”*, del año 1958. VALADÉS (2011), pp. 443-445.

³² GARCÍA Y JIMÉNEZ (1986), p. 11

³³ Como señala Alexy, se acepta en la actualidad que las normas fundamentales influyan en la relación ciudadano/ciudadano, lo que se discute *“es cómo y en qué medida ejercen esta influencia”*. ALEXY (2012), p. 468.

³⁴ PECES-BARBA (1986), p. 210. PÉREZ (1991), p. 313.

³⁵ A pesar de que, en alguna medida, se adopta esta eficacia en nuestro país ya desde hace tiempo a través de las acciones de amparo y protección. MARTÍNEZ (1998), p. 62.

³⁶ MARTÍNEZ (1998), p. 63.

³⁷ Con excepción de algún autor que directamente cuestiona la consideración de que los derechos humanos sean exigibles a particulares. CORREA (2004), p. 564; MARTÍNEZ (1998), p. 63.

³⁸ Entre varios, MARTÍNEZ (1998), p. 63; MARSHALL (2010), p. 68.

Por el contrario, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no ha concitado mayor atención entre los especialistas del derecho civil, vinculándola tangencialmente con el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado³⁹.

De ahí, que resulta de interés analizar la opinión del profesor Jesús Alfaro Águila-Real, pues estudia con detención la vinculación entre los derechos fundamentales y la autonomía privada, y expone que las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales, al ser aplicados a los particulares, pueden, a la vez, contradecir valores de la misma Constitución al limitar en forma indebida *“el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan por conveniente”*⁴⁰, por lo que no es posible homologar estas situaciones a las limitaciones que tiene el Estado respecto de los derechos fundamentales⁴¹. Agrega que aunque no se niega que los derechos fundamentales producen efectos entre los particulares, el problema es la determinación de cuáles son y cómo deberían lograrse esos efectos⁴², debiendo ser armonizados con la autonomía privada⁴³. En esa línea, su planteamiento apunta, primero a la consideración que debe tener el legislador a la hora de dictar normas que permitan compatibilizar los derechos fundamentales de todos los particulares involucrados⁴⁴; y, luego, al cuestionamiento acerca de *“los criterios que permitan determinar en cada caso concreto si los poderes públicos han de intervenir en una relación entre dos particulares o han de abstenerse de hacerlo por exigencias, en ambos casos, de su vinculación a los derechos fundamentales”*⁴⁵, poniendo énfasis en aquellos casos en que las relaciones jurídicas creadas por las propias partes en ejercicio de su autonomía privada, pueden resultar limitadas por los derechos fundamentales.

En lo que toca a nuestro ámbito de estudio, nos parece que la forma más adecuada de contestar los cuestionamientos expuestos por el profesor Alfaro, es afirmando que debido a que las reglas y principios de la responsabilidad civil presentan algunas particularidades, como venimos señalando, dichas reglas y principios deber ser interpretadas y aplicadas armónicamente con el derecho constitucional y el derecho de los derechos humanos.

Para sustentar esta necesidad de armonización, basta constatar que, aunque se ha estimado que la mentada eficacia horizontal ha penetrado en nuestro derecho mediante la proliferación de acciones de protección entre privados, lo cierto es que desde el derecho civil, la eficacia horizontal ha ingresado por la puerta de la responsabilidad civil.

En efecto, de una parte, como ya señalamos, ello se corrobora con la vinculación del daño moral con las lesiones a derechos fundamentales, pero, además, con la incorporación de una gran cantidad de normas legales que posibilitan hacer valer responsabilidad civil de particulares por lesiones a derechos fundamentales. Solo a vía ejemplar: la ley N° 20.609 que *“Establece medidas contra la discriminación”*, promulgada el 12 de julio y publicada el 24 de julio, de 2012; aunque en la ley no hay norma que en forma expresa prevea la reparación del daño ante un acto de discriminación arbitraria, no cabe duda de que la víctima está facultada para ejercer una acción de responsabilidad civil para tal efecto⁴⁶. Por su parte, la ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, promulgada el 18 de agosto y publicada el 28 de agosto, de 1999, en cuyo artículo 23 se establece que la persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, ello, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal, a su turno, el inciso tercero agrega que el juez determinará el monto de la

³⁹ DOMÍNGUEZ (2010), p. 5. CORRAL (2018), p. 6.

⁴⁰ ALFARO (1993), p. 62.

⁴¹ ALFARO (1993), p. 63.

⁴² ALFARO (1993), p. 64.

⁴³ ALFARO (1993), pp. 64-65.

⁴⁴ ALFARO (1993), pp. 79-80.

⁴⁵ ALFARO (1993), p. 86.

⁴⁶ Aunque, en nuestra opinión, será necesario ejercer la acción conforme a las reglas generales del Código de Procedimiento Civil, y no al procedimiento contenido en la ley N°20.609, tal como han resuelto los tribunales de justicia en forma mayoritaria. DÍAZ DE VALDÉS (2017), p. 474.

indemnización prudencialmente, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos. La ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, promulgada el 28 de noviembre y publicada el 10 de diciembre, de 2018, contempla en el artículo 25, que se prohíbe la realización de un acto u omisión que importe discriminación arbitraria y que cause privación, perturbación o amenaza a las personas y sus derechos, en razón de su identidad y expresión de género, prohibición que se extiende tanto a personales naturales, como jurídicas, públicas o privadas, agrega que los directamente afectados por dicha acción u omisión podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria establecida en la ley N° 20.609, antes mencionada, *“sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera emanar de esta contravención”*.

En el reconocimiento a la eficacia horizontal en comento, destaca la normativa del derecho del trabajo, en que ya desde hace bastante tiempo se viene reconociendo que al interior del contrato de trabajo se deben respetar los derechos fundamentales, especialmente los del trabajador, concepción que se ha denominado *“ciudadanía en la empresa”*. Este reconocimiento se llevó a cabo en un primer momento, por la doctrina laboral⁴⁷, luego por la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo y⁴⁸, finalmente, mediante la dictación de variadas leyes, como la ley N°19.759 -modifica, entre otros, los artículos 2 y 5 del Código del Trabajo-; la ley N° 20.005, que tipifica y reglamenta las consecuencias del acoso sexual; la ley N°20.087, que incorpora el procedimiento de tutela laboral⁴⁹; la ley N° 20.123, que al reglamentar el régimen de subcontratación y de suministro, establece en forma expresa el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores que laboran en estas modalidades -como en el art. 183 Y-; la ley N° 20.607 que sanciona las prácticas de acoso laboral; la reciente ley N°21.431, que en su artículo 152 quinquies B, dispone que la empresa digital deberá respetar las garantías constitucionales del trabajador de plataformas digitales independiente, siéndoles aplicables del procedimiento de tutela laboral ante sus vulneraciones, entre otras.

Como se ve, normas como las antes señaladas, permiten ejercer acciones que tengan por finalidad hacer valer responsabilidad civil en contra de particulares que han causado perjuicios a los derechos fundamentales de otros particulares, lo que no es más que dar lugar a la mentada eficacia horizontal en sede de derecho privado.

6. El abuso del derecho y las colisiones de derechos en las lesiones a derechos fundamentales entre particulares: ¿contradicción o armonización?⁵⁰

Las relaciones intersubjetivas, sin duda, dan lugar a colisiones de derechos e intereses entre los sujetos que se desenvuelven en sociedad. De ahí, que como afirma Weinrib, *“presentar la justicia correctiva como igualdad cuantitativa refleja el rasgo fundamental del derecho privado: un demandante concreto demanda a un demandado concreto”*⁵¹. Agrega que la justicia correctiva se evidencia en el concepto de interacción, y citando a Aristóteles, expresa: *“si uno comete injusticia y el otro la recibe y si uno hace daño el otro la recibe”*⁵². Por consiguiente, el derecho privado se hace cargo de estas colisiones, y un ámbito en que ello queda especialmente de manifiesto, es en la responsabilidad civil. Como señala Barros, si se analiza la relación obligatoria desde la justicia correctiva, el principio *“es la reciprocidad de la relación”*⁵³. Pues bien, sin entrar en el debate en orden a si la responsabilidad civil es una cuestión solo de justicia correctiva o también distributiva, es del caso que en lo que toca a la colisión de intereses, Papayannis, al analizar los derechos de indemnidad como bienes primarios de primer orden -

⁴⁷ LIZAMA Y UGARTE (1998); GAMONAL (2011).

⁴⁸ CAAMAÑO (2006), pp. 19-44.

⁴⁹ PRADO (2007), pp. 383-400.

⁵⁰ Agradecemos los comentarios hechos a este ámbito de análisis, por el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso, Dr. Ricardo Salas Venegas.

⁵¹ WEINRIB (2017), p. 96.

⁵² WEINRIB (2017), p. 97.

⁵³ BARROS (2008), p. 322.

para quien, son cuestión de justicia distributiva-, expresa que al ser definidos éstos se les da contenido a los términos equitativos de su interacción⁵⁴, para luego, reflexionar en clave de intereses y precisar que *“los intereses relativos a no sufrir ciertos daños son de segundo orden respecto de otros intereses de primer orden”*⁵⁵, de modo tal, que un interés de no ser dañado es un interés respecto de que otro interés no sea perjudicado, por lo que el interés a no ser dañado supone la existencia de otro interés que sea objeto del daño⁵⁶. Por consiguiente, podrán surgir conflictos entre intereses de las partes, como el caso clásico que expone el autor, entre la libertad de expresión y el derecho al honor⁵⁷.

Con todo, si se trata de la colisión de derechos fundamentales, es del caso que ella no ha sido tratada con la profundidad deseada en el derecho civil en nuestro país. Habitualmente, se la menciona a propósito de dos ámbitos: el primero, con ocasión del abuso del derecho en que, además, corrientemente se la diferencia de la primera; y luego, en relación a situaciones específicas, como en la colisión entre el derecho a la honra⁵⁸ y la libertad de expresión y la responsabilidad civil que pudiere surgir en tales casos. Con todo, el desapego que existe en el derecho civil a la temática de la colisión de derechos no es apreciable solo en el derecho nacional, sino también foráneo. Una de las pocas excepciones se encuentra en un trabajo elaborado por López Berenguer, en que reconociendo que se trata de un ámbito menos explorado entre los cultores del derecho privado⁵⁹, define a la colisión como *“la concurrencia objetiva de derechos pertenecientes a sujetos diversos, que provoca entre ellos, a causa del ejercicio íntegro y simultáneo de todos, una relación de subordinación o de coordinación”*⁶⁰; analiza los elementos, las fuentes o causas de la colisión; las formas de solución, para luego limitar su estudio a las colisiones entre derechos privados subjetivos, como en el ámbito del derecho de familia, entre los derechos reales –en que incluye las relaciones de vecindad–, por cotitularidad de derechos –como en la comunidad–, entre derechos personales, entre otros⁶¹. Cabe precisar que destina un apartado para el estudio de la colisión de derechos de la personalidad, distinguiendo entre derechos de igual –como el derecho a la vida o integridad física– o de diversa clase⁶², expresando que en este último caso, los derechos tienen una naturaleza confusa, por lo que *“resulta inútil hablar de colisión”*, porque hay imprecisión de los límites de cada uno de dichos derechos⁶³.

De otra parte, como señalamos al inicio de este apartado, la tendencia en nuestro sistema es que la colisión se mencione con ocasión del abuso del derecho, para delimitar ambas situaciones⁶⁴. Así, el profesor Barros señala que es improbable que un problema de conflicto entre derechos se configure como un abuso de derecho, pues este último se plantea *“cuando la persona ha actuado conforme a las facultades que naturalmente le confiere el respectivo ordenamiento legal o contractual”*⁶⁵, de manera que en casos de colisión, es necesario por la vía de la interpretación de normas y eventualmente de integración, determinar el límite entre los dos derechos involucrados, de manera que el derecho de otro limita externamente el ejercicio

⁵⁴ PAPAYANNIS (2014), p. 320.

⁵⁵ PAPAYANNIS (2014), p. 323.

⁵⁶ PAPAYANNIS (2014), p. 323. Desde la culpa, el profesor Aedo concuerda que cumple una función de demarcación, en tanto *“se trata de establecer una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y la protección de determinados bienes e intereses”*. AEDO (2014a), p. 44. Más adelante, a propósito de la creación de riesgos no permitidos y su relación con la imputación objetiva, resalta: *“el denominado criterio de riesgo no permitido, importa un balance de intereses, que permite medir la utilidad social de la actividad versus bienes o intereses protegidos”*. AEDO (2020), p. 127

⁵⁷ PAPAYANNIS (2014), p. 321. Así, señala: *“El valor de la libertad de expresión será mayor cuando no exista responsabilidad extracontractual por daños causados en su ejercicio, que en caso contrario”*, y adiciona: *“Pero el valor del derecho al honor, protegido con la responsabilidad extracontractual por un uso abusivo de la libertad de expresión, variará en la dirección opuesta”*.

⁵⁸ Como se aprecia en un interesante apartado a propósito de la protección de la honra y el test de ponderación de derechos, en PINO (2013), pp. 125 y s.

⁵⁹ LÓPEZ (1956 a), pp. 75 y s.

⁶⁰ LÓPEZ (1956 a), p. 80.

⁶¹ LÓPEZ (1956 b), pp. 198-302.

⁶² LÓPEZ (1956 b), pp. 200-203.

⁶³ LÓPEZ (1956 b), p. 206.

⁶⁴ CORRAL (2003).

⁶⁵ BARROS (2020), p. 674.

de un derecho, en cambio, en el abuso supone que tales límites y facultades del titular de un derecho, ya han sido definidos, por lo que el titular está actuando formalmente dentro de tales límites⁶⁶.

Sin embargo, a pesar de que en el derecho civil la temática de las colisiones se las suele tratar como una forma de deslindar esta figura del abuso del derecho⁶⁷, resulta que ambos fenómenos se encuentran estrechamente relacionados. Por esa razón, es que interesa para efectos de estas líneas, adoptar una concepción acerca del abuso del derecho, coherente con nuestros planteamientos.

En ese sentido, adoptaremos como abuso del derecho la concepción propuesta por los profesores Atienza y Ruiz Manero. Las razones por las cuales nos parece que es la más adecuada, son, en primer término, porque sugiere una comprensión del abuso del derecho intrajurídica, como se pasará a revisar y, en segundo lugar, por cuanto, analiza el abuso del derecho en relación a la posibilidad de abuso que puede presentarse tratándose de titulares de derechos fundamentales. Con todo, es necesario hacer la prevención de que estos autores tienen a la vista para su análisis, la norma contenida en el artículo 7 del CC. español, que expresamente lo reglamenta. En esa línea, los autores plantean que el abuso del derecho constituye un mecanismo de corrección, definiéndolo de la siguiente forma: *“La acción A realizada por un sujeto S en la circunstancia X es abusiva si y solo si:*

1) *Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.*

2) *Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D.*

3) *D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:*

3.1) *Que al analizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio y legítimo discernible.*

3.2) *Que D es un daño excesivo o anormal.*

4) *El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X' [X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1) o 3.2)] la acción A está prohibida”⁶⁸.*

Decimos que nos parece que se trata de la concepción del abuso del derecho que mejor se aviene con nuestros propósitos, como señalamos, porque a diferencia de otras que plantean que hay abuso en la medida que el derecho se ejerza inmoralmente o antisocialmente o en forma excesiva, que supone acudir a nociones indeterminadas y extrajurídicas⁶⁹, la que se postula por Atienza y Ruiz Manero supone que el ejercicio de un derecho que *prima facie* está permitido, se encuentra prohibido en algunos casos, prohibición que proviene *“de una restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por los principios que determinan el alcance justificado de la regla misma”⁷⁰.*

En seguida, si bien la delimitación entre el abuso del derecho y la colisión de derechos ya es un ámbito complejo, tratándose de los derechos fundamentales, se torna en extremo dificultoso, entre otras razones, porque es debatido en la doctrina que, aún acogiendo la teoría del abuso del derecho, los derechos fundamentales sean susceptibles de ser abusados. El argumento que habitualmente se utiliza para sustentar que no debe admitirse el abuso del derecho tratándose de derechos fundamentales, es que entraña el peligro de restringirlos, lo que además de constituir un riesgo, es innecesario, pues sus límites ya se encuentran

⁶⁶ BARROS (2020), p. 21 y s.; BARROS (2020), p. 675.

⁶⁷ ALESSANDRI (1943), pp. 251-261.

⁶⁸ ATIENZA Y RUIZ (2006), p. 57.

⁶⁹ DIEZ PICAZO (1992), pp. 7 y s.; ATIENZA Y RUIZ (2006), pp. 42 y s.

⁷⁰ ATIENZA Y RUIZ (2006), p. 59.

establecidos en las propias constituciones⁷¹. Con todo, la moderna doctrina y jurisprudencia foránea⁷², tienden a postular que es perfectamente posible que un derecho fundamental sea ejercido abusivamente⁷³, lo que cuenta incluso con argumentos normativos⁷⁴, como se lee en los artículos 17 del Convenio europeo de los Derechos Humanos y 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷⁵. Cabe precisar que, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no hay una disposición análoga que expresamente se refiera al abuso del derecho, aunque nos parece factible sustentar normativamente el abuso, en normas tales como los artículos 30 y 32.

Ahora bien, en lo que refiere a la delimitación entre ambos fenómenos, cabe advertir que, en los hechos, los problemas de potenciales abusos del derecho se presentan de manera más habitual cuando estamos en presencia de dos derechos que se enfrentan, dos derechos que, en lo que nos interesa, pueden ser derechos fundamentales, de manera tal que la pregunta es si estamos ante un problema de abuso de uno de dichos derechos respecto del otro, o más bien de colisión, lo que es de extrema relevancia, pues se señala que los problemas derivados de colisiones se resuelven mediante el mecanismo de la ponderación de derechos, sin embargo, a juicio nuestro, la ponderación de derechos también puede ser utilizada para dos cuestiones adicionales: primero, para detectar si se está ante un abuso del derecho o ante una colisión de derechos, en caso que estemos ante un escenario de dos derechos enfrentados, y en segundo lugar, una vez detectado el abuso, para efectos de analizar la configuración de la responsabilidad civil por lesiones a derechos fundamentales.

En forma reciente, Arturo Muñoz Aranguren analiza precisamente la relación entre el abuso del derecho y la ponderación, y señala que en el abuso *“el conflicto no se produce entre derechos subjetivos distintos, sino entre reglas y los principios (y no cualesquiera principios) de las que aquellas traen causa directa. En la ponderación existe una tensión, por así decirlo, externa, entre las dos esferas de interés distintas y enfrentadas. En el abuso esa tensión es interna, ya que el devenir abusivo se desarrolla en el seno del propio derecho subjetivo ejercitado”*⁷⁶. Agrega, que *“en el caso de la ponderación es requisito ineludible la consideración del derecho del tercero, a fin de poner en la balanza los dos derechos subjetivos —sean fundamentales o no— y otorgar primacía a uno de ellos sobre el otro; en el caso del abuso esa valoración del derecho del tercero afectado no tiene lugar con la misma intensidad o, cuando menos, se trata de una toma en consideración secundaria o de segundo grado, pues lo decisivo es emitir un juicio sobre la licitud del ejercicio de uno de los dos derechos (el del supuesto abutente), pero no del otro”*⁷⁷. Por consiguiente, no solo no resultaría adecuado dar un tratamiento unitario al abuso del derecho y a la colisión de derechos, sino que, además, se justifica dicho tratamiento diferenciado, porque en la segunda hipótesis, las soluciones pasarían por la ponderación, por el contrario, en el caso del abuso del derecho, como afirma el autor que venimos citando, *“si existe abuso, la conducta será antijurídica y no habrá nada que ponderar”*⁷⁸, lo que supone, desde la responsabilidad civil, que, a menos que opere una causal de exoneración, quien abusa de su derecho, deberá resarcir el daño.

⁷¹ ATIENZA Y RUIZ (2006), p. 63.

⁷² La jurisprudencia colombiana ya desde 1993 ha acogido la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan ser abusados, como se aprecia en sentencia de la Corte Constitucional en sentencia T-511 de 1993, en que se declara: *“El orden constitucional no admite el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en la Carta. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines”*. En este caso, se trata de una arrendataria que se negaba a permitir el ingreso de terceros en el inmueble arrendado, aunque era dentro de un horario razonable. HERNÁNDEZ Y PARDO (2014), p. 111.

⁷³ MUÑOZ (2017), pp. 38 y s.

⁷⁴ MUÑOZ (2017), p. 38.

⁷⁵ Artículo 17: *“Prohibición del abuso del derecho. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio, podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera o dedicarse a una actividad o a realizar o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”*. Por su parte, el artículo 54 contiene una disposición análoga a la transcrita.

⁷⁶ MUÑOZ (2017), pp. 40 y s.

⁷⁷ MUÑOZ (2017), p. 41.

⁷⁸ MUÑOZ (2017), p. 42.

Cono todo, no concordamos con esta posición, sino que nuevamente estamos de acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, para quienes el abuso del derecho es, en último término, un esquema de ponderación, incluso cuando la figura se ve en el contexto de los derechos patrimoniales: considerar que se da un supuesto abuso de derecho significa que el valor de la justicia (entendida en un cierto sentido: evitar un grave daño, etc.) pesa más, dadas las circunstancias que el de certeza o seguridad (aplicar la regla tal y como está establecida, sin tomar en cuenta la existencia de una laguna axiológica)⁷⁹.

Por consiguiente, a pesar de que se considere que en el abuso del derecho no se requiere estar ante dos derechos que se enfrentan, en el hecho, normalmente dicho abuso se produce respecto de otro derecho, por lo que, el mecanismo de la ponderación permitirá determinar si se está ante un caso de colisión, el que nos indicará cuál de tales derechos prevalece, o, en verdad, hay un abutente que abusa de su derecho, afectando a otro. En este segundo caso, el mecanismo de la ponderación posibilita detectar *a priori* este tipo de situaciones. Es decir, llevado el análisis a casos concretos, vemos cómo tratándose de derechos enfrentados, la ponderación permite en muchas ocasiones, identificar casos de abuso en que naturalmente deberá prevalecer el derecho afectado por el abutente⁸⁰, pues en último término el abutente lesiona el derecho de otro. Por el contrario, de no haber abuso, la ponderación permitirá analizar qué derecho predominará, atendido que ninguno de ellos se ejerce abusivamente, sino que se trata de una mera colisión. Por consiguiente, cuando hay dos derechos que se enfrentan, y mediante el mecanismo de ponderación, se llega a la conclusión que uno de ellos lesiona al otro, desde el derecho privado ello configuraría un abuso del derecho.

Es probable que las dificultades para incardinar la temática del abuso del derecho, con la colisión de derechos y, consecuentemente, con la ponderación, se producen debido a que se trata de figuras que son abordadas desde disciplinas distintas, desde luego, que la colisión de derechos que se soluciona con la ponderación, es analizada por la teoría del derecho; el abuso del derecho, por el contrario, nace como un fenómeno que se estudia primeramente desde el derecho privado. Con todo, somos de la opinión que, para el análisis de la responsabilidad civil derivada de la lesión a un derecho fundamental ocasionada por particulares, que se enmarca también en el derecho privado, la ponderación posibilita identificar cuándo surge responsabilidad civil por producirse un caso de abuso del derecho y analizar la configuración de los requisitos de dicha responsabilidad civil.

Por consiguiente, debemos hacer el siguiente razonamiento: no siempre que exista abuso del derecho, ello supondrá que hay dos derechos enfrentados, entre otras razones, porque en el caso del abuso puede verse menoscabado un interés por parte del abutente y no necesariamente un derecho⁸¹. De igual forma, no siempre que estemos ante dos derechos enfrentados se configurará un abuso del derecho, pues podemos estar ante una mera colisión de derechos. A la vez, no siempre que exista colisión de derechos, entendiéndolo para estos efectos solo como la hipótesis de dos derechos enfrentados, surgirá responsabilidad civil, ello ocurrirá en caso de que uno de los titulares abuse de su derecho respecto del otro, caso que puede ser detectado *prima facie*, mediante el mecanismo de la ponderación, que también será útil para calificar los requisitos de la responsabilidad civil en tales casos.

7. El juicio de ponderación como mecanismo de calificación de la responsabilidad civil en las lesiones a derechos fundamentales entre particulares

Según ya indicamos, entendemos que, ante dos derechos fundamentales enfrentados, la ponderación posibilitará detectar primero, si se configura un caso de abuso del derecho y, luego, analizar si nace responsabilidad civil para uno de sus titulares.

⁷⁹ ATIENZA Y RUIZ (2006), p. 59.

⁸⁰ MUÑOZ (2017), p. 41.

⁸¹ PALOMBELLA (2006), pp. 35 y s.

Como advertimos en el apartado anterior, las agresiones a derechos fundamentales que se producen por un particular presentan varios desafíos, de hecho, la doctrina foránea ha puesto especial atención al reto de aplicar la responsabilidad civil - en particular, la extracontractual-, al derecho de los derechos fundamentales. Así, se destaca que la complejidad no solo proviene de los encuentros que han de producirse entre el derecho privado y el derecho constitucional, sino que, entre los sistemas internos de derecho privado con tratados internacionales de derechos humanos⁸².

Probablemente, el caso más representativo es aquel en que se produce entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, que ha sido materia de varios pronunciamientos por parte de los tribunales de justicia. Un caso emblemático en el Reino Unido fue *Campbell vs. MGN Ltd.*: una conocida modelo realizó varias declaraciones criticando a sus colegas por la utilización de drogas ilícitas para tolerar las exigencias de la profesión; sin embargo, el famoso tabloide *Daily Mirror*, publicó un par de artículos en que se le atribuyó el mismo comportamiento que la modelo denunció, divulgando fotografías en que se la veía en un lugar cercano a aquel en que se ubicaba Narcóticos Anónimos. Ante esas publicaciones, la modelo demandó al medio de comunicación. La Cámara de los Lores, conociendo del caso, consideró que se trataba de un conflicto entre el derecho de la demandante a la protección de su vida privada, conforme lo dispuesto en el 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y la libertad de expresión de la contraparte, contenido en el artículo 10 de la misma Convención, por lo que procedieron a resolver mediante el mecanismo de la ponderación de los derechos en colisión, los cuales, se declaró, tienen el mismo valor⁸³.

Lo interesante de este caso, es que se razona en base a la ponderación de los derechos para resolver un juicio de responsabilidad civil; en la especie, toda vez que no hay prevalencia de un derecho por sobre el otro, la Cámara de los Lores acude al concepto de “ponderación *ad hoc*”, que aplica este mecanismo considerando las circunstancias del caso, pero de forma tan específica, que no podrían utilizarse esos criterios para casos similares que se presenten a futuro⁸⁴. Desde nuestra perspectiva, lo que se produce es un abuso del derecho, sin embargo, no se le califica de esta forma, probablemente porque en el derecho anglosajón la figura del abuso del derecho es menos reconocida⁸⁵, o incluso más ambigua que en nuestros sistemas⁸⁶.

En nuestro país, uno de los análisis más completos desde el derecho de la responsabilidad civil acerca de la colisión de los derechos fundamentales que se puede producir entre el responsable y la víctima⁸⁷, se encuentra en la obra del profesor Enrique Barros, si bien, referido a las vulneraciones a la privacidad y honra⁸⁸; en él, se analiza no solo el alcance de ambos derechos, sino las diversas situaciones en que se puede producir el menoscabo, a la vez, que estudia las acciones a que da lugar la vulneración, distinguiendo entre acciones que tienen por objeto evitar o hacer cesar el daño, acciones que persiguen la reparación en naturaleza y las acciones propiamente indemnizatorias⁸⁹, resaltando también la necesidad de aplicar el mecanismo de ponderación de los derechos en juego, no solo cuando estos entran en colisión con la libertad de expresión, sino también en otros casos⁹⁰.

La jurisprudencia nacional, se ha ocupado ciertamente de la temática de la colisión de derechos fundamentales, pero eminentemente a través de la acción de protección. Así, un ámbito en que aquello queda en evidencia en forma reciente es en materia de funas por medio

⁸² CHRISTIE (2013), posic. 10992.

⁸³ CHRISTIE (2013), posic. 10947.

⁸⁴ CHRISTIE (2013), posic. 10947. Un panorama similar se visualiza en el sistema alemán, en que también se ha acudido a la ponderación de los derechos en casos más recientes, como en el conocidísimo caso *Lebach*. DEAKIN et al. (2013), p. 707. Mayor detalle acerca del caso *Lebach*, en VIDAL (2017), pp. 386-395.

⁸⁵ ATIENZA Y RUIZ (2006), p. 35; MUÑOZ (2017), p. 37.

⁸⁶ PALOMBELLA (2006), p. 35

⁸⁷ Destaca también el análisis sobre la responsabilidad civil por lesiones al derecho a la propia imagen del profesor Cristián Larraín. LARRAÍN (2016), pp.119-185.

⁸⁸ BARROS (2020), pp. 565-654.

⁸⁹ BARROS (2020), pp. 635-649.

⁹⁰ Cita el caso en que una compañía de seguros requiera conocer los antecedentes médicos de un asegurado por fraude de este último. BARROS (2020), p. 591.

de redes sociales, en que la tendencia ha sido hacer prevalecer el derecho a la honra y la privacidad por sobre el derecho a la libertad de expresión⁹¹. Tratándose de acciones de responsabilidad civil, hay causas en que, en los hechos, se ha producido la problemática de dicha colisión, aunque en la resolución de las mismas el razonamiento fundado en la ponderación de los derechos por parte del sentenciador, es más bien escueta⁹². Ello se puede constatar en sentencia de primera instancia pronunciada en causa caratulada “Pérez Concha, Inés con Red de Televisión Chilevisión S.A.”, por el 28° Juzgado Civil de Santiago⁹³, que condenó a la demandada al pago de una indemnización de perjuicios de ochenta millones de pesos⁹⁴, por haber emitido un reportaje utilizando una entrevista de la actora en forma parcial y tendenciosa. Pues bien, a pesar de que se acogió la demanda, la sentencia no razona en modo alguno acerca de la colisión de derechos que se produce, no obstante que una de las defensas de la demandada fue precisamente el ejercicio de la libertad de expresión. Distinto es lo ocurrido en otras causas, en que, si bien el debate pudo ser reconducido a un problema de colisión de derechos, ello no fue así, sino que solo se discutió acerca de la configuración o no de la responsabilidad civil de la demandada, ya por imputaciones injuriosas⁹⁵, ya por lesiones al honor de los actores⁹⁶.

Un ámbito en que se produce tal enfrentamiento de derechos fundamentales es en el contrato de trabajo, en que las decisiones del empleador habitualmente confrontan su derecho de propiedad, con los demás derechos fundamentales del trabajador. Esa fue la razón por la que, como señalamos al inicio de estas líneas, se incorporó la concepción de ciudadanía en la empresa o derechos laborales inespecíficos, que dio como resultado la inclusión de una serie de normas legales, precisamente con la finalidad de proteger estos derechos de la parte más débil del contrato. Con todo, ello no implica que los derechos del trabajador deberán prevalecer a todo evento, pues mediante el mecanismo de la ponderación, es perfectamente posible revelar que, en algunos casos, el ejercicio del derecho se lleva a cabo de forma excesiva, configurando un abuso del derecho fundamental, como sería si se abusa del derecho a huelga por algunos trabajadores que han sido pagados por la competencia⁹⁷.

Ahora bien, si se analiza la jurisprudencia en materia laboral, particularmente tratándose de acciones de tutela laboral, que son aquellas en que es posible hacer valer la responsabilidad civil por lesiones a derechos fundamentales padecidas por el trabajador, es del caso que tampoco se discurre acerca de la eventual colisión con los derechos del empleador que bien pudiere producirse, limitándose los juzgadores a constatar si se padece o no la lesión al derecho en cada caso, y luego argumentar en torno a la procedencia de la reparación del daño moral por el padecimiento de dicha lesión⁹⁸.

Como venimos señalando, pensamos que, en casos de enfrentamiento de dos derechos fundamentales, el mecanismo de la ponderación puede ser utilizado para detectar si en ese enfrentamiento, uno de los titulares lesiona al otro, configurando, además, un abuso del derecho, pero no solo eso, en nuestra opinión, la ponderación y el juicio de proporcionalidad

⁹¹ Corte Suprema, Rol N° 5.904-2022, de 25 de julio de 2022; Corte Suprema, Rol N° 12.021-2022, de 3 de agosto de 2022; Corte Suprema, Rol N° 13.407-2022, de 3 de agosto de 2022; Corte Suprema, Rol N° 67.525-2022, de 5 de septiembre de 2022.

⁹² Obviamente que reflexiones referidas a la ponderación de derechos relacionadas con juicios en que se hace valer responsabilidad civil se pueden ver reflejadas en fallos pronunciados por el Tribunal Constitucional, conociendo de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Así, en sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, Rol N° 1.679-2010, de 15 de marzo de 2011, sobre acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del CCCh., en que, por ejemplo, se califica de desproporcionada la aplicación de dicha norma en el juicio civil, en tanto impide de modo absoluto y a priori la indemnización del daño moral. Dicho fallo también contiene un lato examen del juicio de ponderación en el voto del Ministro Mario Fernández. En fallos posteriores, el Tribunal Constitucional ha mantenido esta postura, como se aprecia en sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 7.004-2019, de 22 de octubre de 2019.

⁹³ 28° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° C-10.926-2012, de 27 de enero de 2015.

⁹⁴ Suma que luego fue rebajada a cinco millones de pesos por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del recurso de apelación de la demandada.

⁹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4.502-2009, de 5 de diciembre de 2011.

⁹⁶ Corte Suprema, Rol N° 31.974-2017, de 5 de julio de 2018.

⁹⁷ ATIENZA Y RUIZ (2006), p. 65. Los autores citan un ejemplo similar, como sería si el derecho a huelga se utiliza por un pequeño número de trabajadores que por su posición estratégica tienen la posibilidad de bloquear la producción, con la finalidad de reivindicar salarios que multiplican veinte veces el de trabajadores de calificación similar.

⁹⁸ Corte Suprema, Rol N° 6.870-2016, de 30 de noviembre de 2016; Corte Suprema, Rol N° 2.563-2020, de 17 de julio de 2020; Corte Suprema, Rol N° 1.601-2020, de 17 de julio de 2020; Corte Suprema, Rol N° 60.464-2021, de 4 de octubre de 2021.

puede jugar un rol relevante a la hora de analizar la configuración y los efectos de la responsabilidad civil que surge.

Como se sabe, este mecanismo de resolución de conflictos entre derechos fundamentales, tiene como punto de partida sustentar que las normas que reconocen derechos fundamentales suelen tener la estructura de principios –en oposición a las reglas–⁹⁹, lo que implica que su contenido es el de constituir mandatos de optimización, en tanto ordenan que se cumplan en la medida de lo posible¹⁰⁰.

Parafraseando a Bobbio, como en no pocas ocasiones los derechos fundamentales concurren con otros derechos que tienen igual jerarquía, temporalidad y especialidad¹⁰¹, es que en ese punto cobra trascendencia el juicio de ponderación, cuyos principios son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La “idoneidad”, implica que un principio no debe sacrificarse si dicho sacrificio no es idóneo para el fin que persigue, la “necesidad” o “certeza” de que no existen otros mecanismos menos costosos para el principio o derecho que se decide restringir o afectar y finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación¹⁰².

Siguiendo las explicaciones de Alexy, en lo que respecta a los subprincipios de idoneidad y de necesidad, en realidad, la ponderación no juega ningún rol, ya que su propósito es evitar intervenciones a los derechos fundamentales que sean susceptibles de ser evitados *“sin costo para otros principios, se trata del óptimo de Pareto”*¹⁰³, en cambio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, supone una *“optimización relativa de las relaciones jurídicas”*¹⁰⁴, es acá donde juega la ponderación. Así, continúa Alexy: *“El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina ‘ley de ponderación’ y que se puede formular de la siguiente manera: ‘Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro’”*¹⁰⁵.

Ahora bien, la pregunta que sugiere la breve referencia que hemos hecho, y que, por cierto, no da cuenta del enorme influjo que ha tenido el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad en el derecho de los derechos fundamentales¹⁰⁶, es cuál es el impacto que ella produce en la responsabilidad civil que se hace valer en contra de un particular que ha agredido a otro particular, lesionando uno o más de sus derechos fundamentales, en circunstancias que dicho agresor también es titular de derechos de idéntica naturaleza.

Pues bien, a juicio nuestro, el juicio de ponderación cobra relevancia en la configuración de la culpa. Por cierto, aunque hay un grado de consenso en cuanto al hecho de que el ejercicio de un derecho, por lo general opera como causal de justificación¹⁰⁷, no es usual que se considere el principio de proporcionalidad para determinar en qué casos el comportamiento del titular del derecho se encuentra justificado y, por ende, es lícito, y en cuáles no¹⁰⁸.

Para visualizar cómo el juicio de ponderación no solo colabora, sino que puede resultar determinante para configurar una causal de justificación, volvamos a las explicaciones de Robert

⁹⁹ ATIENZA Y RUIZ (1996), pp. 6-13.

¹⁰⁰ ALEXY (1997), p. 87.

¹⁰¹ BOBBIO (1980), pp. 352- 364.

¹⁰² Un trabajo muy completo en nuestro sistema, acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional, en ARNOLD et al. (2012), pp. 65-116.

¹⁰³ ALEXY (2010a), p. 19.

¹⁰⁴ ALEXY (2010a), p. 19.

¹⁰⁵ ALEXY (2010a), pp. 19-20. Añade, que *“La ley de ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”*.

¹⁰⁶ En Chile, un análisis completo en DÍAZ (2011), pp. 167-206.

¹⁰⁷ BARROS (2020), p. 142.

¹⁰⁸ El profesor Luis Díez Picazo, que al tratar las causales de justificación que analiza a propósito de la antijuridicidad –que, para el autor, constituye un requisito de la responsabilidad extracontractual autónomo de la culpa–, analiza el ejercicio legítimo del derecho y expresa: *“El segundo límite se encuentra en la existencia de colisión de derechos, salvo que las leyes establezcan claramente el criterio de prevalencia o preferencia de uno solo de ellos. Si así no ocurre, hay que admitir una norma como la del art. 335 del Código Civil portugués, que en caso de colisión de derechos iguales o de la misma especie, impone a los titulares el deber de ceder en la medida de lo necesario para que todos produzcan igualmente su efecto sin mayor detrimento de cualquiera de los mismos”*. DÍEZ PICAZO (2011), p. 309.

Alexy respecto de la ley de ponderación. Según Alexy, la ley de ponderación está conformada por tres pasos: el primero, tiene por objeto definir “el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios”¹⁰⁹; el segundo paso es determinar la importancia “de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario”¹¹⁰; y el tercer paso, es definir “si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o no satisfacción del otro”¹¹¹.

Pues bien, consideramos que la calificación de culposa o no de la conducta del agresor, se facilita aplicando el juicio de ponderación, ya que, si la culpa se evalúa considerando el comportamiento del agresor, y se le contrasta con un modelo o prototipo, en tanto se aprecia en abstracto¹¹², el principio de proporcionalidad cobra relevancia. En efecto, si el principio supone decidir cuál de los derechos ha de preferirse para determinar si hay licitud o no en el comportamiento de quien es potencialmente responsable, toda vez que no existe una precedencia absoluta entre los derechos que colisionan¹¹³, se requiere tomar en cuenta las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro, pues no en todos los casos la solución será igual¹¹⁴. De ahí, que nos parece que la fórmula propuesta por Alexy, en torno a la denominada “escala triádica”, determinando distintos niveles de intervención por parte del eventual agresor: intervenciones leves, medias y graves¹¹⁵, coopera en la elaboración del modelo de comportamiento que una persona razonable debió desplegar, a fin de calificar si se configuró o no culpa.

Resulta ilustrativo, desde la culpa, el mismo ejemplo que cita Alexy¹¹⁶. Se trata de uno de los clásicos casos de colisión entre libertad de expresión y derecho al honor, resuelto por el Tribunal Constitucional alemán en 1986. Un oficial del ejército parapléjico había conseguido ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares. La revista satírica Titanic lo incluyó en una de sus secciones llamada “Las siete personalidades más lamentables”, refiriéndose a él como “asesino nato” y “tullido”. El militar interpone una demanda en contra la revista, solicitando indemnización de perjuicios por vulneración a su honor. Aunque el Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por las dos ofensas inferidas al honor del demandante, por una suma de 12.000 marcos alemanes, el Tribunal Constitucional consideró que no había tal ofensa en cuanto al calificativo de “asesino nato”, pero sí en la utilización de la expresión “tullido”¹¹⁷. Según Alexy, el Tribunal Constitucional llevó a cabo una ponderación relativa a las circunstancias del caso, pues consideró que la indemnización fue “dura”, implicando una intervención grave a la libertad de expresión, ya que la calificación de “asesino nato” tiene el carácter de las sátiras que habitualmente publicaba la revista, no así en cuanto a la expresión “tullido”, pues constituye una ofensa grave y una falta de respeto, de modo que el recurso de la revista solo fue estimado respecto de la indemnización impuesta por la utilización de la primera expresión, mas no respecto de la segunda, pues esta última es una afectación muy grave al derecho al honor.

En nuestra opinión, esta forma de reflexionar y resolver el problema del enfrentamiento de dos derechos fundamentales de distintos titulares permite evaluar el comportamiento culpable del agresor, pues dependiendo de cómo se califique la afectación del derecho de la víctima llevado a cabo por el agresor –por ejemplo, grave o media, atendidas las circunstancias del caso– permitirían sustentar que hubo culpa, no así en caso de que la afectación sea leve o mínima, en cuyo caso es factible sustentar que no hubo tal culpa, pues, además, con esa afectación se permitió al agresor ejercer su derecho para evitar una propia afectación media o grave. Debemos aclarar, que lo que esta propuesta sugiere es que en la elaboración del estándar de cuidado sea susceptible de ser utilizado el juicio de ponderación como un mecanismo que

¹⁰⁹ ALEXY (2010a), p. 20.

¹¹⁰ ALEXY (2010a), p. 20.

¹¹¹ ALEXY (2010a), p. 20.

¹¹² BARROS (2020), pp. 89-90. CORTÉS (2017), pp. 272-276.

¹¹³ DÍAZ (2011), p. 192.

¹¹⁴ ALEXY (2012), p. 80.

¹¹⁵ ALEXY (2010a), pp. 21 y 27-37.

¹¹⁶ ALEXY (2010b) pp. 1511-1512.

¹¹⁷ ATIENZA (2010), p. 47.

posibilite al juez situar el problema en una hipótesis de enfrentamiento de derechos fundamentales, de manera tal que igualmente el adjudicador deberá elaborar dicho estándar conforme postula la doctrina¹¹⁸, acorde a las circunstancias del caso a que da lugar el daño ocasionado, por consiguiente, lo que postulamos, es que en caso de enfrentamiento de dos derechos fundamentales, para que el juez pueda elaborar el estándar de cuidado, integre el juicio de ponderación, de modo que, como hemos señalado, si se determina que la afectación al derecho de la contraria fue grave o media, ello sea un indicador en orden a que el hechor obró con culpa.

Una segunda consecuencia, refiere a la causación del daño, en términos similares a las reflexiones anteriores: ante dos derechos enfrentados, la determinación de si hay daño –y, en nuestra opinión, abuso del derecho–, se producirá si en el ejercicio de un derecho, la afectación del derecho del otro es grave, recurriendo a la escala triádica de Alexy, por lo que en esa circunstancia habrá un daño susceptible de ser resarcido, configurándose este requisito esencial de la responsabilidad civil.

En tercer término, en lo que refiere a la reparación del daño que debe realizar aquel que vulneró el derecho fundamental de la víctima, ejercitando el suyo. En ese sentido, el principio de proporcionalidad coadyuva en la determinación de la forma y, eventualmente, en la cuantía, que ha de adoptar dicha reparación.

En nuestro país, solo conocemos un trabajo que haya planteado la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de reparación del daño circunscrito al análisis de una sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional chileno, aunque deja planteadas algunas preguntas más generales. Nos referimos a un trabajo elaborado por el profesor Alberto Pino que analiza el fallo pronunciado por dicho Tribunal, en la causa “Astudillo Capetillo, Milton con Compañía Minera Teck Quebrada Blanca S.A.”, 14 de enero de 2014 –inaplicabilidad por inconstitucionalidad–, Rol N° 2437-13-INA¹¹⁹, pues se razona acerca de la inconstitucionalidad del artículo 108, letra b), de la ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial, que establece la forma de cálculo de la indemnización, y declaró inaplicable esa disposición por vulnerar el principio de proporcionalidad, conforme lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. En esa orden, el Tribunal Constitucional acoge el recurso y resuelve que la forma de cálculo contenido en especial en la letra b) del artículo en comentario, no supera el juicio de proporcionalidad, pues no satisface los requisitos de mínima intervención, declarando que se trata de una desproporción de las consecuencias jurídicas que este caso genera, conclusión que el profesor Pino no comparte, pues aunque concuerda que la letra b) contiene una obligación restitutoria, más que indemnizatoria, critica que se la califique, en este caso, como una medida desproporcional¹²⁰.

No es nuestro propósito analizar el carácter de la norma que se declara inaplicable, como tampoco la opinión acerca de la corrección o no de la sentencia del Tribunal, ni de las conclusiones a que arriba el profesor Pino, sino que centramos la atención en la pregunta que plantea a inicios y al final de su trabajo, que es: ¿se puede limitar el principio de reparación integral del daño mediante la aplicación del principio de proporcionalidad?¹²¹.

En nuestra opinión, como venimos afirmando, es completamente aplicable el juicio de proporcionalidad tratándose de la responsabilidad que nace por vulneraciones a derechos fundamentales, en especial, cuando ella surge en el enfrentamiento de dos derechos fundamentales de particulares. De ahí, que, a juicio nuestro, la aplicación del juicio de ponderación en la determinación de la reparación del daño en estos casos, no supone necesariamente que se limite el principio de reparación del daño, sino que más bien se trata de la conjugación de la reparación integral del daño, con el espacio en que se aplica, que es aquel en que ambos sujetos concernidos, víctima y agresor, ejercitan sus derechos.

¹¹⁸ En nuestro país, CORRAL (2003), p. 212; AEDO (2014b), p. 710; AEDO (2018), pp. 335-342; BARROS (2020), pp. 89-95; SAN MARTÍN (2021), p. 8; entre muchos.

¹¹⁹ PINO (2015), pp. 217-220.

¹²⁰ PINO (2015), pp. 213-214.

¹²¹ PINO (2015), p. 208.

Por tanto, la aplicación del juicio de ponderación opera, primero, en la determinación de la modalidad que dicha reparación adoptará, esto es, *in natura* o de naturaleza patrimonial. En el caso de la reparación *in natura*, en la forma que ella podrá adoptar, pues dependerá de la naturaleza de la violación, de sus consecuencias, y de quienes son el agresor y la víctima. Y en cuanto a la reparación monetaria, en la determinación del monto indemnizatorio.

En síntesis, sostenemos nuevamente la extrema necesidad de que exista un diálogo fecundo y un efecto armonizador entre las reglas y principios de la responsabilidad civil y las reglas y principios del derecho de los derechos fundamentales en este espacio.

8. Conclusiones

1. La responsabilidad civil por vulneraciones a derechos fundamentales, constituye un ámbito en extremo vasto en que opera este instituto y que justifica un tratamiento diferenciado, atendida la especialidad de los derechos lesionados, lo que redundará en la determinación de sus funciones, la configuración de sus requisitos y la forma de reparación del daño.

2. Tal vastedad se manifiesta en la necesidad de deslindar los grupos de casos en que la responsabilidad civil surge en este entorno, atendiendo como criterio, quién es el sujeto agresor: el Estado u otro particular, pues en cada uno de ellos, la responsabilidad civil presenta particularidades.

3. En caso que sea un particular el que lesione los derechos fundamentales de otro particular, la especialidad que se presenta es que podemos estar ante dos derechos fundamentales enfrentados, en cuyo caso, el juicio de ponderación permite detectar si estamos ante un caso de abuso del derecho o de simple colisión de derechos. En caso de abuso del derecho, es posible que, de configurarse sus requisitos, surja responsabilidad civil para el abutente.

4. El juicio de ponderación no solo posibilita deslindar los casos de abuso del derecho de las colisiones de derechos, sino que, en el primer caso, colabora en la determinación de si se configuran los requisitos de la responsabilidad civil, como la culpa, el daño y su reparación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AEDO, CRISTIÁN (2014a): "El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas", en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (N° 2), pp. 21-59.

AEDO, CRISTIÁN (2014b): "El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial", en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 41, N° 2), pp. 705-728.

AEDO, CRISTIÁN (2018): Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos (Santiago, Thomson Reuters).

AEDO, CRISTIÁN (2020): "La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa?", en: Revista Chilena de Derecho Privado (N° 35), pp. 117-145.

AGUILAR, GONZALO (2010): "Derechos fundamentales- derechos humanos ¿una distinción válida en el siglo XXI", en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (N° 127), pp. 15-71.

ALESSANDRI, ARTURO (1943): De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno (Santiago, Imprenta Universitaria).

ALEXY, ROBERT (2010a): "La fórmula del peso", en: Carbonell, Miguel (Coord.), El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica (Santiago, Librotecnia), pp. 17-52.

ALEXY, ROBERT (2010b): "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en: Carbonell, Miguel y García, Leonardo (Coords.), en: El canon neoconstitucional (Madrid, Trotta), pp. 106-116.

- ALEXY, ROBERT (2012): *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ALFARO, JESÚS (1993): “Autonomía privada y derecho privado”, en: *Anuario de Derecho Civil* (tomo XLVI, fascículo I), pp. 57-122.
- ANGUITA, PEDRO (2008): “La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada”, en: *Regímenes especiales de responsabilidad civil, Cuadernos de análisis jurídicos IV* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 10-54.
- ANSUÁTEGUI, FRANCISCO; RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL; PECES-BARBA, GREGORIO Y FERNÁNDEZ, EUSEBIO (Coords.) (1998): *Historia de los derechos fundamentales* (Madrid, Dykinson).
- ARNOLD, RAINER; MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO Y ZÚÑIGA, FRANCISCO (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *Revista Estudios Constitucionales* (Año 10, N° 1), pp. 65-116.
- ATIENZA, MANUEL (2010): “A vueltas con la ponderación”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (N° 44), pp. 43-59.
- ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN (1996): *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona, Editorial Ariel S.A.).
- ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN (2006): *Ilícitos atípicos* (Madrid, Editorial Trotta).
- BALLESTER, MARÍA (2015): “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho Social* (N°69), pp. 31-56.
- BALLESTER, MARÍA (2016): “Reparación adecuada y efectividad de la norma a través de la indemnización del daño moral”, en: Ponencia a las XXVII Jornades catalanes de Dret Social 2016, Barcelona 17 y 18 de Marzo de 2016. Disponible en: <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/> [visitado el 7 de noviembre de 2021].
- BARROS, ENRIQUE (1999): “Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso del derecho”, en: *Revista de Derecho y Humanidades* (N° 7), pp. 11-37.
- BARROS, ENRIQUE (2008): “La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, en: *Revista Estudios Públicos* (N° 112), pp. 309-338.
- BARROS, ENRIQUE (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BELADIEZ, MARGARITA (2017): “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público”, en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (N° 21), pp. 75-97.
- BOBBIO, NORBERTO (1980): *Contribución a la teoría del derecho*. Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel (Valencia, Fernando Torres, Editor).
- CAAMAÑO ROJO, EDUARDO (2006): “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo”, en: *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile* (N° XXVII, t. I), pp. 19-44
- CÁRDENAS, CLAUDIA (2014): “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular”, en: *Revista de Derecho, Valdivia* (Vol. XXVII, N° 2), pp.169-189.

- CHRISTIE, GEORGE (2013): “La intersección de la responsabilidad extracontractual y el derecho constitucional de los derechos humanos”, en: Bernal, Carlos y Fabra, Jorge (Eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosóficos jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá, Universidad Externado), posic. 10272-11125.
- CORRAL, HERNÁN (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL, HERNÁN (2018): “Constitucionalismo del derecho civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, en: *Revista de Derecho Aplicado LLM*, P. Universidad Católica de Chile (N° 2), pp. 3-20.
- CORREA, RODRIGO (2004): “Comentario a la Jurisprudencia del año 2003”, en: *Derechos Constitucionales*, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez (N° 2), pp. 785-798.
- CORTÉS, EDGAR (2017): “Breve nota sobre el concepto de culpa como elemento de la responsabilidad civil”, en: Barría, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín, Lilian (Coords.), *Presente y futuro de la responsabilidad civil. Actas del Congreso Internacional de 3 y 4 de noviembre de 2016*, Santiago de Chile (Santiago, Thomson Reuters), pp. 272-276.
- CRUZ, PEDRO (1989): “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en: *Revista española de los derechos fundamentales* (Año 9, N° 25), pp. 35-62.
- DEAKIN, SIMON; JOHNSTON, ANGUS Y MARKESINIS, BASIL (2013): *Tort Law*, 7th edition (Oxford, Clarendon Press).
- DEL CANTO, NICOLE (2019): “Derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: entre la pesadilla y el noble sueño”, en: *Estudios Constitucionales* (Año 17, N° 2), pp. 163-192.
- DE CASTRO, FEDERICO (1959): “Los llamados derechos de la personalidad”, en: *Anuario de Derecho Civil* (Vol. 12, N° 4), pp. 1237-1276.
- DE LA PARRA TRUJILLO, EDUARDO (2014): “Derechos de la personalidad y daño moral: a propósito de la película *Después de Lucía*”, en: *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (N° 5), pp. 121-154.
- DÍAZ, L. IVÁN (2011): “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso (XXXVI, 1° semestre), pp. 167-206.
- DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL (2017): “Cuatro años de la ley Zamudio: análisis crítico de su jurisprudencia”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca (Año 15, Núm. 2), pp. 447-488.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS (1992): “El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones”, en: *Revista Ius et Veritas* (N°5), pp. 5-14.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS (2011): *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual* (Navarra, Aranzadi).
- DOMÍNGUEZ, RAMÓN (2010): “Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil”, en: Tavolari, Raúl (Dir.), *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Instituciones Generales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 1-43.
- DWORKIN, RONALD (2008): *El imperio de la justicia* (Barcelona, Gedisa Editorial).
- DWORKIN, RONALD (2010): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
- FERRER, EDUARDO Y PELAYO, CARLOS (2014): “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos”, en: Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Eds.), *Convención Americana sobre derechos humanos. Comentario* (Berlín, Konrad- Adenauer Stiftung e. V.), pp. 722-733.

- FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO (1998): “Los derechos de la personalidad en general: concepción tradicional”, en: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (Vol. XIX), pp. 21-34.
- GAMONAL, SERGIO (2011): Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais (Río de Janeiro, LTR 75).
- GARCÍA, JESÚS Y JIMÉNEZ -BLANCO, ANTONIO (1986): Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (Madrid, Civitas)
- GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS (2011): “Los delitos de lesa humanidad”, en: Revista de la Facultad de Derecho, Universidad La República (N° 30, enero-junio), pp. 153-170.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR Y PARDO, ORLANDO (2014): “La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana”, en: Revista Opinión Jurídica (Vol. 13, N° 26), pp. 109-124.
- KOTEICH, MILAGROS (2017): El daño extrapatrimonial a la persona. Tendencias del nuevo derecho de daños (Santiago, Ediciones Olejnik).
- LARRAÍN, CRISTIÁN (2016): “Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno”, en: Revista Chilena de Derecho Privado (N° 26), pp.119-185.
- LARROUCAU, JORGE (2020): “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”, en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Vol. 27), pp. 1-43.
- LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS (1998): Interpretación y derechos fundamentales en la empresa (Santiago, Conosur, Ltda.).
- LLANO, FERNANDO (2012): “El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado”, en: Revista Derecho y realidad (N° 20), pp. 27-56.
- LÓPEZ BERENGUER, JOSÉ (1956a): “Colisión de derechos. Primera parte”, en: Anales de la Universidad de Murcia (XIV, 1-2), pp. 68-155.
- LÓPEZ BERENGUER, JOSÉ (1956 b): “Colisión de derechos. Primera parte”, en: Anales de la Derecho de la Universidad de Murcia (XIV, 3-4), pp. 198-302.
- MARSHALL, PABLO (2010): “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, en: Estudios Constitucionales (Año 8, N° 1), pp. 43-78.
- MARTÍNEZ. JOSÉ IGNACIO (1998): “Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos”, en: Revista Chilena de Derecho (Número especial), pp. 59-64.
- MCKENDRICK, EWAN (2001): “Negligence and Human Rights: re- considering Osman”, en: Friedmann, Daniel y Barak-Erez, Daphne (Eds.), Human Rights in Private Law (Oregon, Hart Publishing), pp. 331-356.
- MUÑOZ, ARTURO (2018): “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, en: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante (N° 41), pp. 35-48.
- NOGUEIRA, HUMBERTO (2005): “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, en: Ius et Praxis (Vol. 11, N° 2), pp. 15-64.
- PALOMBELLA, LUIGI (2006): “El abuso del derecho, del poder y del *rule of law*”, en: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho (N° 29), pp. 33-57.
- PAPAYANNIS, DIEGO (2014): Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual (Madrid, Marcial Pons).

- PECES-BARBA, GREGORIO (1986): *Derechos fundamentales*, 4ª edición (Madrid, Universidad Complutense, Sección de publicaciones).
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO (1991): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª edición (Madrid, Tecnos).
- PICA, RODRIGO (2013): “Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 20, N° 1), pp.193-228.
- PINO, ALBERTO (2013): “Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 21), pp. 89-135.
- PINO, ALBERTO (2015): “Sobre la (des)proporcionalidad de la acción indemnizatoria”, en: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (N° 8, diciembre), pp. 2017-220.
- PRADO, PAMELA (2007): “La responsabilidad civil del empleador en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en: Corral, Hernán y Rodríguez, María Sara (Coords.), *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Lexis Nexis), pp. 383-400.
- ROGEL, CARLOS (2007): “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad”, en: IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* (Núm. 20), pp. 260-282.
- SAN MARTÍN, LILIAN (2021): “El caso fortuito en la responsabilidad extracontractual”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 27, N° 2), pp. 3-20.
- SOLARTE (2021): “El principio *favor victimae*”, en: Llamas, Eugenio; Arrubla, Jaime y Jaramillo, Carlos Ignacio (Dirs.), *Derecho de daños y protección a la persona* (Bogotá, Tirant Lo Blanch), pp. 401-422.
- TAPIA, MAURICIO (2005): *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TÓRTORA, HUGO (2010): “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, en: *Estudios Constitucionales* (N° 2), pp. 167-200.
- VALADÉS, DIEGO (2011): “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en: *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época* (Vol. 12), pp. 439-470.
- VIDAL, CARLOS (2017): “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán”, en: *Revista Estudios Constitucionales* (Año 15, N° 2), pp. 386-395.
- VILLAVERDE, IGNACIO (2015): “Los derechos fundamentales en la historia. Una aproximación a su origen y fundamento”, en: Carbonell, Miguel; Fix- Fierro, Héctor; González Pérez, Luis; Valadés, Diego (Coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* (México D.F., UNAM), tomo V, volumen 2, pp. 573-597.
- WAGNER, GERHARD (2021): “Tort and Human Rights”, en: *Interdisciplinary Studies in Human Rights* (N° 6), pp. 209-233.
- WEINRIB, ERNEST (2017): *La idea de derecho privado* (Madrid, Marcial Pons).
- WRIGH, JANE (2017): *Tort Law and Human Rights* (Oxford, Portland, Oregon, Bloomsbury Publishing).

JURISPRUDENCIA CITADA

CAMIROAGA CON PASSALACQUA (2011): Tribunal Constitucional 15 de marzo de 2011 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N° 1679-2010, en: www.tcchile.cl.

CAMIROAGA CON PASSALACQUA (2011): Corte de Apelaciones de Santiago 5 de diciembre de 2011 (acción de indemnización de perjuicios), Rol N° 4502-2009, en: www.pjud.cl.

PÉREZ CON RED DE TELEVISIÓN CHILEVISIÓN S.A. (2015): 28° Juzgado Civil de Santiago 27 de enero de 2015 (acción de indemnización de perjuicios), Rol N° C-10.926-2012, en: www.pjud.cl.

CHANDÍA CON FISCO DE CHILE (2016): Corte Suprema 30 de noviembre de 2016 (tutela laboral), Rol N° 6.870-2016, en: www.pjud.cl.

DOUGNAC Y OTROS CON PEREIRA Y OTRA (2018): Corte Suprema 5 de julio de 2018 (acción de indemnización de perjuicios), Rol N° 31.974-2017, en: CL/JUR/3437/2018.

ROMEO CON NOVOA (2019): Tribunal Constitucional 22 de octubre de 2019 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N°7004-2019, en: www.tcchile.cl.

FÁBREGA CON MINERA ESCONDIDA LTDA. (2020): Corte Suprema 17 de julio de 2020 (tutela laboral), Rol N° 2.563-2020, en: www.pjud.cl.

PAREDES CON GOBIERNO REGIONAL DE LA ARAUCANÍA (2020): Corte Suprema 17 de julio de 2020 (tutela laboral) Rol N°1.601-2020, en: www.pjud.cl.

RAMÍREZ CON SOCIEDAD COMERCIAL DE SERVICIOS VETERINARIOS INTEGRALES (2021): Corte Suprema 4 de octubre de 2021 (tutela laboral), Rol N°60.464-2021, en: www.pjud.cl.

VARGAS CON GUZMÁN (2022): Corte Suprema 25 de julio de 2022 (recurso de protección), Rol N°5.904-2022, en: www.pjud.cl.

CÁRDENAS CON VIDAL (2022): Corte Suprema 3 de agosto de 2022 (recurso de protección), Rol N°12.021-2022, en: www.pjud.cl.

JORQUERA CON ABARCA (2022): Corte Suprema 3 de agosto de 2022 (recurso de protección), Rol N° 13.407-2022, en: www.pjud.cl.

CONTRERAS CON LONCÓN (2022): Corte Suprema 5 de septiembre de 2022 (recurso de protección), Rol N° 67.525-2022, en: www.pjud.cl.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

LEY N° 19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial. DFL 4, que fija Diario Oficial, 24 de enero de 1991.

DFL N°4, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial. Diario Oficial, 30 de junio de 2022.

LEY N° 19.628, sobre protección de la vida privada. Diario Oficial, 18 de agosto de 1999.

LEY N°19.759, que modifica el Código del trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica. Diario Oficial, 27 de septiembre de 2001.

LEY N°20.005, que tipifica y reglamenta las consecuencias del acoso sexual. Diario Oficial, 8 de marzo de 2005.

LEY N°20.087, sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Diario Oficial, 15 de diciembre de 2005.

LEY N° 20.123, regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Diario Oficial, 5 de octubre de 2006.

LEY N° 20.607, modifica el Código del Trabajo, sancionando las prácticas de acoso laboral. Diario Oficial, 31 de julio de 2012.

LEY N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial, 12 de julio de 2012.

LEY N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Diario Oficial, 28 de noviembre de 2018.

LEY N° 21.431, modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de plataformas digitales de servicios. Diario Oficial, 8 de marzo de 2022.

Código Civil español. BOE, 1889.

LEY 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, España. BOE, 10 de octubre de 2011.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). 7 de diciembre de 2000.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 22 de noviembre de 1969.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 4 de noviembre de 1950.

HRA, Human Rights Act. 9 de noviembre de 1998.

MCR, Marco Común de Referencia. 2009.

PETL, Principles of european tort law. 2005.