



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

LOS DAÑOS PUNITIVOS Y SUS POSIBILIDADES EN EL DERECHO CHILENO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JOSÉ IGNACIO AZAR DENECKEN
Profesora Guía: María Agnes Salah Abusleme

Santiago, Chile

2009

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
 CAPÍTULO I	
NOCIONES GENERALES ACERCA DEL DAÑO.....	7
1.1 Concepto de daño	7
1.2 El daño en la doctrina chilena: requisitos para su indemnización	11
1.3 Naturaleza de los distintos tipos de daño.....	17
 CAPÍTULO II	
DESARROLLO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO	25
2.1 Generalidades.....	25
2.2 Concepto de daños punitivos	28
2.3 Finalidad de los daños punitivos como forma de indemnización	42
2.4 El análisis económico del derecho	49
 CAPÍTULO III	
LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO CHILENO.....	54
3.1 Desarrollo doctrinario de los daños punitivos en Chile	54
3.2 Los daños punitivos y la jurisprudencia.....	63
3.3 Compatibilidad de la indemnización por daños punitivos con el sistema de responsabilidad chileno y el principio de la reparación integral del daño	70
 CAPÍTULO IV	
CONVENIENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO CHILENO: LA TESIS CENTRAL.....	79
4.1 Generalidades	79
4.2 La tesis de los daños punitivos como solución a las posibilidades de escape a la responsabilidad: una afirmación de la prevención.....	80
4.3 Los daños punitivos como observación de la autonomía del derecho.....	85

CAPÍTULO V

CRÍTICAS A LOS DAÑOS PUNITIVOS	88
5.1 Generalidades	88
5.2 Constitucionalidad de la indemnización por daños punitivos	88
5.3 La indemnización por daños punitivos y el principio del enriquecimiento Injustificado	91
5.4 Los daños punitivos y el sistema de multas	93
5.5 Los daños punitivos y el sistema de seguros.....	96
CONCLUSIÓN	98
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad extracontractual del Código Civil chileno es una de las instituciones jurídicas que menos modificaciones legales ha experimentado. Su extremadamente breve regulación, considerando los nuevos problemas que se han suscitado y las nuevas tendencias que han aparecido en el derecho de daños, ha generado críticas en cuanto a que el Título XXXV del Libro IV no sería capaz de abarcar las reales dimensiones que implica un sistema de responsabilidad.

A ello, el derecho ha respondido a través de legislaciones especiales referentes a diversos sectores específicos, como la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores; la Ley N° 16.744, de seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; la Ley de Tránsito N° 18.290, etc.

Por otro lado, es necesario evaluar si un sistema de responsabilidad como el del Código Civil es realmente un sistema residual óptimo. Si bien es cierto que las distintas regulaciones especiales a las que se han dado origen para determinados casos específicos son considerablemente importantes, es necesario que las normas de derecho común cuenten con una estructura sólida y bien constituida. En ese sentido, el diseño de la responsabilidad civil extracontractual del Código de Bello no es irrelevante. Por el contrario, exige precisión y complejidad, cuestiones que, en Chile, han sido aportadas principalmente por la doctrina y la jurisprudencia.

Por todo esto, hay problemas que siguen generando discusiones, los cuales van más allá de aspectos estrictamente legales. Así, hay disputas en torno a qué sistema de responsabilidad es preferible en forma supletoria; si para considerar mejor un sistema debe atenderse a la justicia o a la eficiencia; qué daños deben ser reparados; cuándo existen presunciones de culpa, o en qué casos ellas son recomendables; y qué debe entenderse al hablar del requisito de causalidad, entre muchísimos otros asuntos.

El trabajo que se presenta pretende aportar nuevas ideas en su ámbito. Se considera, en primer término, que veintiún artículos redactados en el siglo XIX no son capaces de reflejar todas las dimensiones y el grado de complejidad que presenta el derecho de daños tanto en el contexto chileno como en el Derecho Comparado. Por lo mismo, se plantea como necesaria una revisión del Título XXXV del Libro IV del Código Civil que permita introducir criterios doctrinarios más actualizados. Esto porque, si bien algunos de esos criterios ya están ampliamente arraigados en la cultura jurídica chilena –como la procedencia de la indemnización por daño moral en sede extracontractual- otros verían radicalmente modificado su tratamiento tanto jurisprudencial como dogmático si contaran con un reconocimiento legal expreso.

Por lo mismo, es útil plantear el tema de los daños punitivos en el sistema de responsabilidad extracontractual. Como es sabido, esta institución proviene del Common Law. A pesar de ello la adopción de esa categoría de daños ya está siendo discutida en países con estructuras de responsabilidad similares al nuestro, como España, y en otros ha sido incorporada, como Argentina. Por lo mismo, no cabe descartar *a priori* su discusión argumentando la incompatibilidad de ambas tradiciones jurídicas.

Los daños punitivos como institución de derecho privado pueden cumplir un rol importante en determinados asuntos propios de esa rama del derecho. Por ello, se sostiene que existen buenos argumentos para adoptar la inclusión de estos daños en el sistema de responsabilidad chileno y que en ciertos casos y bajo determinados presupuestos, los daños punitivos son no sólo beneficiosos sino necesarios en la obtención de algunos fines que suelen atribuirse a las reglas de responsabilidad en general.

Dada su particular naturaleza, los daños punitivos no pueden ingresar al sistema atendiendo a puros criterios doctrinarios o jurisprudenciales. Es condición de su aceptación una reforma legal que explícitamente los reconozca y haga procedente su otorgamiento, sin perjuicio que el argumento central de la memoria es una lectura analítica y racionalizada de las características de un sistema de responsabilidad como el chileno.

El trabajo contendrá en su primera parte una referencia general al concepto de daño. Abordará el tratamiento que se le ha dado a ese concepto en la doctrina chilena, y se hará

especial referencia a los distintos daños que pueden concebirse en un sistema de responsabilidad. En la segunda parte, se entrará a analizar la institución de los daños punitivos en el Derecho Comparado. Se entregará el concepto que se tiene de ellos, cómo pueden clasificarse desde el punto de vista de su naturaleza y se señalará de qué forma se justifica la adopción de esta categoría de daños como parte integrante de la indemnización. Luego, se examinarán los daños punitivos a la luz del derecho chileno. En ese sentido, se destacará el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se les ha dado en Chile, aclarando el papel del daño moral, y se formulará una evaluación de compatibilidad entre la indemnización por concepto de daños punitivos y el sistema de responsabilidad chileno, con especial referencia al principio de la reparación integral del daño. En la cuarta parte, que constituye la tesis central de la memoria, se desarrollarán en extenso las razones que justifican la adopción de la institución que se analiza en el derecho chileno y se explicará cuál es el sentido en el que ella debe ser entendida. Finalmente, en la quinta parte, se abordarán las críticas que se le han formulado a los daños punitivos. Así, se analizará su constitucionalidad; su relación con el principio del enriquecimiento injustificado; los cuestionamientos que presentan respecto de un sistema de multas; y el problema que genera la discusión acerca de su asegurabilidad.

De esta forma, la memoria espera poder demostrar, como se dijo más arriba, que no existen razones jurídicas para rechazar *a priori* la institución de los daños punitivos y que ella, en ciertos casos es una consecuencia necesaria en la consecución de ciertos fines que suelen asignarse a la responsabilidad civil en general.

NOCIONES GENERALES ACERCA DEL DAÑO

1.1 Concepto de daño

Para tratar el tema de los daños punitivos es necesario establecer, antes que todo, de qué estamos hablando. Para ello, es útil determinar primeramente, qué se entiende por daño para, luego, analizar si la institución referida puede definirse como una categoría de aquél.

El Código Civil chileno no entrega una definición de daño. Además de la referencia al contenido de la indemnización del artículo 1556, no hay una idea concreta de lo que significa el concepto. Por lo mismo, su desarrollo ha sido aportado principalmente por la doctrina y la jurisprudencia.

Tradicionalmente, el daño se ha concebido como uno de los elementos necesarios para configurar la responsabilidad civil. Así, junto con la acción, la culpa y la relación de causalidad el daño debe concurrir para poder hacer responsable a un sujeto. Sin embargo, el daño parece ser más que un simple elemento. En materia civil, el daño constituye la base de un sistema responsabilidad. Es, este sentido, condición y objeto de la responsabilidad civil.¹ Es condición por cuanto, como se dijo, sin daño –y a diferencia de lo que ocurre en materia penal- no puede haber responsabilidad civil; y es objeto ya que lo que pretende el demandante que le sean reparados son los perjuicios.² Por lo tanto, es a partir del daño que la doctrina del derecho de accidentes se ha ido perfeccionando. Así lo destacan distintos autores.

José Luís Diez, por ejemplo, señala que debido a que el Código Civil de Bello no define el concepto de daño, la doctrina y jurisprudencia han tenido que entregar una noción que ha ido

¹ BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 215.

² *Ibíd.*, p. 216.

evolucionando con el paso del tiempo.³ En el mismo sentido apuntan Enrique Barros,⁴ Hernán Corral Talciani⁵ y Carmen Domínguez.⁶

Carlos Peña y Andrés Jana, en un estudio sobre la reparación del daño corporal entregan distintas definiciones de daño con el fin de determinar cuál es efectivamente el daño jurídicamente relevante para efectos de establecer su indemnizabilidad⁷. Señalan que una concepción naturalística de él, entendiendo por tal todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, independiente del origen, incluso si ocurre sin la intervención del hombre,⁸ no es suficiente para el derecho por lo que se hace necesario formular definiciones más exactas. A partir de esta premisa, clasifican las distintas tendencias doctrinarias que existen al respecto.

En primer lugar, como concepción restringida, citan al daño como lesión a un derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, corresponde indemnizar toda lesión o menoscabo a derechos subjetivos ya que ellos representan la personalidad jurídica de los individuos. Agregan además que la jurisprudencia nacional ha recogido expresamente esta concepción.⁹ En segundo lugar, una concepción ecléctica del daño, apunta a definirlo como la lesión a un interés legítimo. De acuerdo a esta idea se supera la rigidez de la definición anterior, aunque dada la indeterminación de las palabras usadas, surge un segundo problema al tener que aclarar lo que se entiende por interés legítimo. Finalmente, el daño como la lesión a un simple interés es lo que entiende la

³ DIEZ SCHWERTER, José Luís. El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 17-18.

⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Curso de responsabilidad civil. (s.e.), p. 82.

⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 137-141.

⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIX: 1998, p. 237.

⁷ JANA, Andrés y PEÑA, Carlos. Reparación del daño corporal. En: GUTIÉRREZ, Claudio y ROMÁN, Francisca. Notas sobre reparación del daño corporal. Edición, jurisprudencia y doctrina. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, p. 28.

⁸ FISCHER, Hans. Los daños civiles y su reparación. Citado en *Ibídem*.

⁹ Sobre el daño en la doctrina chilena, véase la segunda parte de este capítulo.

concepción amplia de él. En ese sentido, el daño sería el menoscabo de simples intereses de la víctima, así sin más.

Enrique Barros, por su parte, formula el concepto de daño desde una perspectiva similar a la de Peña y Jana, aunque lo hace concordando cada una de las definiciones con ordenamientos jurídicos particulares. Así, sostiene que aquellos sistemas que fijan como estándar del daño indemnizable la antijuridicidad, exigen por lo general la lesión de un derecho subjetivo.¹⁰ Igualmente, ya desde de las Siete Partidas se extrae un concepto amplio, equivalente a todo detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en el patrimonio o la persona. De esta definición, concluye Barros, es posible configurar la idea de protección a un interés legítimo que está detrás de diversos sistemas jurídicos.¹¹ Tal como se verá más abajo, esta es la concepción predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilena.

Una alternativa distinta es hablar del daño en términos económicos como una externalidad negativa. El análisis económico del derecho,¹² al incorporar en su razonamiento interno conceptos de microeconomía funcionales a las diversas instituciones jurídicas analizadas, se preocupa de lo que ocurre cuando una determinada actividad no es capaz de comprender en sí misma todos los costos y beneficios que ella trae aparejada, esto es, cuando un costo o un beneficio no se ve reflejado en sus precios.¹³ Es decir, cuando el sujeto realizador de la acción no internaliza todas sus consecuencias, las que generalmente recaen en un tercero, ya sea uno en particular o la sociedad en general. Eso es lo que caracteriza una externalidad. Uno de los ejemplos más recurrentes es el de la contaminación. Un individuo, al manejar su automóvil, debe incurrir en una serie de costos –el precio de la gasolina, el pago de ciertos peajes, el permiso de circulación, etc.- pero además recibe beneficios –reducción en los tiempos de viaje, comodidad, independencia en la decisión de las rutas, etc.-, los que, bajo un presupuesto de racionalidad, son superiores a los primeros. El problema es que la acción de manejar trae consigo ciertos costos de

¹⁰ *Ibíd.*, p. 220. Cita como ejemplo de lo anterior el BGB, § 823 II; Código italiano, artículo 2043.

¹¹ *Ibíd.* Para una explicación de la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo véase *Ibíd.*, cita a pie de página número 19.

¹² Una explicación general de esta corriente de pensamiento se dará en el capítulo II.

¹³ JANA y PEÑA, *ob. cit.*, p. 23.

los que no se hace cargo el conductor. Eso es lo que ocurre con la contaminación. Los conductores no pagan por las partículas que emiten sus vehículos y de ellas debe hacerse responsable la comunidad entera.

Ello ocurre porque las externalidades son fallas del mercado, cuya solución requiere, necesariamente, una actuación externa. En ese sentido, el daño puede definirse como una externalidad, y un sistema de responsabilidad civil busca solucionar lo anterior, regulando quién debe hacerse cargo de los daños producidos. Con costos de transacción altos, donde las partes no pueden negociar, si una actividad genera externalidades negativas no corregidas, los agentes tendrán incentivos para realizar dicha actividad.¹⁴ El actor, al analizar los costos que (para él) implica la realización de una determinada conducta, llega a la conclusión que ella es demasiado barata, generando incentivos para incurrir en ella. El problema es que, en términos de Peña y Jana, ella es artificialmente barata, por cuanto hay ciertos costos que el agente no consideró en su análisis previo a la materialización de la actividad y que recayeron en un tercero. Esos terceros “subsidian” al agente inicial.¹⁵ Un sistema de responsabilidad eficiente debe buscar corregir el fenómeno descrito, de tal forma que quien produce la externalidad esté obligado a internalizarla.¹⁶ Así, las conductas que se realicen serán producto del análisis racional de los agentes, tomando en cuenta todos los costos y beneficios correspondientes. Ello es especialmente deseable en aquellas actividades generadoras de externalidades negativas particularmente peligrosas ya que, al ser demasiado caras, si están internalizadas, crearán un desincentivo a su realización, situación totalmente contraria en el escenario opuesto.¹⁷

Pero más allá de los matices que ofrecen las distintas concepciones analizadas por Peña y Jana, por un lado, y Barros por el otro, y que por lo demás son a las que alude la mayoría de los autores, tanto nacionales como extranjeros, lo relevante para este trabajo es que todas las teorías tradicionales acerca de la definición del daño jurídicamente trascendente apuntan a la necesidad de que exista, en primer término un interés o derecho –según la fuerza de la concepción-

¹⁴ *Ibídem.*

¹⁵ *Ibídem.*

¹⁶ *Ibídem.*

¹⁷ *Ibídem.*

asignado a la víctima y en seguida, que ese interés o derecho se vea lesionado o menoscabado. Es importante tener presente estas ideas al momento de contrastar la institución de los daños punitivos con las definiciones tradicionales ya que ello permitirá establecer la verdadera naturaleza que ella ostenta. Y eso es así porque al hablar de daños punitivos –y en general siempre que se hace referencia a *damages*, como se verá más adelante- el concepto que se maneja de acuerdo a lo explicado es insuficiente. Las condenas por daños punitivos no apuntan a reparar un interés legítimo de la víctima en el sentido que se ha entendido tradicionalmente, sino que, como se verá en su momento, reconocen abiertamente el otorgamiento de montos superiores a los perjuicios efectivamente sufridos.

1.2 El daño en la doctrina chilena: requisitos para su indemnización

La doctrina chilena, como bien afirman Peña y Jana, se ha inclinado mayoritariamente por la concepción ecléctica del daño, es decir, como la lesión o menoscabo a un interés legítimo.¹⁸ Así también lo entienden Diez,¹⁹ Alessandri,²⁰ Barros,²¹ Corral Talciani²² y Ramón Domínguez Águila,²³ entre otros. Por su parte, Mauricio Tapia sostiene que esta concepción responde a una influencia francesa que señala que para estar ante la presencia de daño, debe afectarse un interés legítimo y relevante.²⁴ Además, destaca Tapia, la lesión debe ser directa –cuestión que en realidad se aproxima más a una definición de lo que se entiende por el elemento causalidad-, cierta y afectar personalmente a la víctima.

¹⁸ JANA y PEÑA, ob. cit., p. 28.

¹⁹ DIEZ, ob. cit, pp. 19-25. Si bien Diez habla de simple interés, la explicación que formula al respecto concuerda con lo que el resto de los autores denomina interés legítimo. Cabe la aclaración con el fin de no confundir a propósito de la distinción que realizan Peña y Jana entre concepciones ecléctica y amplia, sobre la cual me referí antes.

²⁰ ALESSANDRI, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil. Citado en DIEZ, ob. cit., p. 19.

²¹ BARROS, ob. cit., pp. 220-221.

²² CORRAL, ob. cit., pp. 139-140.

²³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista. Revista de derecho de la Universidad de Concepción. 188: 1990, p. 136.

²⁴ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil. 1855-2005. Evoluciones y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 292.

Dado que existe un cierto consenso respecto a cuál es efectivamente el daño indemnizable, la discusión entre los autores pasa a un siguiente nivel. Como en la definición de daño se recurre a una de esas expresiones que habitualmente la doctrina denomina conceptos jurídicos indeterminados, el problema pasa por determinar qué es lo que debe entenderse por interés legítimo. Como se anotó más arriba, al definir el daño en función de la lesión o menoscabo de un interés legítimo se pretende ampliar la idea de daño como afección a un derecho subjetivo, de tal manera de flexibilizar la definición. Igualmente, a través de la palabra legítimo se busca limitar la concepción del daño a algo más que la perturbación de un simple interés. Por lo mismo, es un presupuesto de la discusión que interés legítimo se encuentra en aquel espacio delimitado por la rigidez que representa hablar de derechos subjetivos, de un lado; y la vaguedad inquietante que implica optar por la protección de simples intereses, de otro.

Barros, en su análisis de los distintos requisitos que debe cumplir el interés para calificar como uno digno de protección jurídica se refiere a la legitimidad. Sostiene que ésta no exige necesariamente un reconocimiento legal expreso. Por lo mismo, su configuración se realiza en términos negativos, es decir, un interés será legítimo en la medida que no sea contrario a la ley o a las buenas costumbres.²⁵ Además, ofrece un argumento histórico respecto del momento en que se introdujo la legitimidad como requisito fundante del interés susceptible de protección. Señala que la jurisprudencia francesa, en su afán por excluir la indemnización de la víctima por la muerte de su conviviente que la mantenía, agregó el concepto de legítimo, en el entendido que si bien hay un interés por parte de la víctima –que bajo un esquema de concepción del daño a un simple interés no admitiría discusión respecto a su indemnizabilidad- éste no sería legítimo en la medida que la convivencia no se enmarcaba dentro de los límites del derecho.²⁶ Si bien la idea de legitimidad se mantiene, agrega Barros, el criterio de la citada jurisprudencia se ha modificado en cuanto a que ya no es considerado una ilegitimidad la pretensión del conviviente, en la medida que cumpla con ciertos requisitos de seriedad.²⁷

²⁵ BARROS, ob. cit., p. 223. Igualmente, DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 137.

²⁶ BARROS, ob. cit., p. 223.

²⁷ *Ibidem*.

Corral Talciani destaca que interés legítimo es aquél que de una u otra forma, en cierta medida, está amparado por el derecho.²⁸ Similar a Corral piensa Pablo Rodríguez Grez. Según el autor la legitimidad del interés lesionado pasa por el reconocimiento que de dicho interés realiza el ordenamiento jurídico. En ese sentido, no hay daño resarcible cuando el interés que se ve afectado es contrario al derecho, aun si el daño es tal que puede ser comprobado.²⁹

José Luis Diez, en tanto, asimila el requisito de la legitimidad a la licitud.³⁰ Citando a Domínguez, señala que si el derecho no puede amparar situaciones ilícitas, difícilmente puede exigírsele a un sistema de responsabilidad civil que repare los perjuicios ocasionados por la lesión de intereses que no encuentran amparo en el derecho.³¹ Agrega que la licitud corresponde a todo aquello que es conforme a la ley, las buenas costumbres y el orden público, sin perjuicios que el contenido de estos conceptos jurídicos indeterminados pueda ir variando en función de la época y el contexto histórico.³²

Otro requisito descrito por Barros en orden a que el daño sea indemnizable es que éste debe ser significativo. Hay ciertas molestias, cree Barros, que deben ser necesariamente tolerables como consecuencia de la vida en sociedad. Por lo mismo, se exige que el daño, para que sea

²⁸ CORRAL, ob. cit., p. 140. El profesor Corral se pronuncia respecto a la situación de los convivientes a la que hacía referencia Barros, sosteniendo un criterio similar al que en sus inicios planteó la jurisprudencia francesa. Es decir, el conviviente sobreviviente que sufre un daño por la muerte del otro no ve afectado un interés legítimo. Una cosa es que el derecho tolere esas situaciones, distingue Corral, pero otra diferente es que las fomente. Lo discutible de esa posición, sin embargo, es que, a mi juicio, no es tan claro que el hecho de reconocer el interés del conviviente sobreviviente como uno legítimo –y en consecuencia indemnizable- implique fomentar el concubinato por sobre el matrimonio. La función de la responsabilidad civil ha sido simplemente, a lo menos en la tradición chilena, corregir aquellas situaciones que generan desequilibrios patrimoniales por el acaecimiento de daños; suponer que en función de ella se toma la decisión de si casarse o mantener una relación de convivencia es un poco apresurado.

²⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 259.

³⁰ DIEZ, ob. cit., p. 48.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibid.*, p. 49.

indemnizable, sea el resultado de un desvío del curso normal de las cosas.³³ Particular atención pone Barros en el daño moral. Con razón, el autor sostiene que en el caso de los daños patrimoniales el problema respecto a cuándo un daño es significativo tiene que ver más con una cuestión práctica que teórica, ya que está determinado principalmente por el costo de llevar a un juicio una determinada pretensión.³⁴ Donde la cuestión es más problemática es en el daño moral. Como su cuantía es generalmente valorable sólo en términos relativos, el ofrecimiento de criterios de razonabilidad por parte tanto de la doctrina y la jurisprudencia resulta particularmente determinante.³⁵ Barros, sin embargo, argumenta que el reconocimiento de ciertos intereses como garantías constitucionales, especialmente aquellos que tienen que ver con la personalidad, ha facilitado la pregunta acerca de qué intereses son indemnizables en función de su legitimidad y relevancia.³⁶

Corral Talciani, a propósito de esto mismo, sostiene que es necesario soportar cierto nivel de daño, lo que se funda en “(...) la convivencia social y una cierta solidaridad comunitaria (...)”.³⁷ Ese nivel de daño encuentra un límite, nuevamente, en aquellos intereses que merecen “(...) reclamar la reacción del derecho”.³⁸ Es decir, de acuerdo a Corral, un daño será ínfimo, en la medida que no afecte intereses legítimos. Ello se deduce de la fundamentación que él le otorga al requisito analizado. Si la tolerabilidad del daño encuentra su límite en los intereses legítimos, entonces todos esos daños que no lo afecten deben ser considerados ínfimos. Si la tesis de Corral es correcta, la conclusión es que no se agrega ningún nuevo requisito: es sólo una reformulación de la necesidad de afectación a un interés legítimo como criterio configurador del daño indemnizable.

³³ BARROS, ob. cit., p. 226; en el mismo sentido, DIEZ, ob. cit., p. 33.

³⁴ BARROS, ob. cit., p. 226.

³⁵ *Ibidem*. Barros cita como casos especialmente controvertidos el denominado “perjuicio de agrado” del derecho francés; las relaciones de vecindad; y el daño ambiental, que por disposición legal expresa debe ser significativo. En el mismo sentido, TAPIA, ob. cit., p. 293.

³⁶ BARROS, ob. cit., pp. 228-229 y; TAPIA, ob. cit., p. 293.

³⁷ CORRAL, ob. cit., pp. 146-147.

³⁸ *Ibidem*.

Junto con lo dicho hasta ahora, la doctrina ha formulado otros requisitos para la indemnizabilidad del daño que conviene repasar someramente. Uno de ellos es la previsibilidad del daño. Tradicionalmente, se ha dicho que la distinción entre daños previsibles e imprevisibles como forma de determinar la procedencia de su indemnización es sólo relevante en materia contractual. En sede extracontractual, en cambio, el victimario debe responder de todos los perjuicios que ocasione, más allá de si eran o no previsibles al momento en que ellos acaecieron. Sin embargo, un análisis más detallado y sistemático de los requisitos de la responsabilidad extracontractual en general pone en duda la afirmación anterior. Barros sostiene que cuando se analiza el requisito de la culpa, la previsibilidad aparece como elemento configurador del estándar de cuidado que determina los casos en que se obró con negligencia.³⁹ Por lo mismo, si para que sea posible que el daño se indemnice debe concurrir la culpa, la que a su vez exige un nivel de previsibilidad, ésta es necesaria para la procedencia de la indemnización. Entonces, al menos en la responsabilidad por culpa –que en Chile es la regla general- la previsibilidad como requisito de la indemnizabilidad no debiera ser discutible.

Corral realiza un análisis similar pero a partir de la causalidad. Sostiene que en realidad no hay daño directo si éste no se previó, o si un hombre razonable no lo hubiese hecho.⁴⁰ La previsibilidad influye, de acuerdo a este autor, en la causalidad, aunque igualmente hace referencia a aquélla como elemento configurador de la culpa, citando jurisprudencia que así lo reconoce.⁴¹

Un último requisito que me interesa analizar –que es frecuentemente citado por la doctrina- es el de la certeza del daño. Se dice que para que proceda la indemnización es necesario que los perjuicios que se buscan reparar sean ciertos y no eventuales. Tal como sostiene Barros, en los casos de daño emergente, la certeza de las pérdidas no es problemática. Hay ahí envuelta una cuestión puramente probatoria.⁴² Donde el asunto se torna más complejo es en el lucro cesante.

³⁹ BARROS, ob. cit., p. 235-236.

⁴⁰ CORRAL, ob. cit., p. 143.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 144.

⁴² BARROS, ob. cit., p. 236.

Ahí, lo que determina la certeza del daño es un juicio de probabilidades.⁴³ En ese sentido, la pregunta en cuanto a si el daño es cierto no tiene una relación necesaria con la relativa a su ocurrencia efectiva. Es decir, no es necesario que el daño exista efectivamente para que se cumpla el requisito de la certeza, ni esperar que así sea para que proceda la indemnización. Es posible un daño futuro cierto.^{44 45}

Se han intentado revisar los requisitos más concurrentes en la doctrina y jurisprudencia como una forma de sentar las bases para el análisis comparativo que se realizará más adelante entre el concepto clásico de daño y el que debe manejarse cuando se habla de daños punitivos. Como se verá, el presupuesto conceptual en ambos casos es distinto, por lo que la pregunta respecto a si la institución de los daños punitivos cumple con las condiciones de certeza, previsibilidad o significancia tendrá que ser contestada desde un enfoque sustancialmente diferente.

En general, existe consenso no sólo a nivel nacional que el daño es esencial en materia de responsabilidad civil extracontractual. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, se destaca insistentemente, en sede civil no puede haber responsabilidad sin daño. No hay responsabilidad por delitos o cuasidelitos civiles que tengan como antecedente una conducta

⁴³ *Ibídem*.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 237.

⁴⁵ A propósito de la certeza como requisito del daño indemnizable, se ha planteado la discusión acerca de si la partida de origen francés conocida como pérdida de una oportunidad cumple con esta condición. Como es sabido, la citada categoría implica que la acción dañosa traiga como consecuencia la imposibilidad de obtener una ganancia, aunque con una probabilidad menor a la exigida por el lucro cesante, como por ejemplo cuando la víctima se ve impedida de obtener un título profesional por causa imputable a un tercero, lo que la priva de la posibilidad de las eventuales ganancias que dicha condición trae aparejada. Para Mauricio Tapia, la pérdida de una oportunidad se encuentra entre el daño cierto y el daño eventual. A su juicio, el error de la doctrina chilena ha sido enfocar el tema desde el lucro cesante, lo cual implica indudablemente negar la indemnización por cuanto la pérdida de la oportunidad no cuenta con la certeza de aquél. Para el autor, lo razonable es conceder la indemnización –tal cual ocurre en Francia- pero no por el total del monto sino en consideración de la probabilidad de que la ganancia hubiese ocurrido (véase TAPIA, ob. cit., pp. 293-295). Por su parte, Corral cree que la pérdida de la oportunidad debe indemnizarse, aunque no por el total de la ganancia que se esperaba haber obtenido. Lo que a juicio del profesor corresponde reparar es “...la frustración de la oportunidad de postular a la obtención del beneficio.” (véase CORRAL, ob. cit., p. 142). Finalmente, Jana y Peña sostiene que dejar de indemnizar por una cuestión conceptual –que diferencia lucro cesante de la pérdida de una oportunidad a partir de la certeza absoluta- carece de sentido. Lo correcto sería, a juicio de los autores, evaluar la situación caso a caso, aplicando el criterio de la probabilidad razonable (véase JANA y PEÑA, ob. cit., pp. 74-75).

tentativa o frustrada. En ese sentido, hay discusión respecto a la posición efectiva del daño en la configuración de la responsabilidad.⁴⁶ En todo caso, se afirma que todo daño que sea susceptible de ser calificado de daño resarcible debe ser indemnizado. No menos, pero tampoco más. De esta forma nace el principio de la reparación íntegra del daño.⁴⁷

En conclusión, la doctrina chilena se ha mantenido dentro de los márgenes de las definiciones clásicas, de marcada influencia francesa. Es generalmente aceptado que el daño exige como requisitos, para ser indemnizable, que afecte sea significativo, previsible y sea cierto, además de ser necesario que afecte un interés legítimo. Debido al constante recurso a conceptos jurídicos indeterminados, la construcción doctrinaria y jurisprudencial resulta fundamental en la construcción de un derecho sólido y eficiente. En ese sentido, no es claro que exista un criterio general que sea útil al momento de determinar cuándo se está frente a un daño indemnizable. Parece ser que sólo algunas pautas generales han sido dadas y que a partir de ellas la cuestión se resuelve en forma casuística.

1.3 Naturaleza de los distintos tipos de daño

Generalmente, en materia de clasificación de los distintos tipos de daño, la doctrina chilena ha distinguido entre daño patrimonial y extrapatrimonial.^{48 49}

Cuando se trata de justificar la distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, Barros argumenta que ella tiene como fundamento la naturaleza del interés protegido.⁵⁰ Mientras los primeros afectan bienes con un significado económico expresado en un valor de cambio, los segundos son definidos correctamente en un sentido negativo, es decir, como aquellos daños

⁴⁶ Véase DIEZ, ob. cit., pp. 25-29; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit., pp. 124-129.

⁴⁷ Sobre la relación entre el principio de la reparación íntegra del daño y los daños punitivos se hablará oportunamente.

⁴⁸ CORRAL, ob. cit., p. 148; BARROS, ob. cit., p. 230; TAPIA, ob. cit., pp. 297-298.

⁴⁹ Agrega Barros que la doctrina ha desarrollado una tercera categoría correspondiente a los daños corporales, que comparten características tanto con el daño patrimonial como con el extrapatrimonial.

⁵⁰ BARROS, ob. cit., p. 230.

que, cumpliendo con los requisitos comunes a todo daño, afectan intereses sin un significado económico capaz de materializarse en un valor de cambio.⁵¹

El daño patrimonial se caracteriza, según Corral, por ser una pérdida pecuniaria en un detrimento del patrimonio.⁵² En términos simples, un daño patrimonial implica una diferencia entre dos estados de cosas, graficada en las situaciones patrimoniales de la víctima, antes de la ocurrencia del daño, por un lado, y después de eso, por el otro.⁵³ Lo común a los daños calificables como patrimoniales es que son valorables de acuerdo a los términos en que lo hace el mercado; esto es, pueden ser evaluados en dinero, por tratarse de bienes comerciales.⁵⁴

La categoría de daños patrimoniales se subdivide, a su vez, en daño emergente y lucro cesante. Estas son las clases de daños que tradicionalmente han tenido reconocimiento legal en la tradición civil. Si bien ambas categorías están expresadas en el artículo 1556 C.C., en el título relativo a los contratos, la doctrina y la jurisprudencia está de acuerdo en que la norma también es aplicable al régimen de la responsabilidad extracontractual. La distinción se centra en la forma en que se materializa la disminución patrimonial.⁵⁵ Si ella consiste en una pérdida efectiva y actual en el patrimonio de la víctima, entonces se está frente a un daño emergente. Si en cambio los perjuicios corresponden a la imposibilidad de experimentar una ganancia, lo que se indemniza es el lucro cesante.^{56 57}

⁵¹ BARROS, ob. cit., pp. 231-232.

⁵² CORRAL, ob. cit., p. 148. En un sentido similar, BARROS, ob. cit., p. 231.

⁵³ BARROS, ob. cit., p. 257.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 256.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 257.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Es importante recordar, a propósito de esta última partida, lo dicho más arriba respecto del requisito de la certeza del daño como condición de su indemnizabilidad. Para que un daño determinado sea considerado jurídicamente lucro cesante, debe poseer una probabilidad de ocurrencia alta, de forma tal que pueda afirmarse, en términos razonables, que sin en el acaecimiento de la acción dañosa era inevitable la experimentación de la ganancia que busca repararse, teniendo la precaución de no exigir una prueba absoluta que pueda hacer imposible la compensación. De lo contrario, y si lo anterior no es más que una posibilidad, correspondería indemnizar la pérdida de una oportunidad, con las características particulares de esa categoría. Tapia critica la actitud de los tribunales chilenos a propósito del estándar probatorio

El daño extrapatrimonial, en tanto, busca reparar todos aquellos perjuicios que, como se sostuvo más arriba, no son susceptibles de ser expresados en términos de mercado. Sin embargo, hay ocasiones en que la distinción anterior no parece ser suficiente. Carmen Domínguez considera que la posibilidad de avaluar económicamente un perjuicio tiene más que ver con las consecuencias que de él se siguen que con el daño mismo.⁵⁸ Así, es posible distinguir, según la autora, entre daños morales puros y daños morales con consecuencias patrimoniales.^{59 60}

La subcategoría de daño no patrimonial por excelencia es el daño moral. Muchas veces, producto de una confusión conceptual, suele hablarse indistintamente de daño extrapatrimonial y daño moral, como si fueran una misma cosa.⁶¹ Lo cierto es que entre ambas conceptualizaciones existe una relación de género a especie: no todo daño que se indemniza bajo el rótulo de daño moral es estrictamente eso, aunque sí corresponda a la categoría del daño extrapatrimonial.⁶² El daño moral no es definido por el Código Civil.⁶³ Su desarrollo ha sido eminentemente doctrinario y jurisprudencial, no sólo en Chile sino que también en el derecho comparado.⁶⁴ Desde 1922, los tribunales han reconocido la procedencia del daño moral en sede extracontractual.⁶⁵

exigido para el lucro cesante. Véase TAPIA, ob. cit., p. 298; en el mismo sentido, BARROS, ob. cit., p. 264.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. El daño moral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 44-45.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 45.

⁶⁰ Esto implica ofrecer una definición positiva de los daños no patrimoniales, en oposición al concepto negativo que aquí se ha manejado. Véase *Ibíd.*, pp. 57 y ss.

⁶¹ BARROS, ob. cit., p. 231; CORRAL, ob. cit., p. 149; DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 73.

⁶² BARROS, ob. cit., p. 231.

⁶³ A pesar de la distinción, cuando se hable de daño moral, a menos que se especifique lo contrario, se estará haciendo referencia a su concepción amplia, es decir, como daño no patrimonial, a menos que se especifique lo contrario.

⁶⁴ BARROS, ob. cit., p. 292; TAPIA, ob. cit., p. 299.

⁶⁵ TAPIA, ob. cit., p. 300.

Que el daño moral sea un tipo de daño no medible en términos de mercado no implica que pierda su naturaleza compensatoria. Es decir, ambos –tanto los daños patrimoniales como extrapatrimoniales- son una manifestación de la función reparatoria de la responsabilidad civil. En un sistema como el chileno la cuestión no puede ser de otra forma. Al menos conceptualmente, si la función de la responsabilidad civil es compensar aquellas pérdidas que tengan su origen en un hecho culpable atribuible a un tercero, de tal forma que la posición de la víctima sea igual a la que tenía antes del accidente, el daño moral no puede escapar a esa regla. Por lo mismo, si el juez encargado de fijar los montos en un caso donde existen perjuicios no patrimoniales quiere actuar conforme al sistema legal vigente en Chile, debe centrar su atención en la víctima y en la evaluación que se pueda hacer de sus daños morales en particular, no siendo relevante, a lo menos en la fijación del monto a pagar,⁶⁶ la actitud de la víctima u otras consideraciones. Lo único que debe ocupar la atención del juez es lograr posicionar a la víctima, en la medida de lo posible, en la misma situación en que estaba antes de que sufriera los perjuicios morales.

En el Common Law, la clasificación de los daños apunta en otro sentido.⁶⁷ En ese sistema, como la función de la responsabilidad civil no es únicamente compensatoria, las categorizaciones buscan determinar a cuál de esas finalidades son funcionales los diferentes tipos de daños. En primer término debe aclararse que los daños no son concebidos de la misma forma en que se hace en Chile. Y ello por una cuestión conceptual. Así, es necesario distinguir entre *damage*, en singular y *damages*, en plural. Mientras el primer concepto apunta a lo que entre nosotros se entiende por daño, el segundo tiene que ver con los montos a que son condenados a pagar los victimarios. Porque es perfectamente lógico –y habitual- que los *damages* no sean equivalentes al daño efectivamente sufrido.⁶⁸ Eso explica la diferencia

⁶⁶ Esto, sin perjuicio de la regla del artículo 1558 C.C., que –a pesar de la discusión respecto a su procedencia en sede extracontractual- condiciona los daños indemnizables a la actitud –culpable o dolosa- del victimario. Pero si se mira con detención, la citada regla exige mirar la conducta del victimario sólo para fijar el límite de los daños indemnizables, pero no exime al juez de su tarea principal, consistente en fallar de acuerdo a los perjuicios –previsibles o imprevisibles- sufridos efectivamente por la víctima.

⁶⁷ En esta parte sigo a KIONKA, Edward. *Torts in a nutshell*. St. Paul, Minn, Editorial West Publishing, 1992, p. 303.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit., p. 132; SEGURA, Francisco. Algunas consideraciones sobre la pena privada y los daños punitivos en el derecho civil chileno. En: Estudios de derecho civil: código y

cualitativa en el ejercicio de clasificaciones realizado por una y otra doctrina. Mientras los autores de la tradición civil –entre los que se encuentran los profesores chilenos-, al intentar dilucidar los distintos aspectos que se ven envueltos en el daño como elemento y condición del sistema de responsabilidad civil continental hablan del daño como el perjuicio efectivamente causado, lo que coincide con la racionalidad interna del mecanismo de compensación vigente en esos países; los teóricos del Common Law, en tanto, deben realizar un paso previo en atención a la finalidad del sistema de *torts*, consistente en clasificar los montos –o, en este sentido, *damages*- en función del fin para el que están pensados. Es por ello que en la tradición anglosajona no es equivalente hablar de daños –o *damages*- y perjuicios, como sí ocurre en nuestro sistema.⁶⁹

La primera categoría en que se clasifican los daños es la de *compensatory damages*.⁷⁰ Estos daños equivalen a los que contempla el sistema chileno, el que tiene como finalidad compensar los perjuicios sufridos por la víctima de forma tal que quede en una posición idéntica a la que estaría si no se hubiese producido la acción dañosa.

Sin embargo, a pesar de que en la tradición anglosajona no opera sólo la compensación, igualmente esta finalidad es la más importante. Kionka sostiene que la demanda por daños compensatorios es el remedio básico del que dispone la víctima y, en la mayoría de los casos, el único.⁷¹

Por su propia naturaleza, los *compensatory damages* buscan situar a la víctima en la misma posición que la que tenía antes del accidente. Por lo mismo, las partidas que pueden alegarse en el Common Law por concepto de reparación son iguales a las que proceden en el derecho

dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, abril de 2005. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 648.

⁶⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit., p. 131.

⁷⁰ KIONKA, ob. cit., p. 303.

⁷¹ *Ibidem*.

chileno; es decir, se puede pedir el daño emergente y el lucro cesante, para el caso de daños patrimoniales, y el daño moral para el caso de perjuicios no patrimoniales.⁷²

Una segunda categoría corresponde a los *nominal damages*.⁷³ Si el sistema de responsabilidad civil anglosajón reconoce fines no compensatorios, entonces debe haber casos en que exista un reconocimiento institucionalizado de sumas de dinero mandadas a pagar por un tribunal que superen o no alcancen a cubrir los perjuicios efectivamente sufridos por la víctima. Al señalar que debe existir un reconocimiento institucionalizado, quiero decir que el sistema debe ser capaz de aceptar formalmente, como uno de sus presupuestos legítimos, el otorgamiento de montos que no coincidan con la valoración económica que corresponda hacer de los perjuicios. Se aclara este punto porque es común ver en la jurisprudencia chilena ciertos fallos que, a través de la indemnización por daño moral, buscan que, de alguna manera, el victimario sea sancionado.⁷⁴ A todas luces, esto no es un reconocimiento institucionalizado en el sentido que aquí se expone. La práctica responde más bien a un deseo de hacer justicia que, aunque loable, se mantiene al margen del fin compensatorio del derecho de daños chileno, tomando en cuenta que aun cuando es difícil valorar un perjuicio moral, su reparación debe buscar compensar a la víctima de acuerdo al principio de la reparación integral del daño. Por lo tanto, el antecedente recién citado no es suficiente para sostener que en el derecho chileno, en materia de responsabilidad civil y al menos teóricamente es posible encontrar casos donde se otorgan montos que no concuerdan con los daños sufridos.

Esta categoría se hace cargo de aquellas situaciones en que, dados ciertos requisitos, corresponde pagar a la víctima menos dinero que el equivalente a los perjuicios que ella reclama. Los daños nominales se otorgan cuando si bien no se logró probar un daño cierto, se pretende reconocer un derecho del demandante. Igualmente, hay ocasiones en que el demandante logra probar un daño efectivo pero no es capaz de establecer un monto, las que traen como consecuencia la asignación de *nominal damages*.⁷⁵ Una cuestión similar ocurre en Francia, a

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*, p. 304.

⁷⁴ Este tema se verá con mayor profundidad en el capítulo III.

⁷⁵ KIONKA, *ob. cit.*, p. 305.

propósito de indemnizaciones que se otorgan únicamente para reconocer un derecho. Como la finalidad que con ellas se busca no es posible en el contexto de la tradición civil, los jueces franceses han debido argumentar, absurdamente, que si condenan al pago de un franco, es porque esa es la suma en que se aprecian los daños.⁷⁶

Domínguez Águila sostiene que los daños nominales son el resultado de atribuir a la responsabilidad civil una función de reconocimiento de un derecho que, de otro modo, no sería reivindicado.⁷⁷ En ese sentido, aun cuando no haya ningún perjuicio que compensar – principalmente por razones de debilidad probatoria- es posible activar el mecanismo del derecho de daños. Ahí, los montos son ínfimos y puramente simbólicos.

En tercer lugar, corresponde nombrar los *punitive damages*⁷⁸ -también denominados *exemplary damages*-. Su explicación se hará en el siguiente capítulo. Por ahora basta decir que los daños punitivos son un caso institucionalizado de montos mandados a pagar por una suma superior al valor de los perjuicios efectivamente causados. Tradicionalmente, se ha dicho que ellos son la respuesta a la función sancionatoria de la responsabilidad civil del sistema del Common Law. Como se verá, la tesis de esta memoria es que aceptar la posibilidad de que procedan los daños punitivos no requiere necesariamente aceptar el fundamento recién citado.

Finalmente, una última categoría se denomina *consequential damages*.⁷⁹ Estos daños son aquellos que se producen a terceros producto de la acción dañosa y equivalen a las indemnizaciones que en el derecho chileno se asignan a las víctimas por rebote. Es curiosa la categorización que de estos daños hace Kionka porque, a diferencia de los otros tipos mencionados ellos no son la respuesta a alguna función asignada a la responsabilidad civil. Los daños compensatorios, como se dijo, buscan situar a la víctima en una posición equivalente a la que existía previo al acaecimiento de los perjuicios, los daños nominales son un mecanismo de

⁷⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit., pp. 134-135.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 134.

⁷⁸ KIONKA, ob. cit., p.317.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 313.

reconocimiento de un derecho y los daños punitivos, como se verá, cumplen fines específicos diversos a los estrictamente compensatorios. Los daños consecuenciales, en cambio, son una respuesta a la pregunta respecto a quién está legitimado activamente para demandar. Es decir, si se analizan los efectos que trae consigo una acción dañosa, puede sostenerse que llegan hasta ciertas personas que tenían una relación determinada con la víctima directa. Pero una vez que se acepta la posibilidad de que terceros distintos al individuo que sufre los perjuicios puedan reclamar indemnizaciones, la primera pregunta renace: qué tipo de daños –en el sentido que lo entiende el Common Law- pueden demandar esas víctimas por rebote. Por lo tanto, si la categorización de Kionka se plantea en relación con los fines del sistema de responsabilidad civil –compensatoria, de reconocimiento de un derecho u otros, correspondiente a daños punitivos- la clasificación de los *consequential damages* queda descontextualizada.

En conclusión, en Chile sólo se reconoce la categoría de daños compensatorios. Dentro de ellos, se suelen identificar dos grandes grupos: los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. La delimitación de los distintos conceptos involucrados en el tratamiento del daño como elemento de la responsabilidad civil ha sido una actividad desarrollada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, toda vez que el Código no ofrece una definición de él ni de sus categorías. En el Common Law, en cambio, los daños –en el sentido de *damages* y no de *damage*- no son sólo la respuesta a una función reparatoria de la responsabilidad ya que es posible encontrar casos donde se reconoce institucionalmente que ciertas sumas de dinero dentro del monto total de la indemnización en un caso concreto no coinciden con los perjuicios efectivamente sufridos por la víctima.

Como se verá en su momento, la concepción de los daños punitivos que ofrece esta memoria escapa a la categorización tradicional que hace la doctrina chilena, por cuanto su naturaleza no puede examinarse a la luz de la relación que existe entre demandante y demandado en un caso concreto. Por lo mismo, en el capítulo IV se explicará detalladamente en qué sentido se entiende la institución que aquí se analiza y se expondrán las consecuencias de esa comprensión.

DESARROLLO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

2.1 Generalidades

Los daños punitivos son una institución perteneciente a la familia del Common Law. Por sus particulares características, siempre ha estado envuelta en polémicas, principalmente porque, mirada desde cierta perspectiva, puede considerarse ajena a los propósitos que debería tener un sistema de responsabilidad civil en general.

Si bien surgen en el derecho anglosajón, han sido discutidos en países como España, e incluso aceptado en otros como Argentina, analizando la conveniencia de hacerlos parte del derecho de daños vigente en dichos ordenamientos.⁸⁰ Ramón Pizarro ha sostenido que de acuerdo a la configuración legal del ordenamiento jurídico argentino, no hay ningún obstáculo para que, por ley, se establezca la posibilidad de otorgar daños punitivos, con todo lo que ellos implican – principalmente, en lo que se refiere a la opción consciente del sistema porque los destinatarios de los montos a título de daño punitivo sean las víctimas y no el Estado.⁸¹ La pregunta respecto a si es o no conveniente hacerlo, razona el autor, es distinta y no debe confundirse con lo anterior.⁸² La conclusión de Pizarro parece simple pero en realidad esconde una cuestión fundamental. Su tesis es que, primero, no hay impedimentos jurídicos (no queda claro, en todo caso, si en su argumento se contempla la posibilidad de que existan objeciones constitucionales a la

⁸⁰ Ya en el año 1989 se planteaba la posibilidad de adoptar los daños punitivos en el derecho argentino. KRAUT, Alfredo Jorge. Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. Citado en TRIGO REPRESAS, Félix. Daños punitivos. En: ALTERINI, Atilio, Cabana, Roberto (Directores). La responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro Goldenberg. Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 1995, p. 283. Véase además, a modo ejemplar, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino? Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 31: 1993, p. 71; PIZARRO, Ramón Daniel. Daños punitivos. En: Derecho de daños. Homenaje al profesor Doctor Trigo Represas. Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1993, p. 291; RACIMO, Fernando. En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 6, 1: 2005.

⁸¹ PIZARRO, ob. cit., p. 307.

⁸² *Ibidem*. En este mismo sentido se pronuncia TRIGO, ob. cit., p. 291.

institución) para aceptar que, única y exclusivamente por vía legislativa –dejando al margen la posibilidad de que ocurra mediante la jurisprudencia o la doctrina- se establezcan los daños punitivos como mecanismo adicional del derecho de daños. Pero lo que a mi juicio es aun más relevante es que, al sostener que las razones que motivan a inclinarse por su conveniencia o rechazo van más allá de su tesis central, lo que quiere decir es que los argumentos que se esgriman en ese sentido pueden ser o de justicia o de eficiencia.⁸³ No pueden ser jurídicos.⁸⁴ Eso lleva a que la discusión cambie de nivel y se transforme en una cuestión públicamente debatible.

Las reflexiones de Pizarro y en general de la doctrina argentina que se ha preocupado por este tema se han materializado expresamente en textos positivos. En efecto, la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor de Argentina, modificada por la Ley N° 26.361 el 12 de marzo de 2008, señala en su artículo 52 bis “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”⁸⁵ Si bien los términos en que aquí están concebidos los daños punitivos no corresponden a los argumentos que oportunamente se sostendrán en esta memoria, es relevante que un país cuya tradición jurídica equivale a la chilena los incorpore expresamente en su sistema porque desmitifica, en algún sentido, cualquier aprensión que se pueda tener en relación a la eventual incompatibilidad entre esta institución y los sistemas de derecho

⁸³ La pregunta por la justicia es, indudablemente, muy importante. Sin embargo, por tratar el tema de los daños punitivos en el contexto del derecho privado, y asumiendo una posición consciente desde el análisis económico del derecho, en el trabajo me centraré, principalmente, en las razones de eficiencia que inviten a aceptar la institución analizada, así como también a demostrar que no hay impedimentos dentro del propio derecho civil que hagan, *a priori*, rechazables a los daños punitivos.

⁸⁴ Cuando concluyo que, en el sentido de Pizarro, las razones no pueden ser jurídicas, quiero decir que si se acepta que no hay impedimentos en el derecho vigente que obstaculicen la consagración legal de los daños punitivos, no pueden esgrimirse argumentos jurídicos en relación a la *conveniencia* de la aceptación de la institución. Es indudable que en cualquier momento el debate puede volver atrás y cuestionar que sea jurídicamente posible incorporar los daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil vigente.

⁸⁵ El texto de esta ley fue extraído de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139252/norma.htm>

continental, especialmente a propósito del hecho que sumas de dinero determinadas no en relación a un daño en concreto sean asignadas directamente a la víctima. Es obvio que del hecho de haber sido incorporados los daños punitivos al sistema jurídico argentino no se sigue que sean apropiados o idóneos. Pero sí ofrece al menos algún grado de deferencia, en ningún caso concluyente, en cuanto a la compatibilidad sistémica de su racionalidad intrínseca. Desde luego, dado lo reciente de la modificación aún no se puede formular un diagnóstico absoluto respecto al funcionamiento del artículo 52 bis, en especial en lo que dice relación a la recepción que de él tendrán tanto los jueces como los autores. Pero sin duda que un estado previo constante de discusión y análisis de los daños punitivos por parte de la doctrina argentina permite mirar con un mayor grado de confianza la futura aplicación de la regla.

En general, cuando las distintas tesis que pretenden dar cuenta de lo daños punitivos explican su contenido conceptual lo hacen en función de la finalidad que le atribuyen. El resultado de lo anterior, es la posibilidad de identificar dos grandes grupos en el desarrollo de la definición de la institución que aquí se analiza. Por un lado, se encuentra la tesis que sostiene que los daños punitivos son montos superiores a los perjuicios efectivamente causados, mandados a pagar como un castigo al demandado por su actitud particularmente reprochable. Esta posición es la que recoge la mayoría de los fallos norteamericanos, se encuentra en el seno de las explicaciones y sistematizaciones que han hecho diferentes autores y es el sustento de gran parte de las críticas a las que se ha visto expuesta la institución de los daños punitivos. Igualmente, es esta la dirección que sigue el espíritu de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor argentina antes citada. Por otro lado, una segunda manera de definir los daños punitivos es de acuerdo a los conceptos desarrollados por el análisis económico del derecho, como un mecanismo necesario para que en ciertos casos se confirme el rol preventivo de un sistema inicialmente compensatorio.

En lo que sigue, se intentarán esquematizar ambas posturas de acuerdo a sus características y consecuencias más relevantes, y se explicará en qué sentido esta memoria opta por el segundo de los argumentos.

2.2 Concepto de daños punitivos

Como se señaló en el capítulo anterior, los daños punitivos no deben ser entendidos en el sentido clásico de la expresión. Es decir, hablar de daño punitivo no equivale a hablar de daño emergente, lucro cesante o daño moral ya que ellos son una subdivisión de los daños compensatorios y ponen su atención en perjuicios efectivamente ocurridos. Y eso pasa, como se destacó en su momento, por una diferencia en los significados de los conceptos *damage* y *damages*. Mientras el primero se refiere a un daño como perjuicio real, el segundo apunta al monto económico que debe pagar el victimario al momento de indemnizar y su clasificación atiende a la finalidad de la responsabilidad civil a la que quiere dar respuesta.

La primera forma de adentrarse al concepto de los daños punitivos es a través de aquella que hace referencia a ellos como una modalidad de castigo al victimario por conductas particularmente reprochables, y que ha sido desarrollada principalmente a través de la jurisprudencia,⁸⁶ además de algunos autores que formulan juicios descriptivos de la institución. En ese sentido, se ha dicho que los daños punitivos son “la pérdida inflingida a título de sanción punitiva en los casos especificados por ley al autor de actos fraudulentos, cuyo provecho va a la víctima de esos actos, la que recibe una ventaja finalmente superior al daño que había sufrido.”⁸⁷ Peter Cane, por su parte, define los daños punitivos como los montos indemnizatorios adicionales a aquellos que buscan compensar a la víctima.⁸⁸ Esto lo hace en el contexto de un análisis respecto a la restitución en el derecho civil. Cane sostiene que un mecanismo que solucione situaciones de enriquecimientos injustificados, además de una acción que busque restituir una ganancia radicada en un patrimonio que carece de título para retenerla, es la condena por daños punitivos, en la medida que ésta incluya el monto que el enriquecido retiene sin justificación alguna. Sin embargo, que esto sea así no significa que el funcionamiento de los

⁸⁶ Además de los casos citados en *infra* o. 29, nota al pie 94, Véase SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *State farm mutual automobile insurance Co. v. Campbell et al.* N° 01-1289. Argued December 11, 2002 – Decided April 7, 2003; *Jones v. Fisher*; *Acosta v. Honda Motor Co. Ltd.*; *Grimshaw v. Ford Motor Co.* Estos últimos en KEETON, Robert, SARGENTICH, Lewis y KEATING, Gregory. *Tort and accident law. Cases and materials.* Thomson west, 2004, pp. 44 y ss; 1086 y ss; 1091 y ss.

⁸⁷ *Vocabulaire Juridique*, citado en SEGURA, ob. cit., pp. 635-655.

⁸⁸ CANE, Peter. *Tort law and economic interests.* Oxford, Claredon Press, 1996, pp. 300.

daños punitivos esté pensado para ofrecer una solución a los casos de enriquecimientos injustificados. El primer propósito de los daños punitivos, sostiene Cane, es castigar y no restituir, por lo que niega que los daños punitivos sean cualitativamente iguales a la acción de enriquecimiento.⁸⁹ Agrega que el destinatario del dinero que se entregue será la víctima y no el Estado, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de una multa tradicional.⁹⁰ El desarrollo jurisprudencial apunta en el mismo sentido. Los casos citados demuestran que la exigencia de ciertas conductas particularmente reprochables y la actitud de los jurados en la fijación de los daños punitivos los definen como montos a título de castigo.⁹¹

La tesis de autores como Cass Sunstein, Daniel Kahneman y David Schakade⁹² es clasificable dentro de este grupo de acercamiento al concepto de los daños punitivos. El argumento deja al descubierto una dualidad extrema que parece no ser necesaria. Los autores citados destacan una función penal y retributiva de los daños punitivos.⁹³ Sostienen que éstos son una buena manera de identificar las conductas consideradas socialmente como indignas y reprochables. Esto es así, porque el sistema de jurados, al contar con la opinión de gente “de a pie”, permite identificar estándares sociales básicos de moralidad.⁹⁴ Sin embargo, si lo que se quiere es una institución que cumpla funciones preventivas eficientes, es mejor un sistema penal centralizado de derecho público como el europeo continental.⁹⁵ Lo anterior constituye una dualidad extrema innecesaria porque en verdad, son más las alternativas que las que plantean los autores mencionados. Es cierto que, si se analiza en el contexto norteamericano la tesis de los autores adquiere un mayor sentido. O se condena al pago de daños punitivos por parte de un jurado, o se establece un sistema centralizado de derecho público. Pero si la cuestión se analiza dentro de los límites del derecho continental, nada impide que pueda haber una aceptación de los daños punitivos, y que a

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 301.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 300.

⁹¹ Véase *Supra*, p. 27, nota al pie 85.

⁹² SALVADOR, Pablo. Punitive damages. *Revista para el análisis del derecho (indret.com)*, 2000, p. 11.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

su vez ellos sean otorgados por jueces que institucionalmente –al menos en términos teóricos- prescinden de sus valoraciones morales respecto al caso concreto, aplicando reglas previamente establecidas donde su margen de discrecionalidad –si lo hay- está dotado de algún sentido normativo.

Tanto Cane como el razonamiento jurisprudencial y el ofrecido por Sunstein, Kahneman y Schakade comparten una cuestión común: en el desarrollo de su concepto de los daños punitivos recurren a la exposición de los fines de la institución. Señalan que ella es consecuencia de la intención de castigar, y agregan que hay casos en que los *punitive damages* se otorgan porque el cálculo del demandado respecto de su acción dañosa concluye que lo que obtendrá después de ella es superior al riesgo de ser condenado al pago de daños compensatorios.⁹⁶ Igualmente, si los daños punitivos son otorgados en función de la valoración moral de determinadas conductas, que la consecuencia sea una suma de dinero absolutamente desligada de los montos a título de daños compensatorios hace presumir un afán retributivo por parte de los sentenciadores.

El segundo gran grupo desde el cual es posible formular un concepto de los daños punitivos es el que encuentra su sustento en el análisis económico del derecho⁹⁷ Esta corriente de pensamiento, al igual que lo que ocurría en el primero de los casos analizados, ha definido a los daños punitivos desde la función que a ellos asigna. La diferencia, sin embargo, es que abandonan en gran medida la idea de castigo, lo que, como se verá, trae consecuencias radicalmente distintas. En esta tesis prima un argumento fundado en la prevención en un contexto socialmente eficiente.

Mitchell Polinsky y Steven Shavell sostienen que los daños punitivos son un mecanismo que permite establecer un nivel eficiente de prevención general por cuanto corrigen los errores que un sistema de responsabilidad civil con daños puramente compensatorios manifiesta.⁹⁸ Para los

⁹⁶ *Ibidem*. Cane cita dos casos en que esta posición es reconocida. Uno es *Rookes v. Barnard* (1964) y el otro es *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*.

⁹⁷ Una breve reseña de los presupuestos generales de la corriente de pensamiento del Análisis Económico del Derecho será dada más adelante.

⁹⁸ POLINSKY, Mitchell y SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Vol. 111, N° 65, 1995, p. 874.

finis de este trabajo, esta posición se reconocerá como aquella que explica situaciones de daños punitivos como *corrección del escape a la responsabilidad*. La tesis de estos autores tiene que ver básicamente con las posibilidades de los victimarios de ser encontrados responsables por una acción dañosa y las probabilidades que tienen para evitar que eso fuese así. En primer lugar, sostienen, si las posibilidades de que un individuo sea declarado responsable por una acción determinada son altas, entonces el nivel eficiente de pago de daños es el equivalente a los perjuicios efectivamente causados.⁹⁹ Si en esa situación –es decir, bajo un supuesto de compensación perfecta no en el sentido que lo entiende el principio de la reparación integral del daño sino como la hipótesis en que las probabilidades de ser declarado responsable son (prácticamente) absolutas¹⁰⁰- los montos pagados superan –como el caso de los daños punitivos- o están por debajo los daños reales, las consecuencias sociales que de ello de siguen resultan indeseables.¹⁰¹ Tómese el siguiente ejemplo: supongamos que una acción dada trae como consecuencia un total de \$100.000 en daños. Bajo un sistema de responsabilidad estricta, como se sabe, el agente que causó esos perjuicios se hace cargo de ellos independiente del estándar de conducta desplegado en la realización de la acción. Por lo mismo, si las probabilidades de ser descubierto son cercanas al cien por ciento, y el costo de prevenir esos daños es de \$50.000, entonces el agente tiene un incentivo para evitarlos. Si, por el contrario, las probabilidades de ser declarado responsable son de un 30 por ciento, los montos que se pagarán en una eventual indemnización, traídos a valor presente, son tan sólo de \$30.000 pero el costo de prevenirlos se mantiene constante. Es decir, el dinero pagado será inferior a los daños reales. En esa hipótesis, el agente no tiene ningún incentivo para evitar los perjuicios.¹⁰²

Al contrario, sostienen Polinsky y Shavell, las consecuencias son las mismas. Supongamos que esos mismos daños valorados en \$100.000 pueden ser evitados a un costo, no de \$50.000 como en el caso anterior, sino a uno de \$250.000. En esa hipótesis, creen los autores, y bajo un supuesto de probabilidad absoluta de ser descubierto, lo socialmente eficiente es incurrir en el

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 878.

¹⁰⁰ No debe confundirse la probabilidad de ser declarado responsable con la probabilidad de que el daño efectivamente ocurra. La primera es relevante únicamente si la segunda se concreta.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*, p. 879.

daño e indemnizarlo, por cuanto intentar evitarlo sería un desperdicio de recursos. Pero si en ese mismo caso –es decir, si se mantienen todos los factores inalterados, esto es, el valor de los daños, el costo de prevenirlos y la probabilidad de ser declarado responsable- se asigna una cantidad de \$200.000 por concepto de daños punitivos, el monto pagado será superior al daño efectivamente causado y se incurrirá en la situación socialmente ineficiente ya que será más conveniente prevenir los daños a un costo de \$250.000 que indemnizar por un total de \$300.000, correspondiente a \$100.000 por daños compensatorios y \$200.000 por daños punitivos.¹⁰³

Igualmente, y continuando con el supuesto de un sistema de responsabilidad estricta, si los montos a pagar igualan los daños causados, también se obtendrá un nivel de actividad eficiente. Los autores sostienen, siguiendo el razonamiento microeconómico general, que los agentes incurrirán en una unidad más de la actividad que realizan –manejarán un kilómetro más, o fabricarán un producto más- sólo si el beneficio que ello implica supera el costo de producirlo. Dicho costo incluye en su cálculo eventuales indemnizaciones que se deberán pagar de acuerdo al resultado que se obtiene de la multiplicación entre la entidad del perjuicio y la probabilidad de que él ocurra. Cuando el beneficio marginal y el costo marginal se igualan, el nivel de actividad está en su punto socialmente eficiente. En un sistema de responsabilidad estricta, el aumento del nivel de actividad es proporcional a las probabilidades de que ocurra un daño y, consecuentemente, a eventuales indemnizaciones. Por lo mismo, habrá un punto –el punto de eficiencia- que si se supera, el beneficio obtenido de la unidad extra será inferior a la posibilidad que existe de tener que compensar perjuicios. Pero si los montos que se pagan superan el daño efectivamente causado, o si por el contrario, son inferiores, entonces habrá incentivo para ubicarse por debajo o por sobre el nivel eficiente de actividad, respectivamente.¹⁰⁴

Bajo un sistema de responsabilidad por culpa, sin embargo, la situación se torna un poco más compleja. Si las cantidades de dinero correspondiente a indemnizaciones igualan los perjuicios reales, se obtiene, según Polinsky y Shavell, un nivel de prevención adecuado tal como sucede bajo la regla de la responsabilidad estricta. Ello se explica porque habrá incentivos para alcanzar el estándar de conducta exigido, suponiendo que no hay errores en la fijación de dicho

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 880.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 881-883.

estándar.¹⁰⁵ Supóngase que una actividad genera daños por \$100.000 y que los costos de situarse en el estándar de conducta exigido son de \$50.000. En ese caso, habrá incentivos para incurrir en el costo de prevención, evitando que el daño ocurra. Sin embargo, si a pesar de que los daños son \$100.000 la condena manda a pagar sólo \$40.000, entonces será racionalmente preferible causar los daños e indemnizarlos que costear el estándar de conducta exigido.¹⁰⁶ Por el contrario, si manteniendo el costo por alcanzar el estándar de conducta en \$50.000 una determinada acción causa daños por \$200.000, los incentivos para incurrir en los \$50.000 serán mayores, pero no será necesario desplegar un control de los daños más exigentes.¹⁰⁷ En un caso similar, bajo una regla de responsabilidad estricta, si una acción que en un principio causaba daños por \$100.000 ahora los genera por \$200.000, el agente tendrá buenas razones para gastar más de los \$50.000 necesarios para evitar el daño inicial de \$100.000. Como en el caso de una regla de responsabilidad por culpa el agente no es responsable más allá del estándar fijado, si los perjuicios iniciales aumentan, él no tendrá que ser más riguroso en su control.¹⁰⁸

Siguiendo con el supuesto de una responsabilidad por culpa, donde la situación es radicalmente diferente a un sistema de responsabilidad estricta es en la fijación de un nivel eficiente de actividad. Como se dijo más arriba, si los individuos son responsables de todos los accidentes que causen, si desean aumentar el nivel de actividad de las acciones que motivan esos accidentes tendrán que analizar si el beneficio que reporta una unidad más de la mencionada actividad es superior a la probabilidad de que ocurra un daño que deberá indemnizar. Si en cambio los agentes sólo responden por los daños causados antes de alcanzar un determinado estándar –que es lo que ocurre en un sistema como el chileno basado en la culpa-, en la eventualidad que deseen aumentar su nivel de actividad podrán hacerlo sin ningún límite –sin perjuicio, claro, del límite que impone cualquier análisis económicamente racional respecto a los

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 884.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Los autores realizan este análisis bajo el supuesto de que no hay errores en la determinación del estándar de conducta. Cuando sí hay errores –que es lo que suele ocurrir en la realidad-, pueden darse casos donde, a pesar de actuar diligentemente, un agente pueda ser encontrado responsable y condenado a indemnizar. De esa forma, los errores alteran toda la reflexión y la tornan, en ciertos casos, impredecibles. Véase *Ibíd.*

costos marginales en general versus los beneficios marginales- dado que, una vez alcanzado el estándar, no se será responsable por ningún daño, lo cual puede llevar a que ciertas actividades alcancen niveles operacionales superiores a los socialmente deseables.¹⁰⁹ Todo esto permite concluir que, bajo un sistema de responsabilidad estricta, si los montos indemnizatorios igualan los perjuicios efectivamente causados se obtendrá un grado de prevención adecuado, así como también un nivel de actividad eficiente. Por su parte, en la hipótesis de un sistema de responsabilidad por culpa, la prevención será adecuada nuevamente si se igualan las cantidades pagadas por concepto de indemnización con los daños reales, pero a diferencia de lo ocurría en el caso de la responsabilidad estricta, los accidentes aumentarán ya que si lo que se exige para no ser responsable es la observancia de un determinado estándar no habrá incentivos para que, una vez verificado dicho estándar, disminuyan los niveles de actividad.¹¹⁰

Visto todo lo anterior, la pregunta que surge es más o menos evidente: cuál es el papel que desempeñan los daños punitivos en todo el análisis previo. Como se adelantó más arriba, los autores afirman que hay ocasiones en que existe una probabilidad de que los agentes causantes de daño escapen a su responsabilidad. Eso conduce a que, en el largo plazo, los victimarios paguen menos dinero que el equivalente a los perjuicios que causan. El ejemplo que dan Polinsky y Shavell ayuda a clarificar la cuestión. Supongamos que una empresa genera daños por \$100.000, pero las posibilidades de ser descubierta son de un cuarto. En esa hipótesis, en promedio, la empresa paga daños por sólo \$25.000.¹¹¹ Si el costo de evitar esos daños es de \$50.000 la empresa no tendrá ningún incentivo para evitar daños sociales por \$100.000 ya que las probabilidades de que la condenen son tan bajas que no logran superar el costo de prevención.¹¹² La manera de solucionar el problema consiste, según los autores, en aumentar los

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 885.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 886.

¹¹¹ Es importante comprender que los \$25.000 son sólo un promedio. En efecto, cuando el agente logra ser descubierta, si el sistema de daños compensatorios es correcto, se le condenará a un pago de \$100.000, es decir, todo el daño que a esa persona le causó. Pero como el contexto de reflexión del análisis económico del derecho no es caso a caso sino en términos sociales, lo que ocurra entre el victimario y una de sus víctimas es irrelevante. Como en tres cuartos de las veces el causador del daño logra escapar a su responsabilidad, los \$100.000 que le paga a un individuo cada cuatro que lastima arrojan como promedio de indemnizaciones los citados \$25.000.

¹¹² *Ibíd.*, p. 889.

montos indemnizatorios hasta el punto donde éstos sean iguales, en promedio, al daño causado.¹¹³ En el ejemplo anterior, si la empresa es condenada a pagar un promedio de \$25.000 por daños, lo que se requiere es lograr que ese promedio sea igual a \$100.000 porque de esa manera el monto total será igual a los perjuicios reales. Por lo mismo, si de cada cuatro acciones dañosas que comete la empresa puede escapar a su responsabilidad en tres –lo que equivale a decir que sólo responde el 25% de las veces que comete delitos o cuasidelitos civiles-, para alcanzar el nivel de eficiencia –donde los montos igualan a los daños- se requiere que, cuando es descubierto, el monto al que es condenado sea cuatro veces superior al daño causado *esa vez*. Es decir, la empresa, que bajo una hipótesis de compensación perfecta donde es prácticamente imposible escapar a la responsabilidad debería pagar \$100.000 por cada vez que comete un daño, tendrá que indemnizar \$400.000 como resultado de la multiplicación de los daños reales por un factor representativo de la probabilidad de evitar la responsabilidad.¹¹⁴ La propuesta de Polinsky y Shavell, entonces, es que los daños punitivos son un buen mecanismo a la hora de fijar montos extras cuya función sea igualar los daños reales.¹¹⁵ En ese sentido, la fórmula que permite calcular un nivel óptimo de daños punitivos es el resultado de la multiplicación de los daños compensatorios por el factor representativo de la probabilidad de escapar a la responsabilidad, menos el monto correspondiente a daños compensatorios. En el ejemplo anterior, esto equivale a \$400.000 menos los \$100.000 iniciales de daños compensatorios. Es decir, el nivel óptimo de daños punitivos para el ejemplo citado es de \$300.000.¹¹⁶

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ Los autores aclaran que de acuerdo a su entendimiento de la función de los daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil, la calificación de “punitivos” no es del todo aconsejable. Existen casos en que la conducta dañosa de un determinado agente no es especialmente reprochable pero que de todas formas requiere ser ajustada de acuerdo a la fórmula expresada para los daños punitivos. Hay ocasiones en que es posible escapar a la responsabilidad, pero no producto de una actitud dolosa. Supóngase que la víctima de un accidente decide no demandar por determinadas razones. El victimario, sin ninguna acción atribuible a su voluntad, se vio exento de un juicio que busque determinar su responsabilidad. Parece razonable sostener que no hay ninguna razón para castigarlo. Pero si en otro accidente sí lo demandan, de acuerdo al modelo de Polinsky y Shavell es socialmente eficiente imponer daños punitivos que corrijan la primera situación, sin que con ello se esté intentando reprocharlo. Véase *Ibíd.*, p. 891 y; COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and economics*. Reading, MA, Editorial Addison Wesley Longman, 2000, pp. 551 y ss.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 890.

Pero la tesis de Polinsky y Shavell no es la única que ha surgido desde el análisis económico del derecho para intentar formular un concepto de los daños punitivos a través de la función que desempeñan en el diseño de un sistema de responsabilidad civil. Robert Cooter, si bien mantiene la posición que sostiene que los daños punitivos son útiles para fines prevencionistas, les atribuye un rol desde una perspectiva diferente. Es la postura denominada daños punitivos por actitudes dolosas. Su tesis se centra principalmente en el contexto de un sistema de responsabilidad por culpa. Como se sabe, dicho sistema fija un estándar de conducta –que el Código Civil chileno denomina “buen padre de familia” y el derecho norteamericano lo conoce como “*reasonable care*”- que constituye un umbral respecto al momento en que se incurre en responsabilidad. Si las reglas de responsabilidad civil exigen un comportamiento *A*, en la medida que el individuo se sitúe en una posición donde su cuidado es igual o mayor a *A*, no será responsable de ninguno de los daños que cause. Si, en cambio, traspasa el umbral *A* –lo que equivale a decir que su cuidado es menor que *A*- el individuo será responsable de todos los daños en los que incurra.¹¹⁷ De acuerdo al funcionamiento económico, traspasar el umbral fijado por el estándar de conducta no trae las mismas consecuencias que cualquier otro movimiento en la curva de costos significaría: tan sólo un aumento marginal. Por el contrario, el umbral de la responsabilidad por culpa fija un punto donde las variaciones implican un salto abrupto en los costos en que un individuo incurre al analizar sus posibilidades de accidentes.¹¹⁸ En ese sentido, para los agentes es más eficiente cumplir con el estándar exigido¹¹⁹ por la ley que incurrir en daños e indemnizarlos.¹²⁰ La pregunta entonces, es acerca de las razones que explican que ocurran los accidentes, considerando que en un sistema por culpa es más barato evitarlos. Cooter cree que las posibles respuestas son principalmente dos. En primer lugar, lo que explica la gran mayoría de las situaciones generadoras de daños es que muchas veces los agentes se sitúan más

¹¹⁷ COOTER, Robert. Economic Analysis of punitive damages. En: POSNER, Richard, Parisi, Francesco. Economic foundations of private law. Cheltenham, UK, ed. Elgar Critical Writings Readers, 2003, p. 640.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 643.

¹¹⁹ Esto es así, en la medida que no haya errores en la fijación del estándar. Es indudable que si el estándar exigido es muy alto, puede ocurrir que sea demasiado costoso alcanzarlo por lo que los incentivos indicarían la conveniencia de dañar y luego indemnizar.

¹²⁰ *Ibíd.*

allá del estándar exigido por descuido.¹²¹ Ello es especialmente posible, dice Cooter, si el estándar norteamericano hace referencia al *reasonable care*.¹²² En términos económicos, infringir el estándar de conducta en forma involuntaria equivale a un “desequilibrio de comportamiento”.¹²³ En el contexto del derecho de daños, lo anterior quiere decir que el autor cree que su actuación es conforme a derecho cuando en verdad no es así, lo que lo lleva a que revise su comportamiento hasta que, en el futuro, compruebe que satisface el modelo legal.¹²⁴ Como en general los incentivos están puestos para que los individuos cumplan con el estándar en vez de dañar, una situación generadora de perjuicios acaecida por el posicionamiento involuntario del victimario más allá del umbral, es solucionable con el otorgamiento de daños compensatorios.¹²⁵ Si un individuo actúa convencido de que lo que está haciendo se ajusta a los márgenes fijados por el derecho, lo común será que su posición efectiva no sea muchísimo más negligente que el estándar.¹²⁶ Por lo mismo, añadir a la condena de daños compensatorios un monto a título de daños punitivos en casos que el incumplimiento del modelo de conducta es involuntario, es ineficiente. Como se dijo, la amenaza de una regla de responsabilidad que obligue a los victimarios a compensar sus acciones si no cumplen con un estándar es un desincentivo suficiente para evitar los accidentes. Agregar a lo anterior montos por daños punitivos sería sumar una segunda razón para cumplir con el derecho, en circunstancias que la primera –los daños compensatorios- ya es suficiente.¹²⁷ Lo anterior implica que los costos de

¹²¹ Esto equivale, excluyendo la culpa grave, a lo que en el derecho chileno conocemos como “ser responsable por culpa”, en un sentido estricto. Es decir, cuando la actuación culpable es el resultado de una (mayor o menor) falta de diligencia.

¹²² *Ibíd.*, p. 646. La inquietud del autor es plenamente aplicable al caso chileno, cuyo estándar de conducta corresponde a un concepto jurídico indeterminado que requiere tanto de la doctrina como de la jurisprudencia para ser dotado de contenido.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 647.

¹²⁶ Como se verá más abajo, esta idea, que en general concuerda con lo que el sentido común indica, tiene una explicación económica.

¹²⁷ *Ibíd.*

evitar lo errores aumenten y que los agentes destinen recursos a ello, sin que sea necesario hacerlo.^{128 129}

Pero el panorama cambia si los individuos que generan los daños lo hacen intencionalmente o, como se conoce en la cultura jurídica chilena, con dolo.¹³⁰ En esa hipótesis, cree Cooter, una condena que mande a pagar daños puramente compensatorios no es suficiente para efectos disuasivos.¹³¹ Es decir, si un agente infringe el estándar de conducta intencionalmente, la amenaza de una regla que lo obligue a responder sólo por los daños reales que causa no es un buen incentivo para que desista su actitud.

Como es muy difícil probar el estado de ánimo de una persona al momento de actuar al margen de los límites impuestos por el modelo de conducta legal, se puede establecer una presunción con fundamento económico para afirmar si hay dolo o simple negligencia. Como se dijo más arriba, cuando un individuo incumple con el nivel de conducta exigido en forma involuntaria, generalmente no se situará muy lejos del estándar. Por el contrario, una buena manera de saber si un agente actuó con dolo es evaluar el grado de incumplimiento de su obligación legal de observar un determinado nivel de conducta, el que comúnmente será alto.¹³²

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ Cooter sostiene que otra forma de argumentar en cuanto a que no corresponde condenar por daños punitivos a aquellos individuos que incurrir involuntariamente en una conducta negligente con consecuencias dañosas es que ello es injusto. El razonamiento sería que no corresponde que el derecho castigue a aquellos que generan perjuicios sin intenciones de hacerlo. Cooter señala que un argumento de ese tipo es importante pero que él no se hará cargo de cuestiones morales. Véase *Ibíd.*

¹³⁰ Es un poco complicado utilizar la expresión dolo para calificar la hipótesis descrita en el contexto del Código Civil chileno. En efecto, el artículo 44 define al dolo como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Si la definición es correcta, sería prácticamente imposible encontrar casos de dolo en el sentido que lo está pensando Cooter, porque exigiría no sólo que el agente traspase el umbral del estándar de conducta en forma consciente sino que además sería necesario que eso lo hiciera con la intención cierta de dañar a sus víctimas. Es decir, no basta con que lo haga en función de sus decisiones racionales comparativas de costos y beneficios. En todo caso, si bien hay autores que sostienen que la definición del Código es demasiado estricta y que una apreciación correcta lleva a aceptar el dolo eventual como una posibilidad reconocida (véase BARROS, ob. cit., p. 80; CORRAL, ob. cit., pp. 209-210), lo cierto es que, como sostiene Barros, desde el momento en que la culpa grave se asemeja al dolo, la discusión pierde en parte su sentido. Para esto último véase BARROS, ob. cit., p. 80.

¹³¹ COOTER, ob. cit., p. 647.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ Y la razón económica de ello es sencilla. Como se dijo, el incremento en los costos por traspasar el umbral del estándar de conducta es particularmente brusco. Pero después de eso, los aumentos vuelven a su dinámica marginal.¹³⁴ Por ejemplo, supongamos que un padre que se transporta en su vehículo puede perderse el matrimonio de su hija. Si el padre respeta los límites de velocidad, no podrá llegar a la ceremonia y sufrirá una pérdida de \$1.000 (que equivale a la valoración dada para el matrimonio). Si circula a sólo un poco de exceso de velocidad, no podrá presenciar gran parte de la boda y perderá \$400. Pero si en cambio sobrepasa los límites de velocidad en forma considerable, se perderá una pequeña parte del matrimonio por lo que sus pérdidas serán sólo de \$300. De acuerdo a las reglas del tránsito, si se sobrepasa el límite de velocidad en sólo un kilómetro por hora, se será responsable por todos los daños cometidos. Es decir, se pasa de ser responsable por \$0 –ya que, si se cumple con el modelo de conducta, aunque se generen perjuicios, no habrá responsabilidad- a ser responsable por \$500. Pero lo que demuestra el razonamiento económico es que, si ya se decidió infringir el estándar de conducta, un incremento en la infracción en las reglas del tránsito se reflejará sólo marginalmente en los daños a pagar. Así, si se decide ir muchísimo más rápido, la responsabilidad será sólo de \$550 – donde los \$50 extra representan el aumento en las probabilidades de accidente-. Por lo tanto, para el padre será más eficiente circular a un exceso de velocidad alto y, eventualmente responder por daños evaluados en \$550, además de una pérdida del matrimonio equivalente a \$300, que respetar el límite de velocidad y perderse toda la ceremonia evaluada en \$1.000.¹³⁵ En otras palabras, el padre tendrá incentivos para infringir ampliamente el estándar de conducta que para cumplirlo o infringirlo sólo un poco.

Lo anterior puede solucionarse con un mecanismo basado en el otorgamiento de daños punitivos. Si se condena a victimarios que voluntariamente desconocieron el nivel de conducta que les exige el derecho al pago de montos superiores a los daños compensatorios, será posible

¹³³ El derecho chileno ya había desarrollado la fórmula de Cooter hace ciento cincuenta años atrás al asimilar la culpa grave al dolo. En ese sentido, el funcionamiento ideado por Bello no es sólo un buen mecanismo de flexibilización de la dura exigencia del Código para que se dé por probado el dolo propiamente tal, sino que también es una cuestión con un claro fundamento económico.

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 648.

volver a una situación donde cumplir con el estándar minimiza los costos de los agentes.¹³⁶ En todo caso, y como una muestra de que la tesis de Cooter no busca condenar al pago de daños punitivos como una forma de castigo, él sostiene que las conductas intencionales deben ser desincentivadas sólo en la medida que sus costos sean superiores a sus beneficios.¹³⁷ Si de una conducta intencional un agente obtiene un placer que no es traspasable al bienestar de la sociedad, debe haber condenas que busquen desincentivarlas. Pero si de una conducta que intencionalmente infringe el modelo legal de conducta se obtienen beneficios sociales, el derecho no debe responder con métodos disuasivos.¹³⁸ Es lo que ocurre cuando una persona perdida en el desierto entra por la fuerza a un lugar de abastecimiento para evitar morir de hambre.^{139 140}

Hasta ahora se ha visto que la tesis de Cooter asume como un presupuesto la existencia de una regla de responsabilidad por culpa. La posibilidad de que se dicte una condena por daños punitivos exige la presencia de un umbral que aumente los costos abruptamente, cuestión que está dada por el estándar de conducta fijado por ley, que determina la concurrencia de responsabilidad. Ahora bien, eso no significa, según sostiene Cooter, que las condenas por daños punitivos deban desecharse en aquellos casos donde rige un sistema de responsabilidad estricta. Dos son las hipótesis. En primer lugar, ocurre que en ciertas oportunidades la responsabilidad civil que se sigue de determinada acción está acompañada de consecuencias penales. Sin embargo, a veces es necesario que la acción que desencadena ambos sistemas sea de cierta intensidad para que el individuo que la realizó pase de la primera responsabilidad –la civil- a la segunda –la de tipo penal-. Si A choca el automóvil de B por actuar en forma descuidada¹⁴¹ y los

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 650.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ Nótese que si bien Cooter da un ejemplo, el análisis económico del derecho como método de estudio de las instituciones legales no reclama para sí –al menos no en todas sus versiones- la definición de aquellas situaciones que pueden ser consideradas como productoras de beneficios superiores a los costos en el sentido arriba explicado. Y eso es así porque, como en el ejemplo, gran parte de esos casos están dominados por una discusión acerca de su justicia o injusticia.

¹⁴¹ Si bien en el ejemplo se asume una regla de responsabilidad por culpa, conceptualmente es igualmente útil para explicar el argumento de Cooter.

daños son sólo sobre el vehículo, es probable que la responsabilidad de A sea sólo civil. Si, en cambio, bajo los mismos supuestos de negligencia, tras el choque B muere, A corre un serio riesgo de ser condenado por cuasidelito de homicidio. La tesis de Cooter es que en un caso de responsabilidad estricta que igualmente puede significar consecuencias criminales, como el umbral de aumento abrupto de costos no puede ser un estándar de cuidado, ese papel lo desempeña la amenaza de responsabilidad penal.¹⁴² Si el agente pasa el punto donde era inmune al sistema penal, sus costos aumentan velozmente, para luego comenzar a hacerlo en términos marginales. En esos casos, sostiene Cooter, es eficiente la condena por daños punitivos. La segunda hipótesis donde a pesar de existir un sistema de responsabilidad estricta es procedente la condena por daños punitivos es en la elaboración de productos defectuosos.¹⁴³ De acuerdo a dicho sistema, para que un consumidor pueda obtener una indemnización compensatoria por esta materia no es necesario que pruebe la culpa del fabricante sino sólo que el daño causado es consecuencia de la manipulación del producto en mal estado. Pero si quiere agregar un monto a título de daños punitivos, el modelo económico de Cooter exige la prueba de la intención del productor.¹⁴⁴ Si no se exigiera esa intención, el productor tomaría precauciones excesivas. Pero si se prueba su actitud dolosa, se logrará aumentar los costos hasta un nivel en que la prevención es más eficiente.

Por lo tanto, en función de estas dos grandes categorías que pretenden dar cuenta del fenómeno de los daños punitivos se pueden formular igual cantidad de conceptos. Si se atiende a la primera de las explicaciones –los *punitive damages* en un sentido tradicional–, el concepto de los daños punitivos podrían definirse como la suma a título de indemnización, superior al monto de los daños compensatorios, que se otorga como un castigo al demandado por su actitud particularmente reprochable. Si en cambio se siguen las tesis formuladas por el análisis económico del derecho, la definición diría que los daños punitivos son montos superiores a los daños compensatorios, que se otorgan, ya sea para solucionar las posibilidades de escapar a la responsabilidad, o para corregir las imperfecciones que un sistema puramente compensatorio

¹⁴² *Ibíd.*, p. 656.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

deja al descubierto bajo un sistema de responsabilidad por culpa, en lo que dice relación con las decisiones de los agentes en función de sus curvas de costos.

2.3 Finalidad de los daños punitivos como forma de indemnización

La justificación de la adopción de los daños punitivos requiere una pregunta previa. Deben establecerse primeramente cuáles son los fines a los que apunta la institución para luego analizar si son esos fines socialmente deseables.

Edward Kionka nombra como finalidades expuestas para justificar los daños punitivos, las siguientes: Primero, constituyen un incentivo para demandar. A través de la expectativa de obtener montos indemnizatorios por conceptos de daños punitivos, entonces, la víctima se ve motivada a iniciar un juicio.¹⁴⁵ Especialmente, dice el autor, en los casos en que el daño efectivamente causado, reparado mediante sumas compensatorias, es considerablemente bajo, de tal manera que recuperarlo sea costoso.¹⁴⁶ Un segundo elemento apunta a lo que tradicionalmente se ha dicho. Los *punitive damages* son una manera de castigar al victimario. Cabe destacar, en todo caso, que Kionka agrega que los daños punitivos no son un castigo cualquiera; pretenden alcanzar aquellas esferas que el derecho penal no logra cubrir. Ello permite concluir, por lo tanto, que de acuerdo a Kionka los daños punitivos no son incompatibles con, por ejemplo, multas penales. Lo anterior es sumamente importante, especialmente cuando se trata de analizar una de las principales críticas a esta institución del derecho, a saber, que no existen razones para que el destinatario de los montos por daños punitivos sea la víctima y no el Estado, lo que significaría contar con un sistema de multas.¹⁴⁷

Un tercer elemento, en tanto, que justifica la adopción de daños punitivos es que a través de ellos se logra compensar daños que en verdad no logran ser abarcados por los montos que habitualmente se mandan a pagar.¹⁴⁸ Kionka enumera, a modo ejemplar, sentimientos heridos,

¹⁴⁵ KIONKA, ob. cit., p. 317.

¹⁴⁶ Este argumento también se esgrime al momento de justificar las acciones de clase.

¹⁴⁷ Sobre las críticas a los daños punitivos se volverá en el capítulo V de la memoria.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

honorarios de los abogados, otros gastos procesales, etc.¹⁴⁹ En ese sentido, los daños punitivos serían un ajuste de lo que efectivamente son los daños compensatorios y en términos reales seguirían siendo de naturaleza compensatoria. Entonces, los montos por este concepto no podrían exceder aquello que, teóricamente y de acuerdo a la apreciación del juez, implique lo que verdaderamente corresponde a resarcimiento. Finalmente, el último elemento que enumera el autor corresponde a uno de carácter económico. Kionka escribe que de los daños punitivos se ha dicho que son el único medio efectivo que permite encarecer conductas socialmente indeseables ya que la realización de ellas, y el posterior pago por daño continúa siendo una situación eficiente. En otras palabras, a través de los daños punitivos se hace más caro realizar ciertas acciones, lo que desincentivaría su ocurrencia.¹⁵⁰

Pablo Salvador, uno de los teóricos españoles que más tiempo ha dedicado a reflexionar acerca de los daños punitivos, explica las distintas funciones que pueden atribuirse a los daños punitivos y las contrasta con la tradición continental. Sostiene que la visión habitual que se tiene respecto a este tema es que, como un juez civil, en el derecho continental, no está facultado para condenar al victimario a desembolsar, a título de indemnización, un monto superior a los daños que efectivamente causó, se concluye que la institución de los daños punitivos es ajena a dicha cultura jurídica.¹⁵¹ A pesar de eso, afirma Salvador, existen ciertas hipótesis que ponen en duda el razonamiento anterior. Es posible encontrar ejemplos en países de tradición civil donde el causante de un daño debe indemnizar por un monto superior al equivalente de los perjuicios.¹⁵² En España, por ejemplo, todas las prestaciones a que tiene derecho un trabajador que sufre un

¹⁴⁹ Este argumento cobra especial importancia en el sistema estadounidense ya que en él no siempre es condenado a pagar las costas del juicio el derrotado. Como se ve, la tesis es relevante si se analiza desde una perspectiva práctica que apunte a la realidad que se observa en tribunales y en general entre los distintos operadores del sistema. Por lo mismo, si el argumento se analiza desde una perspectiva puramente teórica carece de interés, ya que de acuerdo al principio de reparación integral del daño corresponde indemnizar todos los costos que provengan del accidente –entendiendo por costo, claro está, únicamente lo que corresponde a daño indemnizable- incluidos aquellos que se denominan costos de administración representados por, en este caso, los honorarios de los abogados.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ SALVADOR, *ob. cit.*, p. 3.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 4. Como se verá, en Chile hay casos que apuntan en el mismo sentido.

accidente laboral o una enfermedad profesional pueden ser incrementadas entre un 30% y un 50% si se cumplen ciertos requisitos.¹⁵³ En Alemania, igualmente, ciertas infracciones a los derechos de propiedad intelectual pueden traer como consecuencia una indemnización por el doble de los daños compensatorios correspondientes.¹⁵⁴ Y en Francia, cita Salvador, el juez puede imponer al deudor en mora una multa pecuniaria, cuyo beneficiario es el acreedor, por cada día de retraso.¹⁵⁵ Si bien estos no son casos genuinos de daños punitivos, continúa el autor, sí comparten la característica principal que se esgrime para justificar la incompatibilidad con la tradición continental, a saber, que el monto recibido por la víctima es superior a los daños que ella efectivamente sufre.

Pablo Salvador da algunas referencias sobre las distintas finalidades que se le han intentado adjudicar a los daños punitivos. De acuerdo a algunos autores los daños punitivos son un mecanismo de prevención por un lado, y castigo y enseñanza por otro.¹⁵⁶ Esa es la tesis que comparte Salvador. El problema, cree él, es que ciertas resoluciones judiciales y posiciones doctrinales han puesto un énfasis exagerado en una finalidad y olvidado otras. En *BMW v. Gore* se condenó al pago de un monto quinientas veces superior a los daños compensatorios.¹⁵⁷ Como ello no tenía ningún sentido –de hecho, la Suprema Corte Federal consideró que era una condena “excesiva y desproporcionada”- quedó de manifiesto la intención sancionatoria y ejemplificadota que había detrás de la resolución. En la vereda opuesta, continúa Salvador, se encuentran las posiciones del análisis económico del derecho, principalmente la defendida por Steven Shavell y Mitchell Polinsky.¹⁵⁸ Estos autores, como se vio más arriba, han construido un modelo normativo capaz de dar pautas para el otorgamiento de daños punitivos, centrado exclusivamente en la idea de prevención.¹⁵⁹ ¹⁶⁰ La tesis principal de Polinsky y Shavell es, una vez más, que si lo

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 10.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ POLINSKY y SHAVELL, *ob. cit.*, pp. 869-962.

¹⁵⁹ SALVADOR, *ob. cit.*, p. 10.

que se busca a través de los daños punitivos es conseguir niveles adecuados de prevención, ellos sólo deben ser otorgados si los demandados tienen la posibilidad de evitar responder por el daño causado.¹⁶¹ Ese paradigma supone rechazar cualquier función sancionatoria de la institución, lo cual supone dejar de lado la reprochabilidad de la conducta del victimario como cuestión relevante a la hora de fijar los montos de los daños punitivos.¹⁶²

La conclusión final de Salvador es que el problema de los civilistas es que tienden a relacionar los daños punitivos únicamente con su función sancionatoria, olvidando sus finalidades preventivas y simbólicas. Rechazar la primera, no debe significar oponerse a las otras dos.¹⁶³

Como se ve, los autores numeran una serie de ideas que describen la finalidad de los daños punitivos. En este trabajo, en tanto, se intentará establecer que para los efectos que se sugiere que es necesario el establecimiento de los daños punitivos, su justificación y finalidad son únicamente prevención. Pero no es prevención como resultado de una pena. Es decir, el efecto disuasivo no es una consecuencia de la reacción de los agentes a la amenaza de los castigos. Si así fuera, sostener que los daños punitivos no buscan castigar sino sólo prevenir sería tautológico por cuanto prevenir sería la consecuencia necesaria de castigar. Como se anotó más arriba, en materia de responsabilidad civil, los daños compensatorios son suficientemente disuasivos si operan en forma perfecta, esto es, que el victimario no pueda escapar a la responsabilidad. Cuando no se cumple esta hipótesis –es decir, cuando el victimario tiene posibilidades de escapar a la responsabilidad- es necesario otorgar daños punitivos porque de esa manera se vuelve al nivel adecuado de prevención que en un principio garantizaban los daños puramente compensatorios. En consecuencia, lo que justifica la adopción de la institución que aquí se

¹⁶⁰ Que dos autores reconocidos dentro de los círculos del análisis económico del derecho centren la investigación de una institución jurídica como los daños punitivos desde un enfoque prevenciónista no debiera parecer extraño. En realidad, hablar de (adecuada) prevención en este contexto es sólo una reformulación del análisis a partir de los incentivos y la eficiencia que suele caracterizar los trabajos del mundo del *Law & Economics*.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.*, p. 11.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 14.

analiza es que, en la medida que se den ciertos supuestos fácticos –que son las imperfecciones de un sistema puramente compensatorio-, a través de ella, en aquellas actividades donde es posible escapar a la responsabilidad, se fijará el precio real que debe pagarse por incurrir en daños.

Como se verá más adelante, la tesis de Cooter, si bien cuenta con una justificación económica, no explica a los daños punitivos como una institución propia de la responsabilidad civil –como sí lo hacen Polinsky y Shavell-, sino que replantea el sentido del castigo, manteniendo la prevención en el sentido de la pena.¹⁶⁴ Paradigmático es el caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.* Se trataba de una niña que sufrió un accidente al incendiarse un vehículo Ford Pinto. Se probó luego que lo que motivó el incendio fue una grave deficiencia del tanque de bencina del automóvil, situación que era conocida por la empresa demandada. El análisis que ella realizó –racional y lógico desde una perspectiva económica- fue que le era más barato, considerando posibilidades de accidentes y eventuales daños, mantener los vehículos en el mercado e indemnizar a las potenciales víctimas que retirarlos todos, repararlos y luego devolverlos a sus dueños. Frente a esto, se condenó al pago no sólo de daños compensatorios sino que además, al de daños punitivos.¹⁶⁵ Como se ve, en *Grimshaw* se cumplen todas las características descritas por Cooter que confirman el funcionamiento económico de los *punitive damages* en su versión preventiva de actitudes dolosas. Primero, son otorgados sólo en casos de infracción intencional del estándar de conducta; segundo, dicho estándar no es respetado por un amplio margen; y tercero, el monto por el cual se condena es elevado.¹⁶⁶ Si el victimario hubiese sabido de la

¹⁶⁴ Para una explicación extensa de este punto véase el capítulo IV.

¹⁶⁵ TRIGO, ob. cit., p. 84.

¹⁶⁶ La fijación de los montos por conceptos de daños punitivos es un problema ampliamente discutido en Estados Unidos. Allí, la situación es particularmente complicada por cuanto los que determinan las cantidades de dinero finales son los jurados. Sin ir más lejos, en *Grimshaw*, el jurado condenó por daños compensatorios a un total de us\$ 2.516.000 y por daños punitivos a us\$ 125 millones (véase KEETON, SARGENTICH y KEATING, ob. cit.). El análisis económico no sólo ha formulado pautas que ayuden a clarificar la finalidad y justificación de los daños punitivos, como se ha visto, sino que además ha ofrecido un mecanismo matemático tendiente a señalar con claridad la proporción entre los daños compensatorios y los daños punitivos. Para la tesis de los daños punitivos como corrección al escape a la responsabilidad, véase POLINSKY y SHAVELL, ob. cit., pp. 957 ss. Para la tesis de los daños punitivos por actitudes dolosas, véase COOTER, ob. cit., pp. 660 ss. Para una crítica a la manera en que los jurados otorgan daños punitivos en relación con los daños compensatorios véase PRIEST, George. La reforma del régimen de daños punitivos: el caso de Alabama. En: Rosenkrantz, Carlos (compilador). La responsabilidad extracontractual. Barcelona, editorial Gedisa, 2005; PRIEST, George. Introduction. En: Sunstein, Cass;

posibilidad de pagar daños punitivos y hubiese actuado de la misma forma que lo hizo cuando decidió mantener los vehículos en el mercado –esto es, racionalmente- es muy probable que hubiese decidido retirar los vehículos y repararlos.¹⁶⁷ Si se mira con atención, no hay mucha diferencia entre un castigo y los daños punitivos en este último sentido. Lo que hace Cooter es dar una explicación refinada de un castigo, utilizando para ello conceptos económicos. La razón por la que se descartará la tesis económica de Cooter y se aceptará la de Polinsky y Shavell es que, mientras la primera sólo da una explicación económica aplicable a cualquier pena entendida como un nuevo costo a considerar, la segunda entiende a los *punitive damages* de acuerdo a una lógica que se mantiene dentro de los márgenes de la responsabilidad civil general, según la cual es socialmente eficiente igualar los montos indemnizatorios al daño causado.

En este sentido, si bien el nombre de la institución hace pensar inmediatamente en una pena, los daños punitivos no requieren ser entendidos como tal. La advertencia de Polinsky y Shavell cobra vigencia.¹⁶⁸ Sin embargo, Cooter hace un interesante paralelo en el que relaciona las finalidades tradicionales de la institución con las características que él le atribuye, concluyendo que hay ocasiones en que convergen, lo que al menos en términos teóricos, es sólo anecdótico. Como se vio, una cuestión que el modelo de Cooter exige es que los daños punitivos sean otorgados para faltas intencionales y se eviten para aquellas que son casuales. En ese sentido, el autor afirma que es razonable sostener que en general, no es justo que se castigue a alguien que hizo algo sin intención, y sí es justo castigar a quien actuó conscientemente con maldad.¹⁶⁹ En este punto, el modelo económico de los daños punitivos coincidiría con la tradicional finalidad atribuida a ellos de castigar. Pero por el contrario, si la intención de los daños punitivos es cubrir verdaderamente aquellos costos que no son reparados por los daños compensatorios, entonces la exigencia de una actitud dolosa carece de sentido.¹⁷⁰ En segundo lugar, Cooter cree,

Reid, Hastie; Payne, Jhon; Schkade, David y; Viscusi, Kip. *Punitive damages. How juries decide.* Chicago, University of Chicago Press, 2003.

¹⁶⁷ Esa actuación racional contempla, o debiera contemplar un análisis de las posibilidades que se dé por probado el conocimiento del victimario del desperfecto que finalmente es lo que motiva la condena al pago de daños punitivos.

¹⁶⁸ Véase nota al pie 107.

¹⁶⁹ COOTER, ob. cit., p. 651.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

equivocadamente a mi juicio, que la exigencia de su modelo en cuanto a que los daños punitivos sean otorgados sólo para casos en que el umbral fijado por el estándar de conducta es sobrepasado en forma considerable es concordante con la finalidad castigadora, ya que el citado requisito puede ser visto como una garantía hacia los errores que el procedimiento civil puede cometer, en contraste con el sistema procesal penal.¹⁷¹ La razón por la que me parece que Cooter se equivoca es que no hay un vínculo causal entre la magnitud de la infracción con las garantías ofrecidas por el procedimiento. Si es cierto que el sistema procesal civil tiene errores, no hay cómo concluir que una garantía frente a ellos es que el victimario haya cometido una falta especialmente grave. El aumento de la gravedad no flexibiliza la exigencia probatoria que recae sobre el Estado.

Por último, el autor sostiene que la finalidad castigadora es consistente con la característica de su modelo que exige que las condenas por daños punitivos sean altas. Como las acciones dolosas son moralmente peores que las meramente negligentes, es necesario aumentar el castigo a las primeras. Pero si lo que se busca es compensar a la víctima plenamente, no hay ningún fundamento para defender *a priori* la exigencia hecha por Cooter.¹⁷²

Cabe advertir que la comparación de Cooter entre su tesis y la denominada tradicional tiene éxito porque, en gran medida y como ya se advirtió, es sólo una reformulación económica de cualquier pena. Como se verá en el capítulo IV, lo que caracteriza tanto a la tesis de Cooter como a la tradicional es que ambas crean costos para que actividades indeseables que en principio eran beneficiosas se tornen perjudiciales para quienes las realicen. Por otro lado, el argumento de Polinsky y Shavell es que los daños punitivos son un buen mecanismo de prevención en el contexto que lo es la responsabilidad civil general, ya que no crean nuevos costos sino que atribuyen los ya generados a quienes los produjeron y que por diversas razones lograron evitar pagar por ellos en un primer momento.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

2.4 El análisis económico del derecho

Como se vio, dos de las principales descripciones generales de los daños punitivos encuentran su fundamento en conceptos económicos. Tanto la tesis de Polinsky y Shavell como la de Cooter surgen de la escuela del análisis económico del derecho. Como se verá en el capítulo IV, la tesis de esta memoria se inclina por una interpretación de los daños punitivos enmarcada en este contexto, específicamente siguiendo la tesis de Polinsky y Shavell y descartando la de Cooter. Es decir, los daños punitivos son pertinentes porque confirman el carácter preventivo del sistema de la responsabilidad civil en general. En ese sentido, su función sancionatoria no sólo puede sino debe ser excluida. Si eso es así, gran parte de las críticas pierden sentido ya que equivocan su objetivo.

La legitimidad y pertinencia de sus métodos de estudio han sido ampliamente discutidas en la literatura jurídica. Richard Posner es probablemente uno de los autores que con más entusiasmo ha defendido la aplicación del análisis económico del derecho a la reflexión acerca de las distintas instituciones jurídicas. El autor defiende la autonomía moral de las ideas del análisis económico en relación con el utilitarismo como corriente de pensamiento filosófica.¹⁷³ Sostiene que, mientras el utilitarismo vela por el aumento de la felicidad es una sociedad dada, el análisis económico centra su atención en el aumento de la riqueza.¹⁷⁴ Y por riqueza, señala Posner, se debe entender el valor en dinero o equivalente en dinero de cuánto hay en la sociedad.¹⁷⁵ En ese sentido, la única categoría de preferencias que vale es aquella que está respaldada por dinero o que, en otras palabras, se registra en un mercado.¹⁷⁶ Pero Posner se apura en aclarar que el citado mercado no debe ser necesariamente real. En efecto, cuando los costos de transacción son altos lo que hacen las reglas de responsabilidad es generar mercados hipotéticos. Es especialmente en estos últimos donde es más evidente la posibilidad de encontrar diferencias sustanciales entre el

¹⁷³ POSNER, Richard. Utilitarismo, economía y teoría del derecho. Estudios Públicos. 69: 1998, p. 227 ss.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 229.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 228.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

aumento de la felicidad como presupuesto del utilitarismo y la maximización de la riqueza como concepto ético.¹⁷⁷

Ronald Dworkin se ha encargado de criticar las tesis de Posner cuestionando la idea de que maximizar la riqueza sea un valor. El autor sostiene que si el análisis económico pretende defender que eso es así, entonces debe demostrar por qué una sociedad con más riqueza es, en función de esa razón, una sociedad mejor que una que tiene menos riqueza.¹⁷⁸ Una posible respuesta, dice Dworkin, es señalar que la riqueza es en sí misma un valor. Si eso es correcto, un cambio en una sociedad determinada que trae consigo mayor riqueza debe representar un aumento en el valor de esa sociedad.¹⁷⁹ Dworkin piensa que eso no es así y cita un ejemplo: supóngase que A posee un libro que quiere B. A está dispuesto a vendérselo a B en \$2 y B está dispuesto a pagar por él \$3. Un tribunal obliga a A a transferir el libro a B, a cambio de nada. La orden del tribunal significó un ahorro en los costos de transacción en que habrían incurrido ambas partes si se hubiesen sentado a negociar sobre el precio final del libro. Es decir, en el supuesto de Dworkin, el estado de cosas posterior a la orden del tribunal es mayor en términos de riqueza que la primera, aun cuando B se quedó sin compensación alguna por un libro que valoraba.¹⁸⁰ Nadie diría, piensa Dworkin, que la segunda situación es moralmente mejor que la primera.¹⁸¹ El autor revisa otras posturas, distintas a las que sostienen que la riqueza es un valor en sí mismo, que permiten justificar que ella es deseable en términos morales.¹⁸² Si bien no es

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 229. La formulación inicial de los problemas generados por costos de transacción altos en las relaciones entre particulares en mercados reales fue hecha por el Premio Nóbel Ronald Coase y puede verse en COASE, Ronald. El problema del costo social. *Estudios Públicos* 45:1992; Igualmente, para un análisis de las situaciones donde es conveniente regular a través de reglas de responsabilidad, de propiedad o de alienabilidad véase CALABRESI, Guido, MELAMED, Douglas. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de alienabilidad: una vista de la catedral. *Estudios Públicos* 63:1996.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. ¿Es la riqueza un valor? *Estudios Públicos* 69: 1998, p. 266.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 267.

¹⁸¹ Dworkin analiza posibles refutaciones a su ejemplo, por lo que lo va perfeccionando hasta un punto en que, según él, resulte natural concluir que la riqueza no es un valor en sí mismo y que ese no puede ser el sustento del análisis económico del derecho. Por el contexto de este trabajo, no es necesario revisar exhaustivamente la complejización del ejemplo. En todo caso, puede verse *Ibíd.*, pp. 268-270.

¹⁸² Los argumentos que desvirtúan la posición que sostiene que la riqueza es buena porque es instrumental a otros componentes que son valores en sí mismos, en todas sus variaciones, en *Ibíd.*, pp. 276 ss.

necesario analizar cada una de ellas detalladamente para los propósitos de este trabajo, Dworkin concluye que las fallas del análisis económico en su pretensión normativa son tan severas que cualquier intención descriptiva está condenada al fracaso.^{183 184}

Desde luego, este trabajo no aspira a ser una defensa del análisis económico del derecho como una corriente de pensamiento dentro de la filosofía moral. Es más, no es necesario suponer que ello es así para compartir las ideas centrales que aquí se ofrecen. Por lo mismo, expondré algunas cuestiones generales del análisis económico “aplicado” que sirvan de orientación en lo que sea pertinente.¹⁸⁵

Históricamente, la relación entre el derecho y la economía se ha dado en campos donde su convergencia es inevitable. La economía requirió –y lo sigue haciendo- de normas que consoliden regulaciones en áreas como la libre competencia, determinados servicios públicos, impuestos, etc.¹⁸⁶ Esa situación cambió con la publicación de un artículo¹⁸⁷ cuyo mérito fue introducir el análisis económico en instituciones tradicionales del derecho.¹⁸⁸ Dicho análisis consiste en la introducción de conceptos microeconómicos como incentivos, externalidades, costos marginales, beneficios marginales, etc., a principalmente dos áreas. De la primera cuestión que se hace cargo es la formulación de respuesta a preguntas que tradicionalmente se han hecho los abogados respecto a cómo reaccionan las personas a las sanciones y consecuencias que impone el derecho.¹⁸⁹ Esas respuestas pretenden superar la intuición y constituir una teoría

¹⁸³ *Ibíd.*, pp. 293 ss.

¹⁸⁴ Otra crítica, a partir de las formulaciones del análisis económico como modelo normativo hechas por Louis Kaplow y Steven Shavell puede verse en COLEMAN, Jules. *Los fundamentos del bienestar Derecho y Humanidades* 10: 2004.

¹⁸⁵ En lo que sigue, me basaré en el libro COOTER y ULEN, *ob. cit.* Una versión en castellano en COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1998.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 1.

¹⁸⁷ COASE, *ob. cit.*

¹⁸⁸ COOTER y ULEN, *ob. cit.*, p. 2.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 3.

con arraigo científico acerca del comportamiento de los individuos de tal forma que se puedan prever sus reacciones a los cambios legales.¹⁹⁰ Esto es lo que podría denominarse el aspecto descriptivo del análisis económico. El segundo campo donde el *Law & Economics* tiene algo que decir es en la evaluación normativa de las instituciones jurídicas.¹⁹¹ Si las normas jurídicas buscan metas, es necesario desarrollar un mecanismo que sea capaz de descifrar los efectos de esas normas para que a partir de ahí se pueda concluir si las metas iniciales se cumplen o no. El análisis económico pretende cumplir esa función. Reflexiona sobre los efectos de las reglas en función de la eficiencia.¹⁹² Con un método científico, pone al descubierto en qué casos el desarrollo de una institución legal trae demasiados costos y ofrece alternativas para que esos costos puedan reducirse en pos del beneficio. Si bien es cierto que en este sentido es posible constatar una pretensión descriptiva, lo cierto es que es poco factible encontrar un economista que crea que una situación ineficiente es mejor que una que no lo es. Por lo mismo, es razonable sostener que cuando el análisis económico evalúa si una institución dada es eficiente o no, lo hace con pretensiones normativas. Es decir, el economista explicará y recomendará la adopción o modificación de una institución en función de la eficiencia.

Visto lo anterior, la evaluación que se pueda hacer de los daños punitivos en función del análisis económico no es menor. La tesis de esta memoria es que en función de conceptos económicos la adopción por parte del derecho chileno de los daños punitivos es recomendable en ciertos casos. Hay ocasiones –como enseñaron más arriba Polinsky y Shavell, por una parte, y Cooter, por otra- que la eficiencia *exige* que las condenas indemnizatorias superen los daños efectivamente causados. Además, parece ser que sólo desde una perspectiva económica se logran superar las críticas que se enfocan en la finalidad castigadora de los *punitive damages*, porque

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Los profesores que enseñan análisis económico del derecho insisten en sostener que su rama es capaz de entregar herramientas útiles para evaluar la conveniencia de *cualquier* institución jurídica. No pretendo revisar aquí si eso es plausible o no por cuanto ello constituiría una defensa o ataque a los fundamentos del análisis económico que no me interesa realizar. Por lo mismo, lo que la tesis asume es que cuando se trata de instituciones con consecuencias patrimoniales más o menos directas, como el derecho privado y más especialmente, el derecho de la responsabilidad civil, las premisas conceptuales del análisis económico son relevantes.

¹⁹² *Ibid.*, p. 4.

sólo así se demuestra que la única finalidad relevante es la prevención. De la misma manera, las aprensiones que se tienen sobre su relación con los sistemas de la tradición civil y las objeciones de constitucionalidad, entre otras, pierden sentido al aceptar y comprender el contenido económico que está detrás de la institución, especialmente si se entiende en el sentido que lo hacen Polinsky y Shavell, no porque se sostenga que el análisis económico tiene un estatus moral que lo hace inmune a las críticas, sino porque los blancos de objeción se esfuman al asumir el fundamento económico.

Es en este sentido que las preguntas clásicas como cuál es el concepto de daños punitivos, cuál es su naturaleza, posibles clasificaciones y otras cuestiones tradicionales que se toman en consideración cuando se analizan las diferentes instituciones del derecho civil, son irrelevantes o, a lo sumo, mantienen sólo un interés pedagógico.¹⁹³

Si bien es cierto se advirtió que la pregunta por la relación entre la justicia y la eficiencia no podía ser respondida acá, es bueno advertir que las ideas que defiende la tesis central de esta memoria no requieren, a mi juicio, que se transe una por la otra. Es más, una gran parte de las soluciones que ofrecen los daños punitivos parecen ser armónicas con principios básicos de justicia.

¹⁹³ En este aspecto, comparto el análisis que hace Carlos Peña respecto de cuál debe ser la función de los civilistas en el desarrollo de su dogmática, especialmente en lo que se refiere a la orientación a las consecuencias y no a los conceptos. Véase PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil. Estudios Públicos. 60: 1995, p. 327.

LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO CHILENO

3.1 Desarrollo doctrinario de los daños punitivos en Chile

En general, el desarrollo doctrinario acerca de los daños punitivos en Chile no es muy amplio. El tema en realidad no ha estado en el seno de la discusión de los civilistas, salvo unas cuantas excepciones.

Alejandro Alarcón en su memoria de licenciatura –la que constituye uno de los pocos estudios sistemáticos que se ha hecho en el mundo académico en Chile sobre estas cuestiones-, a propósito de un tema más amplio como es la pena privada, dedica un capítulo a los daños punitivos.¹⁹⁴ Para referirse a ellos, el autor los denomina pena privada en sentido amplio.¹⁹⁵ A diferencia de la pena privada en sentido estricto –que se caracteriza por el hecho que, además de reparar el daño causado, se propone infringir un castigo al victimario, que se justifica en la gravedad de su conducta o en su mala fe-¹⁹⁶, la pena privada en sentido amplio no tiene una acogida legal expresa.¹⁹⁷ Señala además, que ese hecho ha dificultado su aplicación. En ese sentido, la mayoría de la doctrina se ha pronunciado contraria a la posibilidad de incluir ideas relacionadas con el mundo del derecho penal al sistema de responsabilidad vigente, basada principalmente en la concepción que apunta a distinguir claramente entre la función reparatoria del derecho con la sancionatoria, agregando que cuando se trata de responsabilidad civil, sólo se puede atender a la primera de dichas funciones.¹⁹⁸

¹⁹⁴ALARCÓN, Alejandro. La pena privada. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, 2002, p. 58.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ Algunos ejemplos de lo que Alarcón entiende por pena privada en sentido estricto se verán más adelante.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

Alarcón enumera una serie de finalidades atribuidas a los *punitive damages* que, según el autor, comparten tanto la doctrina como la jurisprudencia. En primer lugar, señala que los daños punitivos buscan sancionar graves conductas. Esa sería una de las razones, según sostiene, por la que es posible establecer montos indemnizatorios que superen lo estrictamente reparatorio. Como se trata de una función punitiva, no son suficientes los requisitos impuestos para que proceda la responsabilidad civil general. Es necesario que los ilícitos sean de una gravedad considerable donde la reparación, cree el autor, sea insuficiente para contrarrestar los efectos de la acción dañosa.¹⁹⁹ Alarcón también nombra como una de las finalidades de los daños punitivos la prevención. En ese sentido, la condena que ordena pagar una indemnización por concepto de daños punitivos a un determinado autor, desalentará al resto de los potenciales victimarios que realicen conductas similares a la sancionada.²⁰⁰ Pero el razonamiento de Alarcón tiene una particularidad. Señala que la finalidad prevencionista está estrechamente ligada a la punitiva. En ese sentido, su argumento es que todos los castigos, incluidos los daños punitivos, tienen como objeto disuadir a otros a que incurran en la misma conducta.²⁰¹ Alarcón, entonces, está tomando partido por la prevención general en la pregunta que se hacen los penalistas acerca de la finalidad de la pena. Si eso es así, la prevención no es una finalidad en sí misma sino que es una consecuencia de la concepción de los daños punitivos como un castigo.²⁰²

La tesis de Alarcón, no obstante, es que el argumento dado por la doctrina no es suficiente para rechazar de plano la aplicación de montos indemnizatorios que superen el daño efectivamente sufrido por la víctima. Según cree, en la medida que al derecho privado también le corresponda cumplir un rol preventivo, es necesaria la imposición de penas privadas capaces de dismantelar completamente los efectos de ilícitos particularmente reprochables.²⁰³ Pero el

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 62.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 63.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² He querido llamar la atención en este punto porque la tesis que defiende esta memoria es justamente lo contrario. Es decir, que la finalidad prevencionista de los daños punitivos está dada por la que es propia de la responsabilidad civil en general, según la cual es socialmente óptimo igualar las indemnizaciones a los daños causados. El desarrollo completo de este argumento se encuentra en el capítulo IV.

²⁰³ *Ibíd.*

argumento de Alarcón es confuso ya que no distingue entre la función preventiva de la responsabilidad civil propiamente tal y la que cierta corriente de pensamiento en la doctrina penal atribuye a la pena. Como se dijo más arriba, si la tesis que asigna a los daños punitivos una función disuasiva, lo hace porque ello es consecuencia de la naturaleza sancionatoria de la institución, entonces no le está reconociendo un sentido preventivo en los términos que se hace con la responsabilidad civil general; y no habría diferencia sustantiva entre sanción y prevención. Por el contrario, el argumento que aquí se defiende es que el rol disuasivo de los daños punitivos se enmarca en los límites de la responsabilidad civil y no es consecuencia de la concepción de ellos como sanción. Que la intuición lleve a concluir que los daños punitivos coinciden con un castigo, en el sentido que lo hace Cooter,²⁰⁴ es sólo contingente.

Una tercera finalidad, de carácter más bien económico, anota que a través de los daños punitivos se buscan proteger los equilibrios del mercado. Entre productores y consumidores existe una disparidad de fuerzas que permite que los primeros determinen desde su posición la eventual conveniencia de incumplir y generar daño. A través de los daños punitivos se reestablece el equilibrio de fuerzas y se alienta al consumidor a perseguir responsabilidades.²⁰⁵ El razonamiento de Alarcón, en otras palabras, enseña que al existir asimetrías de información entre productores y consumidores se fomenta a que sean únicamente los primeros quienes deciden si dañar o no. Los *punitive damages*, en tanto, vienen a “ponerle precio” al uso de esa información, de tal forma que los productores deban pagar más que las simples indemnizaciones compensatorias si deciden actuar de determinada manera, y así les resulte un costo dañar, dado que el beneficio posterior al análisis costo – beneficio desaparece. También, de acuerdo al criterio del autor, existen finalidades de carácter psicológico. Así, a través de los daños punitivos se restablece el equilibrio emocional de la víctima, por un lado, y se refleja la desaprobación social frente a graves conductas, por otro.²⁰⁶ Como se sostuvo más arriba, comprender a los daños punitivos como una forma de verificar los niveles de desaprobación de determinada conducta es especialmente atendible en un sistema de jurados. Tal como argumentaban Cass Sunstein, Daniel Kahneman y David Schkade, es posible identificar el reproche moral de la

²⁰⁴ *Supra* p. 44.

²⁰⁵ ALARCÓN, ob. cit., p. 63.

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 64.

sociedad, a través de los jurados, a ciertas acciones sociales mediante los montos mandados a pagar a título de daños punitivos.²⁰⁷ Señala Alarcón que hay doctrina y jurisprudencia que estiman que la institución permitiría calmar el sentimiento de venganza reinante en la víctima. Desestima en todo caso este argumento, toda vez que, señala, se requeriría conocer el fuero interno de la víctima y suponer que todas las personas comparten una conciencia común, cuestiones ambas imposibles.²⁰⁸ Por último, como quinta finalidad y citando a Ramón Pizarro, los daños punitivos pueden contribuir a dismantelar efectos de ciertos ilícitos que los montos compensatorios no son capaces de erradicar. Pizarro pone como ejemplo los casos en que a través del daño causado y después de haberse resarcido a la víctima, el victimario continúa obteniendo un beneficio; y aquellos otros en que, incluso sin obtener beneficio alguno, el victimario ofrece un total menosprecio por los derechos del otro.²⁰⁹ Pero el análisis de Alarcón y Pizarro no es completo porque no contrasta el rol que los daños punitivos juegan en este sentido, con otras instituciones del derecho privado. Si bien es cierto que los *punitive damages* pueden ser un buen mecanismo para recuperar ganancias generadas por el daño que están radicadas en el patrimonio del victimario, ello es sólo contingente. En efecto, si el sistema contempla una acción restitutoria fundada en el enriquecimiento injustificado, la finalidad atribuida a los daños punitivos pierde relevancia.²¹⁰

En general, cuando los autores chilenos escriben sobre los daños punitivos, aunque lo hagan a propósito de otros asuntos, surge nuevamente la idea de castigo.²¹¹ La anterior es comprensible

²⁰⁷ Véase *supra*, p. 37.

²⁰⁸ ALARCÓN, ob. cit., p. 64.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Una buena descripción del enriquecimiento injustificado en el contexto del derecho nacional puede verse en PEÑAILILLO, Daniel. El enriquecimiento sin causa. Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCIII, 2: 1996. Para un análisis de la misma institución vista por el Common Law véase BIRKS, Peter. *Unjust enrichment*. Oxford, University Press. 2005; y para un análisis en el marco de la tradición europea continental véase ZIMMERMANN, Reinhard. *Estudios de derecho privado europeo*. Madrid, editorial Civitas, 2000.

²¹¹ Por ejemplo, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit. p. 130; SEGURA, ob. cit. p. 646; ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás. El daño moral derivado de incumplimiento de contrato. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002, p. 100.

por cuanto en la mayoría de los casos, las referencias a los *punitive damages* son puramente descriptivas, en el sentido que buscan dar cuenta de la forma en que operan y son concebidos en el derecho comparado y desde ahí, en algunos casos, se analiza su relación con el derecho privado chileno.

Francisco Segura, en un trabajo presentado el año 2005 en las Jornadas de Derecho Civil realizadas en Valdivia, expone de acuerdo a ideas generales en qué consisten los daños punitivos.²¹² Segura entiende que esta categoría de daños es parte de lo que genéricamente él denomina una pena privada. Al hacer un paralelo entre las penas privadas en sentido estricto y los daños punitivos, el autor sostiene que la característica común entre las dos instituciones es que ambas son un castigo impuesto al autor de los perjuicios en beneficio de la víctima, fundadas en la especial gravedad de la conducta.²¹³ Luego de dar una breve reseña sobre los orígenes de la institución y de relacionarla con los sistemas de derecho continental,²¹⁴ Segura se pregunta por la eventual incorporación de los daños punitivos al derecho chileno. Señala que si bien la jurisprudencia nacional no ha reconocido la institución expresamente, sí ha considerado la gravedad de la conducta al fijar los montos indemnizatorios.²¹⁵ El principal mecanismo con el que cuentan los jueces para manifestar aquello es el daño moral, el que según Segura, refleja montos representativos de “daños punitivos encubiertos”.²¹⁶ Concluye que en ciertos casos, tipificados por ley, los daños punitivos pueden ofrecer cierta utilidad, además de ser una buena forma de estandarizar las condenas por daño moral.²¹⁷

La tesis de Segura no es común en la doctrina chilena por cuanto se manifiesta a favor de la posibilidad de que en ciertas hipótesis se acepten los daños punitivos. Sin embargo, la concepción que tiene de ellos la hace incompatible con el argumento de esta memoria ya que

²¹² SEGURA, ob. cit., p. 635.

²¹³ *Ibíd.*, p. 652.

²¹⁴ *Ibíd.*, pp. 646 ss.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 655.

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Ibíd.*

asume que constituyen un castigo. Es decir, la posición del autor es que si aceptamos que el derecho chileno reconozca la institución de los *punitive damages*, debemos reformular la concepción que se tiene de la responsabilidad civil y aceptar que ella contenga finalidades sancionatorias. Segura no concibe los daños punitivos como una cuestión armónica al actual estado de cosas en el derecho de daños nacional o como un factor más, necesario para mantener la justificación preventiva de la responsabilidad civil general. El autor sostiene que incorporar los daños punitivos al derecho chileno supone una decisión doctrinaria –de índole filosófica, según señala- acerca de la pregunta de si forma parte de las finalidades del derecho civil la sanción específica a conductas reprochables, aun sin que ellas hayan resultado dañosas subjetivamente.²¹⁸

Por su parte, Domínguez Águila en su ya clásico artículo sobre el daño en el derecho comparado se refiere a los *punitive damages* como una categoría más de daños indemnizables en el derecho norteamericano. Los define como una suma mandada a pagar, sin relación con la valoración de la pérdida sufrida, para castigar al demandado y hacer de él un ejemplo que desaliente conductas similares.²¹⁹ Como se ve, en su definición Domínguez no sólo da cuenta de un fenómeno consistente en pagar sumas de dinero superiores a los daños efectivamente causados, sino que ofrece las razones que justifican esa práctica. Sostiene que ello se debe a una intención por castigar al victimario y al interés por desincentivar situaciones similares. Es decir, Domínguez incluye dentro de su concepto los fines de la institución.

Domínguez sostiene que en la tradición continental se ha reconocido siempre que la responsabilidad civil tiene como meta compensar daños y perjuicios, lo que trae como consecuencia que la víctima reciba una cantidad de dinero equivalente al valor del interés afectado.²²⁰ Incluso cuando se trata de otorgar montos por concepto de daño moral se cumple con el principio recién citado. Si bien es imposible encontrar una medida patrimonial que sea capaz de compensar la afectación a un interés extrapatrimonial, el sistema de responsabilidad civil busca que de alguna manera ambas cuestiones se equiparen. Por lo mismo, la imposibilidad

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 636.

²¹⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *ob. cit.*, p. 130.

²²⁰ *Ibíd.*, p. 129.

que se compense un daño moral no se debe a una reformulación de la función reparatoria de la responsabilidad civil sino que responde a razones de impedimento material.²²¹ Esto no es igual en el derecho norteamericano. Domínguez sostiene que en el Common Law son aceptados no sólo los daños compensatorios sino que además es posible que un tribunal condene a pagar sumas de dinero superiores al daño causado como mecanismo de castigo y disuasión.²²² Esta práctica se sostiene porque “indudablemente (...) el Common Law atribuye a la responsabilidad no solamente fines reparatorios, sino también de sanción o castigo (y) prevención (...)”²²³ Si bien es cierto la tesis de Domínguez, en cuanto a que el derecho chileno sólo reconoce fines reparatorios a la responsabilidad civil, es correcta si se analiza la categoría de daños que las sentencias reconocen –esto es, que el sistema nacional condena sólo al pago de daños compensatorios, los que a su vez pueden ser a título de daño emergente, lucro cesante o daño moral-, llega a conclusiones que no son necesarias. Sostener que la responsabilidad civil en Chile busca colocar a la víctima en idéntica situación a la que estaba antes del acaecimiento del daño no quiere decir que los *fines* de la responsabilidad civil sean estrictamente reparatorios (y no preventivos, como parece insinuar su trabajo). Si al establecer reglas de responsabilidad claras que ordenen que, bajo determinadas circunstancias, quien debe hacerse cargo de los daños cometidos es quien los genera, lo que se busca es que el análisis de los agentes los obligue a internalizar todas las consecuencias de sus acciones. Eso es lo que, en términos económicos, busca un sistema de responsabilidad civil cuando, en condiciones normales,²²⁴ iguala los montos indemnizatorios con los perjuicios sufridos por la víctima.²²⁵ Por lo tanto, si lo recién expuesto es correcto, no hay ninguna incompatibilidad entre la característica estrictamente reparatoria de un sistema de responsabilidad civil con la finalidad preventiva del mismo. Es más, si las reglas de responsabilidad están bien definidas, la disuasión (eficiente, es decir, no a cualquier precio) es

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibid.*, p. 130.

²²³ *Ibid.*, p. 131.

²²⁴ Resalto la idea de que la hipótesis descrita es plausible en la medida que se dé en condiciones normales ya que, como he venido sosteniendo, si esas condiciones no se dan es necesaria la imposición de daños punitivos.

²²⁵ Para un análisis de los fines de la responsabilidad civil desde una perspectiva económica véase CALABRESI, Guido. El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Barcelona, Editorial Ariel, 1984, pp. 42 y ss.

una consecuencia necesaria de la igualación de los daños compensatorios con los perjuicios efectivamente causados.

Pero Domínguez no se queda sólo en el plano teórico. El autor sostiene que, en efecto, nuestro derecho desconoce a los *punitive damages* debido a la configuración de éste, a lo menos en términos teóricos, como un sistema eminentemente compensatorio. Sin embargo, a juicio del profesor sería un error pensar que la idea de sanción está absolutamente ausente de la responsabilidad civil chilena.²²⁶ Sin contar con una categoría especial de daños, en los hechos los jueces sí toman en cuenta la gravedad de la culpa para establecer sus condenas. Lo hacen, indirectamente, a través del daño moral. Esta práctica se funda, según cree el autor, en la misma idea que subyace a los daños punitivos del derecho anglosajón.²²⁷

En el contexto de este trabajo, el aporte de Domínguez se mantiene en la línea de los autores nacionales que hasta ahora se habían revisado. Esto es, el autor sostiene que los daños punitivos son el mecanismo a través del cual un sistema de responsabilidad civil asume fines sancionatorios. Por lo mismo, en Chile es imposible aceptarlos en las condiciones actuales, no obstante que a través de otras formas los jueces aspiren a castigar a los victimarios.

Enrique Barros trata los daños punitivos en el contexto de un análisis del daño moral y las distintas funciones que éste cumple.²²⁸ El autor sostiene que si la indemnización excede el daño causado, ella asume un carácter punitivo. La tesis de Barros es que de esta forma, la responsabilidad civil opera como una pena civil, retributiva, cuya finalidad es amedrentar al victimario y a los otros que eventualmente puedan actuar de la misma manera. En ese sentido, los daños punitivos constituyen una sanción disuasiva.²²⁹ La indemnización participa de la sanción penal, razona el autor, en la medida que su propósito sancionador y disuasivo se logre a

²²⁶ DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 132.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 133.

²²⁸ BARROS, ob. cit., pp. 304 y ss.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 304.

través de una pena que no atiende al daño efectivamente sufrido por el demandante.²³⁰ Barros insiste en que la jurisprudencia chilena ha utilizado la partida de daño moral como método retributivo y recalca que tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, donde se asume la función castigadora de los daños punitivos, deben concurrir circunstancias excepcionales para que ellos sean procedentes.²³¹ Si bien Barros mantiene la posición mayoritaria de la doctrina chilena tendiente a aceptar el argumento del Common Law que atribuye a los daños punitivos finalidades sancionatorias, su trabajo destaca porque expone el intento del análisis económico del derecho de dar una nueva justificación a la institución que aquí se analiza.²³² Así, describe que hay ciertos casos donde los victimarios, por distintas razones, no responden por todos los daños que cometen. Los daños punitivos –en su función correctiva de la posibilidad de escapar a la responsabilidad- ajustan las “cifras negras” de la responsabilidad y obligan a que los agentes internalicen todos los costos que generan.²³³ Además de esto, el profesor Barros revisa las distintas críticas que despierta la institución y las relaciona con la realidad nacional.²³⁴

Como se ve, el tratamiento que en general le da la doctrina a los *punitive damages* consiste en aclaraciones conceptuales, definiciones o explicaciones amplias acerca de las ideas fundantes que están detrás de la institución. En su afán descriptivo sostienen, con razón, que la justificación tradicional del Common Law es principalmente el castigo y la prevención de situaciones futuras, aunque no siempre queda clara la posibilidad de analizar autónomamente cada una de las finalidades. Como se dijo, si la disuasión se asume como la consecuencia necesaria de todo castigo, distinguir ambas categorías como justificaciones diferentes carece de sentido.

²³⁰ *Ibíd.*

²³¹ *Ibíd.*, p. 305.

²³² En el mismo sentido véase ROJAS, *ob. cit.*, pp. 102-104. Rojas, si bien asume la idea de los daños punitivos como castigo, expone la tesis desarrollada por Polinsky y Shavell.

²³³ BARROS, *ob. cit.*, p. 306.

²³⁴ Dichas críticas se revisarán con detalle en el capítulo V.

Igualmente, la doctrina chilena tiende a recoger la posición anglosajona tradicional y sostiene que la aceptación de la institución implicaría reconocer que el sistema de responsabilidad civil chileno asume finalidades sancionatorias.

La tesis que aquí se defiende, en tanto, se aleja de la posición descrita como característica de la doctrina chilena. El argumento, como se ha venido insistiendo, es que, bajo condiciones normales, para un nivel óptimo de prevención basta con que los tribunales manden a pagar daños puramente compensatorios. Pero si esas condiciones normales no se cumplen –porque es posible escapar a la responsabilidad, como sostienen Polinsky y Shavell- es necesario condenar al pago de una cifra superior al daño que el victimario causó en un caso en particular. Esa cifra superior se concreta en los daños punitivos, lo que les asigna una justificación preventiva, pero no como consecuencia de la prevención que genera cualquier castigo sino como una extensión exigida por la eficiencia del rol que un sistema de responsabilidad civil con condiciones normales desempeñan los daños estrictamente compensatorios.

3.2 Los daños punitivos y la jurisprudencia

Los daños punitivos como institución autónoma carecen de relevancia práctica en la tradición jurisprudencial chilena. Sin embargo, la función clásica atribuida a los *punitive damages* –es decir, que son un mecanismo civil de castigar a quien incurre en conductas particularmente reprochables que, conviene recordar, no es la compartida por esta memoria- ha sido desempeñada por el daño moral. Si bien en términos conceptuales el daño moral cae dentro de la categoría de los daños compensatorios, en la medida que los montos que se otorgan –o debieran otorgarse- miran únicamente aquellos intereses no patrimoniales lesionados y su eventual compensación, los jueces han encontrado aquí la forma de castigar pecuniariamente, y sin forma de multa, actitudes condenables de los demandados. Ello se refleja en que dentro de las consideraciones que se tienen a la vista al fijar tanto la procedencia como el monto de la indemnización por daño moral, los jueces atienden a las facultades económicas del ofensor, la posición de la víctima y la gravedad de la culpa en la acción ilícita.²³⁵ De esta forma, lo que la

²³⁵ BARROS, ob. cit., p. 308. Para casos concretos de la jurisprudencia nacional véase la nota al pie 302 del texto citado.

jurisprudencia chilena confirma es que la indemnización por daño moral no es sólo una forma de compensar lesiones a intereses no patrimoniales en función únicamente de la extensión de dicha afectación sino que además toma en cuenta cuestiones que en materia de indemnización del daño patrimonial tradicional –esto es, el daño emergente y el lucro cesante- han sido consideradas irrelevantes. Sin embargo, es difícil encontrar un fundamento jurídico a esta práctica. Parece ser que detrás de ella lo que hay es un deseo de hacer justicia en ciertos casos concretos. Pero si accedemos a ello así sin más, se corre un serio riesgo de afectar todo el sistema de la responsabilidad civil basado en la reparación y compensación, para empezar a dejar al arbitrio del juez la procedencia o improcedencia de una indemnización determinada.

La sobrevaloración del daño moral por parte de los jueces trae consecuencias indeseables. Si los tribunales tienden a sobrecompensar a las víctimas en los casos de daño moral, aquellos demandados que el sistema tiende a castigar más tendrán incentivos para ser excesivamente cuidadosos, superando el nivel óptimo. Por su parte, si los demandantes reconocen esa situación, tendrán buenas razones para demandar por daño moral sin que sea necesariamente procedente. Esto parece ser lo que ocurre en Chile. Pamela Rubio realizó un completo estudio acerca de lo que ocurre en los tribunales con el daño moral y su valoración en casos de muerte²³⁶ y menciona una cuestión reveladora. En los casos de muerte, sólo un 30% de ellos contiene peticiones de indemnización por daño emergente y un 25% pide montos a título de lucro cesante. Las peticiones por daño moral, en cambio, sí son relevantes.²³⁷ La autora sostiene que de esto no es razonable inferir que en los casos de muerte de un individuo no haya disminución patrimonial actual y efectiva, o que no haya privación de eventuales ganancias futuras. Y si bien Rubio no se atreve a ofrecer una explicación a esta situación, intuitivamente se puede sostener que las víctimas ven en las indemnizaciones no patrimoniales una mayor expectativa a obtener altas sumas de dinero.

Ahora bien, si se analiza con más detención, en Chile no hay necesariamente un problema de sobrevaloración del daño moral sino que existe un alto grado de subjetividad en su

²³⁶ RUBIO, Pamela. Valoración judicial del daño moral en casos de muerte. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007.

²³⁷ *Ibíd.*, pp. 17 y ss.

determinación y una alarmante disparidad de criterio.²³⁸ Así, mientras la Corte de Santiago falló a favor de un joven inmovilizado de por vida con la suma de \$15.000.000.-, el mismo tribunal mando a pagar una idéntica cantidad de dinero en beneficio de una mujer que lesionó su hombro al caer de un tablón.²³⁹ De igual forma, por un lado la Corte Suprema ordenó indemnizar a una mujer con lesiones menos graves en un accidente de tránsito con la suma de \$500.000.- y por otro confirmó un fallo de la Corte de Valparaíso en que se condenaba al autor de puñaladas y robo con violencia al mismo monto.²⁴⁰ Barros concluye que estas diferencias abismales se explican por la distinta valoración que hacen los jueces respecto de los diversos factores. Así, lo que resalta el contenido retributivo de las decisiones jurisprudenciales estaría marcado por el hecho de que cuando el demandado posee una mayor solvencia las indemnizaciones tienden a ser mayores, verificándose una situación radicalmente opuesta cuando se da el caso contrario. Es igualmente relevante, señala el autor, la gravedad del ilícito y sus circunstancias.²⁴¹ Visto esto, el dato constatado por Rubio en cuanto a que suele demandarse principalmente el daño moral por sobre las partidas patrimoniales podría explicarse por la falta de claridad y reflexividad en la valoración del daño. Si no existe una expectativa razonable respecto al comportamiento de los jueces, los abogados no se ven suficientemente motivados a desarrollar argumentos más sofisticados en sus demandas. Si no hay criterios jurídicos concretos, los demandantes no tienen un modelo normativo que seguir.

Esta incertidumbre en las condenas por daño moral ha sido fuertemente criticada por la doctrina.²⁴² Si tanto la valoración del daño como los criterios que sirven de sustento a ella son entendidos como cuestiones de hecho no susceptibles de ser revisadas a través de la casación –o, por decirlo de otro modo, no responden a cuestiones normativas- es difícil que el daño moral sea lo que efectivamente pretende ser. Más allá de las consecuencias indeseables que trae esta situación –inseguridad jurídica, eventual afectación a la garantía constitucional de la igualdad

²³⁸ En efecto, la propia jurisprudencia ha dicho que la valoración del daño moral es una actividad sujeta a la prudencia de los jueces del fondo. Véase *Ibíd.*, p. 6; *BARROS*, ob. cit., p. 313.

²³⁹ *Ibíd.*, p. 316, nota al pie 323.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 314, nota al pie 322.

²⁴¹ *Ibíd.*, p. 316.

²⁴² *Ibíd.*, p. 319.

ante la ley, entre otras cosas- una situación como la ocurrida en Chile, desvirtúa el propósito y en general toda la institución del daño moral. Es decir, si los criterios para condenar al pago de esta categoría de daño están entregados al juez, ya poco le queda de daño compensatorio, donde lo único relevante es la magnitud del daño y su aproximada valoración en dinero. Al comenzar a considerar cuestiones como la posición económica del victimario o la gravedad de la culpa en que incurrió, se está utilizando al daño moral para cuestiones que se apartan de las expectativas normativas que la comunidad jurídica tiene puestas en él.

Mauricio Tapia critica la escasa argumentación de los fallos y la incapacidad de distinguir en el monto total que se otorga a título de daño moral, las diferentes perspectivas que él abarca. Así, no hay una referencia al perjuicio de agrado, al *pretium doloris*, perjuicios estéticos, etc., lo que se ve avalado por las distintas sentencias de la Corte Suprema, que sostienen que estas cuestiones son materias que corresponden a los jueces del fondo.²⁴³ Agrega que esta situación desincentiva a los jueces a fundamentar y distinguir las categorías de daño moral y, en el caso de aquellas jurisdicciones que intentan una justificación, corren el riesgo de censura por dar a conocer sus razones, especialmente cuando, como en la generalidad de los casos, apelan a cuestiones incorrectas como la posición económica de la víctima, la gravedad de la culpa, la equidad, o simplemente buscan servir de ejemplo a futuras conductas similares.²⁴⁴

Frente a esta situación la doctrina ha intentado dar soluciones y hay una que suele repetirse: el uso de baremos. Esto significa que en materia de daño moral existan patrones objetivos, dotados de reflexividad técnica, materializados ya sea en leyes o en prácticas jurisprudenciales institucionalizadas y respaldadas científicamente, donde sea posible evaluar de antemano la magnitud económica de cierto tipo de perjuicio. Ello obliga a los jueces a dar razones de porqué se está condenando a una cierta categoría de daño moral, así como también elimina consecuencias indeseables del sistema subjetivo que impera en Chile como la inseguridad jurídica, la eventual afectación de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley y la

²⁴³ TAPIA, ob. cit., p. 302.

²⁴⁴ *Ibid.*, pp. 303 y 304.

incorrecta apreciación de las expectativas normativas.²⁴⁵ Por otro lado, si bien es cierto que en materia de daños extrapatrimoniales la apreciación subjetiva de la víctima es fundamental para fijar un monto que compense los perjuicios, un sistema de baremos no necesariamente conduce a obviar esta situación. El nivel de tecnicidad de los baremos no tiene porqué ser lo suficientemente tosco como para desconocer que no es lo mismo perder un brazo a los 20 años que a los 95. Del mismo modo, un sistema objetivo busca establecer criterios razonables y estadísticamente sustentados respecto a la valoración general de un determinado daño moral.²⁴⁶

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional, conociendo un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, menciona los daños punitivos, no como un análisis concreto acerca de su viabilidad en Chile sino como un paralelo a propósito de la disposición legal cuya constitucionalidad se examinaba.²⁴⁷ La norma en cuestión es el artículo 42 inciso primero del DFL N° 164 de 1991, Ley de Concesiones, que establece que en aquellos casos en que el usuario de una autopista urbana circule por ella sin el dispositivo Televía, además de tener que pagar la suma adeudada por el uso del bien, tendrá que pagar, por orden del juez, una indemnización compensatoria por un monto de cuarenta veces el valor de dicha suma o, en su defecto, dos unidades tributarias mensuales, debiendo siempre el juez imponer el monto de

²⁴⁵ Las dos primeras consecuencias indeseables son fácilmente comprensibles por la cultura jurídica chilena y no requieren mayor detención. Sin embargo, la tercera de esas consecuencias, es decir, que un sistema con características subjetivas para la apreciación y condena del daño moral no es capaz de apreciar correctamente las expectativas normativas de la sociedad, no es antojadiza. Una de las cuestiones que explica el funcionamiento del derecho como sistema social en la sociedad moderna es su función de satisfacer expectativas normativas. Esto quiere decir que el derecho funciona como tal, autónomo y diferenciado, si lo que reflejan sus decisiones –y en particular las de los jueces- son expectativas contrafácticas, pero abiertas cognitivamente. Dicho en otros términos, si una determinada situación es reconocida por el derecho como susceptible de un cambio, es la expectativa normativa la que lo refleja. En el caso del daño moral, las expectativas normativas indican que debe ser indemnizado, pero su apertura cognitiva apunta a un cambio en la forma en que se adjudica. De esta forma, se concluye que las críticas al sistema chileno de valoración y otorgamiento del daño moral no es sólo jurídica sino también sociológica. Para más detalles acerca del rol de las expectativas normativas en la sociedad moderna y en el sistema jurídico véase LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México, Universidad Iberoamericana, 2002. En especial, los capítulos 2, “La clausura operativa del sistema del derecho”, y 3, “La función del derecho”.

²⁴⁶ Un análisis más detallado del sistema de baremos véase en BARROS, ob. cit., pp. 327 y ss; y TAPIA, ob. cit., pp. 304 y ss. Este último autor sostiene que, además del sistema de baremos, lo que garantiza un buen sistema indemnizatorio sigue siendo, después de todo, una adecuada justificación de las decisiones judiciales.

²⁴⁷ El texto completo de la sentencia puede verse en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/129>

mayor valor. Según la Corte de Apelaciones de Santiago, que es quien solicita el pronunciamiento del órgano constitucional, la eventual inconstitucionalidad estaría dada en función de los artículos 19 N° 24 y 26 de la Constitución, en cuanto a que una indemnización compensatoria fijada en un monto único, independiente del daño causado, podría encubrir una expropiación. Agrega además que una condena en virtud de la citada norma que, en términos efectivos, supere los perjuicios reales, podría configurar un enriquecimiento injusto.²⁴⁸ Finalmente, sostiene que la citada disposición estaría en pugna con el artículo 76 de la Constitución ya que éste entiende por función jurisdiccional la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y se la asigna únicamente a los tribunales establecidos por ley. Esta obligación de imponer una determinada indemnización compensatoria sin analizar previamente si existió o no perjuicio, razona la Corte, no corresponde al sentido profundo de dicha función jurisdiccional.

Por su parte, la Sociedad Concesionaria Autopista Central S. A. afirma que la naturaleza jurídica de la prestación contenida en el artículo 42 inciso primero de la Ley de Concesiones es de carácter sancionatoria, más allá que la denominación señale que es una indemnización. En ese sentido, lo constitucionalmente relevante es analizar si la citada disposición cumple con los principios de reserva legal, tipicidad y legalidad. Según la empresa, desde esta perspectiva –y que, para ella, constitucionalmente es la única que importa- no existe objeción alguna. Agrega que en ningún caso la disposición es expropiatoria o contraria al derecho de propiedad por cuanto la sanción pecuniaria no es un acto de autoridad, sino que es la consecuencia, fijada en la

²⁴⁸ Más allá de la objeción general que supone la consulta de la Corte –y que finalmente lo refleja el fallo del Tribunal Constitucional-, la referencia al enriquecimiento injusto es particularmente criticable. Y lo es en dos sentidos: primero, porque la Corte asume que el enriquecimiento injustificado –principio que la doctrina ha entendido fundante del Código Civil- tiene jerarquía constitucional, sin dar ninguna razón que sustente su tesis. Que en general el derecho privado en Chile rechace el enriquecimiento injustificado y lo refleje en el desarrollo de sus instituciones no significa que exista protección constitucional. De igual forma, tampoco es posible deducir, al menos sin dar razones de ello, que el artículo 19 N° 24 incluye en su ámbito de protección las diversas situaciones de enriquecimientos injustos. El segundo sentido en que es criticable la referencia al enriquecimiento sin causa es que, al hacerlo, se desvirtúa el sentido de la institución como fuente autónoma de las obligaciones. Cuando se nombran sus requisitos, parece obvio que uno de ellos es que no debe haber una razón jurídicamente relevante que permita retener el enriquecimiento que se obtuvo. Pero esa razón jurídicamente relevante significa nada más que eso: debe haber una justificación reconocida por el derecho en cuanto sistema que permita retener la ganancia. En consecuencia, la sola existencia de una disposición legal es suficiente razón. Al hablar de justificación se hace en este sentido y no como una razón que deba ser social, económica o moral. Se volverá sobre este punto en el capítulo V.

ley, de una conducta voluntaria y reiterada de un individuo. Por último, la Sociedad Concesionaria argumenta que en ningún caso hay vulneración del artículo 76, en cuanto sigue siendo privativo de los jueces analizar el caso concreto y decidir si es o no aplicable la sanción contenida en la Ley de Concesiones.

El Tribunal Constitucional resuelve, en primer lugar, que en este caso no existe propiamente una indemnización de perjuicios sino que, como lo sostiene la Concesionaria, hay una sanción civil. Agrega –y es a propósito de esto que menciona los daños punitivos- que si bien la responsabilidad civil requiere la existencia de daño, no siempre ello es así. En efecto, el Tribunal menciona los casos de la cláusula penal, la cual es exigible por el sólo incumplimiento, más allá de si hay o no perjuicios; la sanción al heredero o legatario que sustrae efectos pertenecientes a la sucesión; el ocultamiento o distracción de bienes de la sociedad conyugal por parte de los cónyuges; y el recargo legal de la indemnización por años de servicio en los casos de despido injustificado de un trabajador. Todas estas hipótesis tienen como denominador común, habría que agregar, no sólo que el monto pecuniario mandado a pagar está desvinculado al valor exacto de los perjuicios sino que también es la víctima quien recibe el dinero.

Por otro lado, en el Derecho Comparado, señala el Tribunal, hay instituciones emblemáticas que comparten las características recién mencionadas. En Francia, el juez civil puede imponer al deudor que se niega a cumplir una obligación judicialmente declarada como exigible, una multa por cada día de retraso, cuyo destinatario es el acreedor, y en el derecho anglosajón, cita el Tribunal, existe una larga tradición acerca de los daños punitivos.

Respecto de un eventual enriquecimiento injusto, el Tribunal señala que basta como causa el texto legal, lo que demuestra que lo relevante es una justificación normativa y no de otro tipo.

En definitiva, el Tribunal desestima, correctamente a mi juicio, una eventual inconstitucionalidad, por cuanto no es posible configurar un caso de expropiación dado que todo el problema tiene su origen en un incumplimiento contractual, para el cual la ley asigna como consecuencia una sanción cuyo destinatario es una de las partes del contrato.

Si bien en este caso la referencia a los daños punitivos es tangencial y meramente ilustrativa, hay algunas cuestiones que pueden rescatarse. En primer lugar, el Tribunal Constitucional reconoce que en Chile existen instituciones jurídicas arraigadas que aceptan sin mayor controversia doctrinaria la posibilidad, primero, de condenar a un monto mayor a los daños efectivamente causados; y, segundo, a que el destinatario de ese monto sea la propia víctima sin que eso implique un caso de enriquecimiento injusto. En segundo lugar, y para ponerlo en términos de la filosofía del lenguaje, hay un efecto perlocucionario en la referencia a los daños punitivos. Esto, en el sentido que al invocarlos como fundamentación de su argumento que justifica una institución como la sanción de la Ley de Concesiones, está abogando por su eventual legitimidad. Es decir, al sostener que los daños punitivos equivalen, al menos en algún sentido, a la sanción de la Ley de Concesiones, a la que recibe el empleador que despidió injustificadamente a un trabajador, a la que se aplica al heredero o legatario que sustrae bienes de la sucesión, o al cónyuge que oculta cosas de la sociedad conyugal, está diciendo que su naturaleza no es incompatible o desconocida con las instituciones propias del derecho chileno. Esto no quiere decir, por cierto, que el Tribunal *reconoce* a los daños punitivos como una institución del derecho chileno. Pero sí tiene un alcance que en la tradición jurídica chilena es relevante, que es que es *posible* sistémicamente su incorporación. Lo que el Tribunal hace es decir que, con el estado de cosas actual, su incorporación no es extraña en un sentido fuerte.²⁴⁹

3.3 Compatibilidad de la indemnización por daños punitivos con el sistema de responsabilidad chileno y el principio de la reparación integral del daño

Los autores chilenos y en general los tribunales han sostenido en forma sistemática que el sistema de responsabilidad civil extracontractual chileno es un sistema basado en la reparación

²⁴⁹ Las instituciones que el Tribunal menciona tiene una diferencia relevante con los daños punitivos. Mientras aquellas están fijados sus montos máximos por ley, éstos se caracterizan por ser otorgados a discreción de los jurados. Si se entienden los daños punitivos como sanción a conductas especialmente graves, es fundamental solucionar lo anterior, porque sería, como se ha dicho siempre, entender a los *punitive damages* como una pena. Pero si se entienden como se propone en esta memoria –es decir, como un mecanismo de arreglo a las situaciones en que hay un escape a la responsabilidad- la discreción de los jurados es un problema, pero no tan importante como para desvirtuar el fundamento de la institución. En todo caso, la doctrina ha propuesto soluciones a este asunto, sobre las cuales se volverá más adelante.

del daño causado.²⁵⁰ El victimario incurre en una acción generadora de daño resarcible, por lo que debe pagar porque ese daño se repare de tal forma que la víctima quede en una situación de indiferencia. Es decir, a la víctima no le debe importar si sufre o no el daño ya que económicamente estará igual en uno u otro caso.²⁵¹ De esta manera nace el principio de la reparación íntegra del daño. Esto es, que la víctima debe ser indemnizada por todo el daño que se le causó, no menos pero tampoco más. La regla habitualmente citada como fundamento de este principio es la del artículo 2329, que dispone que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.” Si bien la norma pretende establecer una presunción de responsabilidad por el hecho propio, la jurisprudencia ha entendido que de ella emana el principio de la reparación integral del daño. Más allá de si es correcta la fundamentación legal, el principio es considerado el más general de los criterios para determinar el alcance de la indemnización.²⁵²

Barros señala que de este principio se siguen dos efectos principales: el primero, es el deber de reparar el total de los daños mientras que el segundo sostiene que el alcance de la reparación no depende del grado de culpa del demandado.²⁵³ Alessandri ya expresaba lo mismo al señalar que del principio de la reparación íntegra se concluye que, en primer lugar, el monto de la indemnización va a depender únicamente del daño y su extensión y no de la gravedad de la conducta del victimario; segundo, la reparación comprende los perjuicios que sean consecuencia necesaria y directa de la acción que configura el ilícito y; en tercer lugar, como ya se había adelantado, el monto de la indemnización no puede ser superior ni inferior a la cuantía del

²⁵⁰ Se refiere, obviamente, a todo daño susceptible de ser indemnizado. O sea, tanto el daño patrimonial como extrapatrimonial.

²⁵¹ Esta idea es sólo un supuesto teórico. Indudablemente, resulta difícil pensar que a un individuo le es indiferente perder una pierna y recibir una suma de dinero por ello, o no perder esa pierna, pero en cambio no cobrar nada. La cuestión que aquí se formula tiene sólo importancia pedagógica, de tal forma de explicar el fundamento compensatorio que subyace a un sistema de responsabilidad. La Corte Suprema ha resuelto en este sentido, al señalar que “la reparación (...) debe ser completa (...) de modo que permita a la víctima reponer las cosas al estado en que se encontraban a la fecha del acto ilícito”. Citado en BARROS, ob. cit., p. 98.

²⁵² BARROS, ob. cit., p. 255.

²⁵³ *Ibidem*.

daño.²⁵⁴ Desde esa perspectiva, cualquier indemnización superior a ese límite constituiría un enriquecimiento injustificado de la víctima. Barros sostiene que los efectos necesarios del principio de la reparación integral del daño han despertado críticas, especialmente desde una perspectiva de justicia abstracta. En ese sentido, puede ocurrir que, quien incurre en una negligencia particularmente leve, pero causa un daño importante asuma una carga que puede resultar desproporcionada.²⁵⁵ Sin embargo, razona Barros, el principio que aquí se comenta encuentra fundamento en una idea de justicia correctiva, de acuerdo a la cual quien es responsable de un daño debe hacerse cargo de él. Si este principio se desconociese, cree Barros, podría verse afectado todo el sistema de responsabilidad civil.²⁵⁶ Si la estructura del derecho de daños reconoce como finalidad la reparación y no la retribución, continúa Barros, éste debe orientarse por completo al interés de la víctima de ser colocada en una posición idéntica a la que se encontraba antes de que ocurriera el hecho dañoso, y no al reproche que eventualmente pueda recaer sobre el autor de los perjuicios. La limitación de la responsabilidad del victimario el derecho la hace en sede de causalidad, elemento según el cual sólo se es responsable por los daños que objetivamente pueden imputarse a la conducta del agente.²⁵⁷

Asumido esto, podría pensarse que la incompatibilidad de los daños punitivos con el sistema de responsabilidad civil chileno es evidente. Por definición los daños punitivos constituyen sumas de dinero superiores a los montos compensatorios. En consecuencia, un sistema de responsabilidad que tiene como fin único y principal la reparación del daño causado no puede sino rechazar instituciones que alteren esa lógica.

Pero debe analizarse la situación con un poco más de cuidado. En ese sentido, la compatibilidad del sistema chileno con los daños punitivos puede justificarse de dos formas distintas. En primer lugar, es cierto que nuestro sistema está basado en la idea de la

²⁵⁴ ALESSANDRI, Arturo. De la responsabilidad extracontractual. Citado en BARROS, ob. cit., p. 99.

²⁵⁵ BARROS, ob. cit., p. 255.

²⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 255-256.

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 256.

reparación.²⁵⁸ Sin perjuicio que el argumento de esta memoria es que la prevención óptima es consecuencia necesaria de un sistema basado en la reparación del daño causado a una víctima, la compensación como función es una conclusión del derecho vigente y no es anterior a él. Es decir, son las reglas del derecho privado las que fijan los principios –como el de la reparación integral del daño- según los cuales funciona el sistema de responsabilidad civil y no al revés. Su establecimiento tiene que ver con un ejercicio de análisis del derecho vigente y es la conclusión de una interpretación armónica de las distintas normas que rigen el mundo del Código Civil y las respectivas leyes especiales. Por ello, no son principios inmutables. Por la particular naturaleza del derecho, estos principios son susceptibles de ser alterados, modificados o reformulados. En la tesis se sostiene que la única consecuencia de introducir un sistema de indemnización por daños punitivos que se sigue en esta materia será simplemente entender que ya no puede ser planteada la responsabilidad civil en Chile como una de carácter puramente reparatorio. Si se acepta la conveniencia de que en determinados casos es pertinente condenar al victimario a pagar sumas de dinero que superen el daño que efectivamente causó, de tal manera que se corrijan las posibilidades de escapar a la responsabilidad, tendrá que aceptarse también que el principio de la reparación íntegra del daño ya no es invariable. El principio es el resultado del análisis de las normas y su fijación no es una barrera para eventuales reformas legales.

Por otro lado, en el derecho chileno no son extrañas las situaciones en que se condena a una persona al pago de una indemnización superior al daño efectivamente causado. Por ejemplo, el artículo 1792-18 del Código Civil referente al régimen de participación en los gananciales establece que si uno de los cónyuges, “(...) a fin de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones se sumará a su patrimonio final el doble de aquéllos o de éstas.” Todo esto, con directo beneficio al patrimonio del otro cónyuge, quien finalmente verá incrementada su participación en los gananciales sin que necesariamente ello represente el daño efectivamente causado; igualmente, el Código del Trabajo, en su artículo 168 establece que si a un trabajador se le despide injustificadamente tendrá derecho a un incremento en su indemnización del 30%, 50%, 80% o 100%, dependiendo de qué causal fue la que se invocó

²⁵⁸ En todo caso, esta afirmación es relativa. Como insisten repetidamente los autores, si bien teóricamente debiera fallarse considerando el daño efectivamente causado, ni más ni menos, en la práctica los tribunales han obviado el principio de la reparación íntegra del daño y han mandado a pagar montos indemnizatorios, a través de los daños morales, muchísimos más cuantiosos que los que debieran corresponder por ese concepto.

improcedentemente. Nuevamente, este es un caso en que quien incurre en la acción dañosa debe pagar más del daño que efectivamente causó.²⁵⁹ Y esto se explica porque las razones que dan origen a determinadas instituciones pueden variar o verse alteradas de acuerdo a las circunstancias, tal como puede suceder en la eventualidad que se acepte la introducción de los daños punitivos al derecho chileno.

Con todo, una relectura del principio de la reparación integral del daño puede llevar a concluir que en realidad, si el victimario paga más del daño causado, por las razones que aquí se defienden, no hay ninguna afectación del citado principio y que los daños punitivos vienen a reforzarlo.

Hasta ahora, los distintos autores analizados sostienen que el principio de la reparación integral del daño obliga a centrar la atención en la víctima y en función de ella fijar los montos indemnizatorios. Este análisis cobra especial relevancia cuando dichos autores intentan justificar por qué el sistema de responsabilidad civil vigente no debe fijarse en la reprochabilidad de la conducta del agente causante del daño. Pero incluso si existiese un caso donde no hay un dilema entre reprochabilidad y daño sufrido por la víctima, el principio no variaría su significado: la víctima sólo debe recibir un monto equivalente a los perjuicios que experimenta, ni menos ni más. Incluso en esa hipótesis, la tesis sería aún más fuerte porque si ya no es justificable, dentro de los límites de la reparación integral del daño, mandar a pagar indemnizaciones que superen los perjuicios reales a quien actuó de forma particularmente censurable, menos lo sería si el victimario incurrió en una simple negligencia.

Pero si se analiza tanto el principio en sí mismo como el fundamento legal que lo sustenta, nada hace concluir que una correcta interpretación de él obliga a que necesariamente se dirija la atención a la víctima y al daño que ella sufrió. Si la tesis comúnmente expuesta en relación a la norma que da origen al principio de la reparación integral –el artículo 2329 C.C.- es correcta, la pregunta sobre sus verdaderas implicancias queda aún sin respuesta. En efecto, de la frase “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”

²⁵⁹ Si bien estos no son casos genuinos de responsabilidad extracontractual, sí son un buen ejemplo de la relatividad de algunos principios de justicia correctiva que inspiran varias instituciones del derecho privado, entre ellas las que dan origen al principio de la reparación integral del daño.

no se sigue que la atención en la fijación de los montos indemnizatorios deba centrarse en quien sufre el daño. Lo que la disposición establece son, a mi juicio, dos cosas. Primero, es una regla de atribución, en el sentido que fija en forma clara que si se dan determinadas circunstancias, los perjuicios serán de cargo de quien los genera y no de quien los recibe.²⁶⁰ Segundo, sostiene que el daño indemnizable es todo aquél que sea consecuencia de las mencionadas circunstancias (culpa o dolo). En ningún caso es posible deducir que la regla justifica que el daño atendible sea el sufrido por la víctima y no el causado por el victimario.²⁶¹

Por otro lado, al revisar la formulación del principio que aquí se comenta, la conclusión a la que se llega es la misma: no hay razones para centrar necesariamente la atención en la víctima y el daño que ella sufre. Que el daño deba repararse íntegramente, no quiere significar nada más que eso. No hay en la expresión que define el principio referencia alguna a que el daño que es relevante para las reglas de responsabilidad es el que experimenta la víctima.

La tesis que aquí se defiende es que si el principio de la reparación integral del daño se reformula de tal manera que la atención de las reglas se dirija al victimario y los daños que genera a la sociedad en general, y no a la víctima y los daños que ella sufre, la aceptación de los daños punitivos como mecanismo de corrección a las posibilidades de escapar a la responsabilidad se hace inevitable. Como se aclaró, la fórmula tradicional que se ha aceptado para el principio comentado –la atención en la víctima– ha llevado a sostener que los montos indemnizatorios deben reflejar todo el daño que sufrió la víctima, lo que significa que ella debe ser puesta en idéntica situación a la que estaba antes de que hubiese ocurrido el accidente. Sin embargo, si como se propone aquí el sistema de responsabilidad civil se orienta al victimario y los daños que él genera, lo que ocurra con la víctima es, a la larga, irrelevante, no porque ella no importe sino porque la satisfacción de sus intereses será, en términos de Atria, una consecuencia empíricamente necesaria de esta orientación.²⁶² Centrar la atención en el victimario supone que éste se haga cargo de los daños indemnizables que genera, más allá de si es descubierto o si la víctima inicia un juicio a través de una demanda. Es decir, el agente debe responder por *todos*

²⁶⁰ Es lo que la doctrina conoce como responsabilidad por el hecho propio.

²⁶¹ Como se verá en las próximas líneas, ambas situaciones no necesariamente coinciden.

²⁶² Para una explicación de lo que es la necesidad empírica, véase ATRIA, Fernando. Mercado y ciudadanía en la educación. Santiago, Flandes Indiano, 2007, p. 75.

los daños que causa, y no sólo por los daños que, en un determinado caso, se demuestra que son consecuencia de su acción. Esta última es la hipótesis que considera la orientación tradicional del principio de la reparación integral. Cuando lo que le preocupa a las reglas de responsabilidad es la víctima, la pregunta por los alcances del principio se circunscribe al caso concreto. En cambio, si esas mismas reglas miran al victimario, lo que importa son los daños de su actividad en general, y la utilidad de los procedimientos donde se discute su responsabilidad radica en que es ahí donde se pueden abarcar los perjuicios reales que el agente causa. Desde luego, las consideraciones que se tengan respecto de la posición de la víctima no desaparecen por completo. La determinación de los daños producidos por el agente se realiza en función de las víctimas. La diferencia es que, por ponerlo de algún modo, se pasa de una consideración en concreto de la víctima, a una concepción abstracta de ella.

Pero aún falta una pregunta por responder. Si no hay ninguna razón para preferir una interpretación del principio de la reparación integral del daño que se oriente hacia la víctima, cuáles son los argumentos que hacen inclinarse hacia el entendimiento que aquí se propone. Las tesis que se defienden son principalmente dos. La primera de ellas es estratégica, mientras que la segunda es sustantiva.

La principal consecuencia de seguir la posición tradicional es que los montos que recibe la víctima de un caso en particular corresponden al total de los daños que ella sufrió, ni más ni menos. Cualquier otra consideración no tiene cabida. Si el victimario actuó con dolo, por ejemplo, o si la acción generadora de daños le reportó algún beneficio no sólo son cuestiones irrelevantes sino que ni siquiera corresponde atender a ella, al menos dentro del marco de la responsabilidad civil. Todo lo que importa es lograr que la víctima satisfaga el interés de volver a su posición económica inicial. Si por otro lado se atiende al victimario y el daño que éste causa, no sólo se verá satisfecho el interés de la víctima sino que además se logrará configurar un sistema de responsabilidad civil que efectivamente iguale los montos indemnizatorios con los daños causados. La idea defendida más arriba en cuanto a que un nivel óptimo de prevención se obtiene cuando los perjuicios son totalmente compensados suponía que el daño indemnizado no es sólo el que la víctima reclama en un caso concreto sino aquél que el agente causa durante el transcurso de toda su actividad. Un sistema imperfecto, como lo es prácticamente cualquiera, no siempre será capaz de traer a un juicio todos esos daños. Por distintas razones, es

estadísticamente improbable que ello ocurra. Si el derecho pone su atención en la víctima en particular, no se hace cargo del problema. Si en cambio se centra en el victimario, parece ser que ha encontrado una solución. Por lo tanto, esta orientación del principio de la reparación integral del daño es preferible porque logra absorber las ventajas de la orientación tradicional –el interés económico de la víctima de volver a su posición inicial- y además ofrece un buen mecanismo para cumplir con una de las finalidades principales de la responsabilidad civil: establecer un nivel óptimo de disuasión de actividades que generan daños.

La segunda razón en virtud de la cual conviene optar por una atención del principio en el victimario, es porque sólo ella puede dar cuenta de las implicancias de la reparación integral. Si nos tomamos el citado principio en serio, el daño que debe indemnizarse es *todo* el que se genera y no solamente el que la víctima acusa ante un juez. Es posible interpretar la idea de reparación integral de dos maneras. La primera sostiene que el principio está pensado para la relación que se da entre dos individuos en un caso concreto. De esa forma, el daño que el agente causante de él debe compensar es el que a su víctima le generó. La otra interpretación posible –que es la que aquí se ofrece- defiende que el principio es una cuestión radicada en las bases de todo el sistema de responsabilidad. En ese sentido, su formulación es mucho más radical. La segunda no sólo es conveniente, como se dijo en el párrafo anterior, sino que, a mi juicio, es la correcta. Si el derecho argumenta que todo daño debe ser reparado, no quiere decir que esa totalidad deba ser exigida sólo respecto de los casos en que por cuestiones más o menos contingentes logran probarse o llevarse a un juicio en un caso de responsabilidad, sino que significa que la reparación debe operar en la medida que existan costos no internalizados. Lo que el principio sostiene es que si no existe una razón jurídicamente relevante que obligue a la comunidad toda a soportar los daños, más allá de si son probados o no, el victimario debe repararlos. Esa es la interpretación correcta si se atiende a la función y finalidad de un sistema de responsabilidad civil que pretende desincentivar la realización de conductas dañosas.

Si lo dicho hasta ahora respecto a la reorientación del principio de la reparación integral del daño es correcto, la conclusión respecto a los daños punitivos es que éstos, como mecanismo de corrección de las posibilidades de escapar a la responsabilidad, no sólo son compatibles con el sistema vigente sino que además necesario. Si es cierto que la manera en que debe entenderse el principio es que el causante de los daños debe responder por ellos más allá de si es demandado o

no, los *punitive damages* en la versión expuesta por Polinsky y Shavell son una buena manera de concretar esa interpretación. Es posible que se ideen otros mecanismos, pero podrían resultar demasiado costosos. A través de los daños punitivos, en cambio, el sistema aprovecha los momentos institucionales en los que dispone del agente para condenarlo a pagar los daños que por diferentes motivos no fue capaz de atribuirle al momento en que los generó. En consecuencia, los daños punitivos son la derivación natural de la redefinición del principio de la reparación íntegra del daño.²⁶³

Por último, es interesante destacar que esta interpretación no altera el fundamento en la justicia correctiva que podría hallarse detrás del principio de la reparación integral. Esto es así en la medida que, como se dijo, no hay ninguna posibilidad de que una orientación hacia el victimario no tenga como consecuencia la realización del interés de la víctima. La diferencia en la posición de ésta última, es que en esta nueva hipótesis habrá víctimas que reciban más dinero del que representa *su* daño en particular. Pero eso no es algo que desconozca la justicia correctiva que sustenta un sistema compensatorio, al menos en cuanto a la comparación de su situación posterior al daño, en relación con la anterior. Es cierto, sin embargo, que el argumento supone que deben existir individuos que no reciben un monto de dinero por los daños que sufrieron. Pero eso es así porque, en esta variante, los daños punitivos están pensados como respuesta al problema de un sistema de responsabilidad que no logra identificar todas las situaciones dañosas. Si ese problema no existiese –es decir, si hubiese un mecanismo donde los agentes son capaces de ser reconocidos responsables institucionalmente *todas* las veces en que causan daños- desde luego que en el sentido de Polinsky y Shavell los daños punitivos carecerían de sentido. Además, si bien la orientación hacia la víctima procura que ella recupere el valor económico de sus perjuicios, no se hace cargo de las circunstancias que permiten que ella llegue a la instancia donde la discusión en torno a esa recuperación es posible. Por lo mismo, que haya víctimas que por diversas razones no pueden ver satisfecho su interés patrimonial no es siquiera relevante. Como se ha insistido, un sistema centrado en el victimario es capaz tanto de velar por la víctima como de dar respuesta a la pregunta acerca del tratamiento de los daños que no pudieron ser atribuidos institucionalmente a un agente.

²⁶³ Hasta ahora, esta tesis no es suficiente para justificar que el destinatario de los montos correspondientes a daños punitivos sea la víctima que los demanda. Las razones que podrían servir de base para esa configuración de la institución se expondrán en el capítulo V.

CONVENIENCIA DE LA ACEPTACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO CHILENO: LA TESIS CENTRAL

4.1 Generalidades

Hasta ahora se ha analizado con detención las distintas interpretaciones y conceptualizaciones que se han hecho de los daños punitivos. La opinión mayoritaria –los autores de Derecho Comparado y la doctrina nacional que se ha hecho cargo del tema- destacan que los *punitive damages* cumplen finalidades tanto sancionatorias como preventivas. Esa prevención, sin embargo, se destacó que no es concebida autónomamente sino que es el resultado de la aplicación de cualquier castigo. Si los agentes sienten la amenaza de una pena por la realización de una acción, razona esta tesis, se abstendrán de incurrir en ella. En este sentido, la prevención que generan los daños punitivos es una cuestión diversa a la estructura actual de la responsabilidad civil.

Con todo, como se ha venido insistiendo, la tesis central de esta memoria es que los daños punitivos son un buen mecanismo para corregir algunos de los errores del sistema de responsabilidad civil vigente que alteran su diseño orientado a la prevención como un fin propio, especialmente aquellos que dicen relación con la posibilidad de escapar a ella. Más arriba se señaló que si el derecho de daños aspira a ser un buen mecanismo de disuasión debe tener como uno de sus fundamentos, más allá de si se exige la infracción a un estándar de conducta determinado, o si se fija una regla de responsabilidad estricta, el hecho de que quienes generan perjuicios deben responder por ellos. Es decir, una estructura adecuada de las reglas de responsabilidad tendiente a conseguir un nivel óptimo de prevención exige que los victimarios paguen montos de dinero iguales a los daños que causan.

En lo que sigue, se intentará demostrar en qué sentido es conveniente adoptar los daños punitivos en Chile. En primer lugar, se explicará cuál es la tesis respecto a los daños punitivos que se recoge y por qué es importante asumir una posición en ese aspecto. Si bien ha quedado claro que el argumento de esta memoria se inclina por una concepción económica de la institución estudiada, se aclarará por qué se prefiere la tesis sostenida por Polinsky y Shavell, por

sobre la de Robert Cooter. En segundo lugar, se realizará un análisis de las consecuencias sociológicas de contar con un sistema de daños punitivos, intentando demostrar que en un contexto funcionalmente diferenciado éste es valorado.

4.2 La tesis de los daños punitivos como solución a las posibilidades de escape a la responsabilidad: una reafirmación de la prevención

Se ha dicho permanentemente a lo largo de este trabajo que el rol de la responsabilidad civil – o al menos es lo que se sostiene desde una perspectiva, como la defendida por Guido Calabresi, para quien es posible considerar que una finalidad axiomática del derecho de la responsabilidad civil es reducir los costos de los accidentes-²⁶⁴ es la prevención. Para cumplir con ella en forma eficiente, debe lograrse que los montos indemnizatorios sean equivalentes al daño causado. En este sentido, la prevención que promueve un sistema de responsabilidad civil es distinta a la que algunas corrientes atribuyen a las penas. Cuando según cierta doctrina se sostiene que la pena busca disuadir al resto de la comunidad a incurrir en determinadas conductas, se está apuntando a una cuestión diferente. Mientras en el primer caso no hay castigo sino sólo atribución de los costos de un daño a quien lo causa, en el segundo existe evaluación de una conducta como indeseable y una respuesta desagradable del sistema –la pena- a quien incurra en dicha conducta. Ambas posiciones pueden ser entendidas bajo un principio económico. Por un lado, el sistema compensatorio busca permitir que los agentes realicen sólo las acciones cuyos daños pueden pagar. Por otro lado, los castigos como medio de disuasión aspiran a ser un desincentivo lo suficientemente fuerte como para evitar que se realicen determinadas conductas que, sin ese desincentivo, resultarían beneficiosas para el agente. Es decir, en el primer caso, la regla *redistribuye* el costo generado por un daño para colocarlo en quien lo genera. En el segundo, la regla *crea* el costo para hacer más cara una conducta indeseable.

En el caso de los daños punitivos, y ya desde una perspectiva puramente económica, el tema se ha abordado desde ambas posiciones. Por un lado, Polinsky y Shavell entienden que los *punitive damages* son una herramienta de la prevención en el sentido de las reglas de responsabilidad. Y ello es así porque sólo corrigen los errores del sistema, respetando la lógica

²⁶⁴ CALABRESI, ob. cit., p. 44.

de acuerdo a la cual lo eficiente es pagar sólo por los daños causados. En otras palabras, si el derecho de daños logra alcanzar un nivel de perfección tal que no sea posible escapar a la responsabilidad, los daños punitivos carecerán de sentido. Para decirlo por última vez, bajo esta perspectiva los daños punitivos obligan a que quien incurrió en un daño, asuma los costos ya generados por él. Por otro lado, la lógica económica detrás de *Grimshaw vs. Ford Co.* refleja una concepción de los daños punitivos como pena. Si la empresa de automóviles decidió no retirar los vehículos en mal estado porque consideró que lo racional era indemnizar a las eventuales víctimas, en este caso los daños punitivos buscan ser ellos mismos nuevos costos a tomar en cuenta en la decisión de la empresa. Como se ve, en esta hipótesis, los *punitive damages* pasan a ser cualitativamente distintos a los defendidos en la tesis de Polinsky y Shavell. El argumento de Cooter se encuadra dentro del razonamiento detrás de *Grimshaw*. Si de acuerdo a su posición los daños punitivos deben pagarse sólo en aquellos casos donde el umbral de diligencia es traspasado intencionalmente, éstos son costos en sí mismo. Es decir, es la propia regla la que crea el costo para que se mantenga la finalidad prevencionista del sistema de responsabilidad, de la misma forma que lo hace un castigo.

Decidir qué fundamento se va a tener en cuenta a la hora de establecer los daños punitivos como institución autónoma propia del derecho de daños no reviste intereses puramente académicos. En efecto, cada una de las distintas posiciones que se sostienen –los daños punitivos como sanción por conductas especialmente graves; los daños punitivos como costos para la conductas que traspasan intencionalmente el umbral de diligencia; o los daños punitivos como mecanismo de corrección de las posibilidades de escapar a la responsabilidad- implica diferentes presupuestos de procedencia de las condenas por este concepto. Es decir, si se sigue la tesis tradicional respecto a los daños punitivos –esto es, la que es propia del sistema norteamericano o que consagró el sistema argentino en materia del Derecho del Consumidor- el juez –o el jurado- sólo podrá condenarlos cuando una apreciación del comportamiento del victimario lo haga procedente en función de la gravedad de su conducta. De igual modo, si se acepta la tesis de Cooter, los daños punitivos sólo serán procedentes cuando el nivel de diligencia exigido sea groseramente inobservado.²⁶⁵ ²⁶⁶ Por último, al cuadrarse con el argumento de Polinsky y

²⁶⁵ Recuérdese que Cooter presume que, dada la evidencia empírica, donde la gran mayoría de los casos de responsabilidad por culpa están configurados por negligencias que no suponen una infracción cuantiosa

Shavell, los presupuestos de condena por daños punitivos serán una situación ajena a la relación misma entre demandante y demandado, toda vez que, en la gran mayoría de los casos las posibilidades de que el primero escape a la responsabilidad es por causas que no son imputables a él. Por lo tanto, la pregunta por los fundamentos de la institución que aquí se analiza es particularmente relevante. La inclinación por unos u otros trae consecuencias directas y concretas en la actividad de adjudicación del juez.

Como se ha venido adelantando, el argumento de esta memoria es el defendido por Polonsky y Shavell. La pregunta natural es por qué. Es decir, cuáles son las razones que hacen inclinarse por esa tesis y no por otra.

Este trabajo pretende ser un aporte al derecho de la responsabilidad civil entendido como el conjunto de reglas que configura un sistema adecuado de incentivos para que los costos que son consecuencia de un daño sean asumidos por quien más valora la acción que los produce. En ese sentido, los daños punitivos de acuerdo a la tesis de Polinsky y Shavell son un mecanismo necesario del sistema toda vez que, si es correcta la premisa según la cual es socialmente óptimo compensar *todos* los daños generados, ni más ni menos –que, recuérdese, es el sentido que aquí se ha propuesto para entender el principio, fundante de la responsabilidad civil, de la reparación integral del daño-, las reglas de la responsabilidad civil requieren de alguna solución para todos aquellos casos donde en virtud de razones fácticas no es posible indemnizar ciertos daños porque no son conocidos por los mecanismos institucionales dispuestos para ello. Esta solución está dada por los daños punitivos. En cambio, si los daños punitivos se entienden de la forma que lo hace Cooter, en verdad es poco lo que eso tiene que ver con el derecho de daños en tanto éste tenga como función –insisto- asignar los costos de acciones dañosas a quienes más las valoran. Desde luego, esto no quiere decir que no sea posible establecer reglas que signifiquen ellas

del estándar de conducta, un nivel grosero de negligencia significa un quebrantamiento intencional del umbral exigido.

²⁶⁶ A pesar de la distinción recién hecha, la principal consecuencia de la tesis de Cooter no es muy distinta a la de la tesis tradicional. En ambos casos, lo que hay detrás de los daños punitivos son nuevos costos que buscan desincentivar conductas indeseables. De ahí que, más arriba se haya dicho que el argumento de Cooter no es más que una reformulación económica de la tesis tradicional.

mismos nuevos costos a considerar por los agentes.²⁶⁷ Ello no sólo es jurídicamente factible sino que, como se dijo, esa es la función de instituciones ya radicadas en el derecho chileno, como el incremento legal en caso de despidos injustificados, o las sanciones al cónyuge que maliciosamente oculta bienes. Pero sí significa que para los efectos de optimizar la función económica de la responsabilidad civil, los daños punitivos en el sentido de Polinsky y Shavell son una consecuencia necesaria, no así en el caso de Cooter.

Por lo tanto, en esta tesis se defiende el argumento de los daños punitivos como solución a las posibilidades de escapar a la responsabilidad porque ella pretende aportar al mejoramiento del derecho de daños y reafirmar su función prevencionista, pero en ningún caso significa que asumir esto excluya la posibilidad de incorporar institucionalmente los daños punitivos en la forma que, por ejemplo, lo hizo Argentina. En otras palabras, defender el argumento de Polinsky y Shavell no significa excluir el de Cooter o la versión tradicional si se mira desde la perspectiva del derecho en su conjunto. Pero si lo que se quiere es analizar y mejorar las reglas de la responsabilidad civil y su función preventiva, la consecuencia necesaria es aceptar los daños punitivos en la forma que aquí se hace, y no en otra. Por lo demás, las preguntas previas en uno u otro caso son radicalmente distintas. Así, mientras que para la tesis de esta memoria la gran pregunta para incorporar la institución analizada es si existen suficientes opciones de escapar a la responsabilidad, para la versión tradicional la interrogante central es si es necesario agregar costos a ciertas acciones, y si eso es así, si debe hacerse a través de los mismos daños punitivos o, por ejemplo, mediante un sistema de multa. De igual forma, hay cuestiones de constitucionalidad que sólo son necesarias de satisfacer en este último caso, tal como se verá en el capítulo final de este trabajo.

Dicho lo anterior, conviene responder una pregunta que quedó pendiente en el primer capítulo de esta memoria. Si el argumento que aquí se defiende es correcto, ¿cuál es la naturaleza de los daños punitivos, entendidos como el mecanismo de ajuste a las posibilidades de escape a la responsabilidad? En otras palabras, ¿es posible calificar como daño, es decir, como una lesión a un interés legítimo de otro, la institución analizada? Para responder, es indispensable recordar el contexto en el que, a juicio de la tesis de Polinsky y Shavell, nace la

²⁶⁷ Que, recuérdese, es lo que fija una diferencia cualitativa entre los daños punitivos en las versiones de Polinsky y Shavell por un lado, y Cooter por el otro.

necesidad de contar con un sistema de daños punitivos. Ese contexto es el de un sistema compensatorio imperfecto, específicamente en lo que dice relación con las posibilidades de escapar a la responsabilidad (compensatoria) que tienen los agentes causantes de daño.

Supóngase que en un sistema dado, no hay ninguna posibilidad de escapar a la responsabilidad. Es decir, todos los daños generados son asumidos por quienes los generan, lo que se materializa en una indemnización compensatoriamente perfecta pagada a las víctimas. Bajo esta hipótesis, y de acuerdo a lo que se ha venido diciendo, no es necesario contar con un sistema que permita condenar por daños punitivos, en el sentido que aquí se entienden. En la medida que los costos de los accidentes sean asumidos íntegramente por los agentes que los causan, se cumple con el fin económico de la responsabilidad civil, que es diseñar un conjunto de reglas que establezca incentivos adecuados para evitar los daños, lo cual se logra cuando los montos que se pagan a título de indemnización equivalen al daño causado. En consecuencia, como los daños punitivos propuestos por Polinsky y Shavell vienen a reforzar ese objetivo, si él se logra sólo con daños compensatorios, los *punitive damages* se vuelven irrelevantes. Ahora bien, si por razones contingentes el sistema recién descrito se tornase imperfecto y ya no se cumpliera con el objetivo de que quienes generan los accidentes asuman todos los costos asociados a ellos, nacería la necesidad de contar con reglas que posibiliten las condenas por daños punitivos.

En consecuencia, frente a la pregunta de cuál es la naturaleza de estos daños, no es posible ofrecer una respuesta aplicando las categorías de análisis tradicionales de la doctrina chilena. Y esto es así porque la procedencia de los daños punitivos no está determinada por la relación que se da en el caso concreto entre demandante y demandado, sino por la posición de ese demandado frente a potenciales demandantes que por distintas razones no fueron compensados por los perjuicios sufridos. Por lo tanto, los daños punitivos no son una lesión a un interés legítimo del demandante sino que son la consecuencia de un análisis de los efectos que se siguen de una comprensión de la responsabilidad civil como un sistema, en un sentido fuerte, de reglas compensatorias. Y si lo que aquí se dice se relaciona con el hecho de que la necesidad de los daños punitivos es el resultado de una falla de los daños compensatorios en su intento por constituir un conjunto adecuado de incentivos para evitar accidentes, se concluye que aquéllos son parte de la racionalidad interna de éstos, por lo que, si hay que calificar de algún modo la naturaleza jurídica de los daños punitivos, habría que decir que son daños compensatorios en un sentido más comprensivo, toda vez que reparan los perjuicios que el demandado generó a la

comunidad en general y que por una u otra razón no pudieron ser indemnizados siguiendo los mecanismos tradicionales de compensación.

En ese sentido, preguntas como, por ejemplo, las condiciones en que es posible atribuir determinados daños punitivos a un agente en particular son irrelevantes ya que fueron satisfechas anteriormente, al cuestionarse esas mismas consideraciones a propósito de los daños compensatorios. Es decir, si se concluye que ciertos costos deben atribuirse objetivamente al victimario X –que no es otra cosa que preguntarse por el requisito de causalidad-, no es necesario volver a interrogarse acerca de si los daños punitivos deben atribuirse a ese victimario X, en la medida que esos daños punitivos no son más que un reajuste de los daños compensatorios globalmente considerados.

4.3 Los daños punitivos como observación de la autonomía del derecho

Una de las principales características del derecho moderno es su autonomía. En términos sociológicos esto significa que el sistema jurídico observa los fenómenos sociales desde su propia lógica funcional, limitando su relación con el entorno a los diferentes acoplamientos estructurales que surgen.²⁶⁸ Es decir, para los problemas sociales, el derecho tiene respuestas que difieren de las que pueda ofrecer otro sistema social, como la política, la economía o la religión, ya que sólo es capaz de actuar de acuerdo a su propia lógica funcional –que está constituida por el sistema- y a su vez, descartar lo que le es ajeno –que equivale al entorno-. Günther Teubner – un autor que continuó con el estudio de la teoría de sistemas, pero que incorporó nuevas tesis que Luhmann no necesariamente compartió- creó el concepto de derecho reflexivo, que pretende describir el comportamiento del sistema jurídico de la sociedad moderna en cuanto a sus capacidades de intervención. De acuerdo a Teubner, el derecho moderno, como sistema autorreferencial, puede autoobservarse, autodescribirse y autoorganizarse. Una combinación de sus capacidades autoregulatorias y autodescriptivas dan como resultado un derecho

²⁶⁸ Para una comprensión del proceso de diferenciación social véase LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia. Madrid, Editorial Trotta, 1998, Segunda Parte: Diferenciación social y sociedad moderna, pp. 71 y ss.; y LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México, Editorial Herder, 2007, Capítulo 1: La sociedad como sistema social y Capítulo 4: Diferenciación. Para la distinción entre sistema y entorno, eje central de la teoría de sistemas elaborada por Luhmann, véase *Ibíd.*, pp. 40 y ss; LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general. Barcelona, Anthropos Editorial, 1998, capítulo 4: Sistema y entorno; y ARNOLD, Marcelo y Rodríguez, Darío. Sociedad y teoría de sistemas. Santiago, Editorial Universitaria, 2007, pp. 99 y ss.

autoreflexivo, que sólo puede desarrollarse si el propio derecho se relaciona con su entorno.²⁶⁹ En otras palabras, si el sistema jurídico se reconoce tanto a sí mismo como al resto de los fenómenos sociales, y como respuesta a ello produce una regulación, actúa reflexivamente. Esa reflexividad, entonces, determina qué intervenciones sociales son exitosas, porque si así no fuera, ocurrirían fenómenos desdiferenciadores, dada la incapacidad del derecho de desconocer su clausura operativa.²⁷⁰ Teubner sostiene, por ejemplo, que cuando el derecho impone una tarifa en un mercado regulado no lo hace en un sentido impositivo de intervención. La fijación de un precio a través de un decreto, como ocurre en Chile en los mercados del gas, del agua, de la luz, etc., responde a una observación de la economía desde una óptica de la regulación jurídica.²⁷¹

Si todo lo anterior es correcto, entonces hay buenas razones para justificar sociológicamente los daños punitivos. Es posible -y en efecto es lo más común- que los motivos por los cuales un agente escape a la responsabilidad no tengan nada que ver ni con su propia actividad ni con la estructura abstracta del derecho de daños. En efecto, lo habitual es que un caso no llegue a los tribunales porque el sistema judicial es muy caro, muy lento o porque en virtud de las características del daño generado éste no logre un efecto que motive a las víctimas a demandar.²⁷² Por lo tanto, si las reglas de la responsabilidad civil detectan en su observación autorreflexiva una irregularidad en la adjudicación de los casos, y las expectativas normativas apuntan a un deseo de solucionarla, tenderá a ofrecer una solución que sólo es capaz de funcionar de acuerdo a su clausura operativa. Y ese papel lo desempeñan los *punitive damages*. Esta institución viene a confirmar el rol asignado por la contingencia de las expectativas normativas al derecho de daños, en cuanto a ser un elemento persuasivo que reasigna costos ya generados por actividades dañosas. Como se dijo, no es un problema de la responsabilidad civil que ciertos casos no logren llegar a los momentos institucionales dispuestos para analizarlos. Pero así como una alternativa sería modificar, por ejemplo, las normas procesales de tal forma

²⁶⁹ TEUBNER, Günther. *Law as an autopoietic system*. Oxford, Blackwell Publishers, 1993, pp. 19-20.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 74. Para una mejor comprensión de la clausura operativa del derecho véase LUHMANN, ob. cit., capítulo 2: La clausura operativa del derecho.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 77.

²⁷² Piénsese en el daño por la contaminación. Si bien todos lo sufrimos, sólo en ciertos casos, y cuando su manifestación sea particularmente intensa se demandará. Y ello ocurre no porque una regla impida ejercer una acción sino por razones fácticas.

que incentiven a demandar todos los casos donde existen daños, los *punitive damages* son la respuesta que resulta de la propia observación del derecho privado.

En este sentido, los daños punitivos son necesariamente contingentes, toda vez que su existencia está condicionada a elementos externos al derecho de daños, pero que resultan de su propia observación. En definitiva, los daños punitivos, por un lado reflejan lo cierto de la tesis luhmanniana en cuanto a que el derecho como sistema está clausurado operativamente, pero abierto en términos cognitivos y por otro, son ellos mismos un buen mecanismo de intervención que nace como resultado de la observación reflexiva del derecho privado.

CRÍTICAS A LOS DAÑOS PUNITIVOS

5.1 Generalidades

Una institución de las características de los daños punitivos no está exenta de críticas. En el Common Law, incluso, donde esta categoría de daños parece estar plenamente arraigada, los cuestionamientos son constantes.²⁷³ Por lo mismo, en Chile pueden esperarse fuertes cuestionamientos toda vez que en cierta medida, los daños punitivos son una institución que no se condice con la tradición teórica que ha estado presente en el derecho de daños.

Pero para analizar lo anterior conviene insistir en la distinción que se ha venido formulando, en cuanto a los daños punitivos en el sentido de Polinsky y Shavell, el entendimiento clásico y la tesis de Cooter. Si se mira con cuidado, la gran mayoría de las críticas apunta a las condenas de daños punitivos por conductas especialmente graves, de acuerdo a la tradición anglosajona. Por lo mismo, se advierte que gran parte de los cuestionamientos mira a los *punitive damages* entendidos de esta forma. Y como se vio, las consecuencias de una y otra fundamentación no son sólo teóricas sino de relevancia para la adjudicación de casos concretos, por lo que, en consecuencia, si se aceptan los daños punitivos como aquí se proponen, las críticas debieran ser fácilmente desechables.

Por lo tanto, en cada uno de los apartados que siguen, se analizarán las críticas a los daños punitivos primero dentro del contexto que ellas se formulan –es decir, apuntando a la tesis tradicional- y luego, se examinará si ellas son aplicables a la posición que aquí se defiende.

5.2 Constitucionalidad de la indemnización por daños punitivos

Se ha planteado que los daños punitivos podrían ser inconstitucionales ya que violarían ciertas garantías como el debido proceso o el principio de legalidad que debe regir en la

²⁷³ Véase a modo ejemplar, ATIYAH, P. S. *The Damages lottery*. Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 161; CANE, ob. cit., p. 302; KIONKA, ob. cit., p. 320.

aplicación de penas.²⁷⁴ Además, se ha planteado en Estados Unidos que los daños punitivos violarían la Octava enmienda, que prohíbe la aplicación de penas excesivas o crueles, debido a los altos montos que muchas veces son otorgados por los jurados norteamericano, aunque generalmente son reducidos posteriormente por las Cortes de Apelaciones.

Como se advirtió, debe tenerse en cuenta que esta crítica a los daños punitivos apunta a la concepción de ellos como pena por conductas especialmente graves. Y si bien se ha intentado dejar en claro que en este trabajo no se defiende esa posición y que, la propuesta para el sistema chileno se justifica desde otra perspectiva, existe a mi juicio una confusión en el objetivo de los cuestionamientos de constitucionalidad, incluso si se aceptase la institución como lo hace la tesis tradicional. En primer lugar, respecto a su legalidad, desde luego que puede ser razonable criticar la conducta de ciertos estados de Estados Unidos en las condenas.²⁷⁵ En general, el derecho moderno exige una legitimación democrática que se materializa en un principio de legalidad. Incluso el derecho privado, bajo el concepto de las normas de orden público, requiere de cierto grado de respaldo legal, no siendo razonable dejar todo su desarrollo y evolución a la doctrina y jurisprudencia. Pero, por lo mismo, una crítica que apunte a la legalidad de los daños punitivos no es una crítica de fondo sino más bien formal. Es decir, quienes sostienen que los *punitive damages* no respetan el principio de legalidad, sólo exigen el cumplimiento de ciertas formas –que, desde luego, es algo muy importante- pero una vez satisfecho, no hay mayor reproche. En ese sentido, la materialización legal que hizo el sistema argentino en la Ley de Defensa del Consumidor de esta institución termina con cualquier aprensión acerca de ella, al menos desde este punto de vista.

En cuanto a la crítica según la cual los daños punitivos considerados como pena afectan el debido proceso, no es razonable suponer, *a priori*, que por el sólo hecho de contemplarse el análisis de esta institución en sede civil habrá más probabilidades de afectar garantías propias del *due process*. Si bien es cierto que, en general, los sistemas procesales penales tienden a resguardar de mejor manera los derechos de las personas, ello no quiere decir que las exigencias

²⁷⁴ Véase CORRAL, ob. cit., p. 68; ALARCÓN, ob. cit., p. 71; CANE, ob. cit., p. 302; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit., p. 130.

²⁷⁵ Véase, por ejemplo, PRIEST, ob. cit., pp. 301 y ss.

de un debido proceso sean exclusivas de esa materia. Si la teoría de la unidad del Proceso es correcta, no hay ninguna razón para ser menos exigentes en las cuestiones civiles cuando se trata de exigir respeto por las garantías fundamentales. Una convivencia democrática no puede aceptar que existiendo una discriminación arbitraria en uno y otro caso, en virtud de cuestiones fácticas, ello sirva como argumento para excluir una institución del ámbito de protección de una categoría de procedimiento. Lo que la teoría democrática exige es intentar igualar el respeto por los derechos de las personas tanto en cuestiones civiles como penales, y no asumir con tranquilidad que en los procedimientos civiles no existe un grado de rigurosidad suficiente que materialice el derecho al debido proceso.

Finalmente, en relación a la eventual violación a la Octava Enmienda –y siempre dentro del supuesto de los daños punitivos en un sentido tradicional- es más bien una crítica a la conducta de los jurados que a la institución misma. Si quienes deben asignar los montos por daños punitivos lo hacen sin parámetro alguno de racionalidad, lo criticable es esa situación, más que la lógica detrás de ellos. Equivale, en algún sentido, a la situación que se mencionó más arriba respecto al daño moral en Chile. Decir, en este último caso, que los jueces no cuentan con parámetros razonables para fijar y argumentar sus condenas por daño moral no puede entenderse como una crítica al daño moral *per se*. Por lo tanto, cuestionar a los daños punitivos por no estar en ningún grado de concordancia con los daños materiales concretos, es más bien un reparo a la práctica institucional que recae sobre ellos que a la racionalidad que los constituye.

Ahora bien, si el problema se mira desde la perspectiva que aquí se propone para entender, justificar y aceptar los daños punitivos como una institución de la responsabilidad civil, las críticas a su constitucionalidad carecen de sentido. A menos, claro, que lo que se cuestione sea la constitucionalidad del derecho de daños. En efecto, no hay afectación del principio de legalidad toda vez que, desde luego, todo este trabajo tiene como objetivo introducir una modificación legal que acepte la institución analizada, sin perjuicio que su justificación pueda darse en el marco de las reglas vigentes. Igualmente, por su propia naturaleza, los daños punitivos aquí propuestos tienen una limitación intrínseca en su asignación ya que dependen del porcentaje de probabilidad para escapar a la responsabilidad y no de una apreciación en conciencia, como ocurre con el daño moral en la actualidad. Además, cabe recordar que como lo que aquí se sostiene es que los daños punitivos son, en esencia, daños compensatorios que no pudieron

pagarse a quien los sufrió por haberse escapado a la responsabilidad, la extensión de los montos a título de condena está determinada por la propia actividad del victimario y no por una decisión externa ya que, como se dijo, lo que diferencia a esta fundamentación de la institución de otras es que sólo busca atribuir costos a quien los produjo y no crear ella misma nuevos costos como forma de desincentivar conductas especialmente indeseables.

5.3 La indemnización por daños punitivos y el principio del enriquecimiento injustificado

Otra crítica que ha surgido hacia los daños punitivos es que ellos constituyen un enriquecimiento injustificado.²⁷⁶ Se dice, a propósito de esto, que debido al principio de la reparación íntegra del daño, cualquier monto que exceda el daño efectivamente causado será un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima. Los hermanos Mazeaud, hablando de esto mismo, señalan que lo único que se debe es el daño efectivamente causado y que el beneficio eventual debe permanecer en poder del victimario ya que traspasarlo a la víctima significaría obviar, en primer lugar, el principio de la reparación íntegra del daño y en segundo lugar, se estaría enriqueciendo a la víctima injustificadamente.²⁷⁷ Igual piensa De Cupis, aunque agrega que por consideraciones de justicia abstracta podría parecer razonable entregar el beneficio a la víctima.²⁷⁸

Para contestar a esta crítica, es necesario hacer una aclaración conceptual que permita entender de qué se está hablando cuando se menciona el principio del enriquecimiento injustificado.

²⁷⁶ ALARCÓN, ob. cit., p. 66; PANTALEÓN, Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas). *Derecho y Humanidades*. 10: p. 19, 2002-2003; TRIGO, ob. cit., p. 287.

²⁷⁷ MAZEAUD, Henri y León – Tunc, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual. Citado en TRIGO, ob. cit., p. 285.

²⁷⁸ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Citado en TRIGO, ob. cit., p. 287.

Se ha discutido, en el derecho chileno, cuál es el estatus del principio del enriquecimiento injustificado.²⁷⁹ Por un lado, se sostiene que el enriquecimiento injustificado es un principio general del derecho, fundante del Código Civil y que está a la altura de la Buena Fe, la Responsabilidad o la Autonomía de la Voluntad. Desde esta perspectiva, el enriquecimiento injustificado cumple los roles propios de todo principio: es un elemento auxiliar en los ejercicios interpretativos e integradores de las distintas normas, y explica el fundamento que hay detrás de ciertas instituciones como, por ejemplo, el pago de lo no debido, o la accesión. En términos concretos, el principio del enriquecimiento injustificado significa que “el derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique.”²⁸⁰ Por otro lado, se ha dicho que el enriquecimiento injustificado es una fuente autónoma de obligaciones, tal cual lo son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos, la ley y las declaraciones unilaterales de voluntad. Si bien no existe disposición expresa que reconozca la fuente del enriquecimiento injustificado, se sostiene que puede extraerse del Código una acción restitutoria para todos aquellos casos donde no haya una razón que explique una determinada atribución patrimonial.²⁸¹

Pero más allá de esta discusión, lo que interesa para los propósitos de este trabajo es aclarar que cuando se habla de una justificación que explique la riqueza atribuida a un patrimonio determinando, se está apelando a un concepto normativo. Es decir, la pregunta que hay que responder no es si hay buenas razones económicas, sociales o morales para retener una ganancia. Lo relevante es verificar si el derecho, en términos positivos, acepta que se retenga esa ganancia por existir, en último término, una norma que así lo permita.²⁸² En ese sentido, si se aceptase legalmente la institución de los daños punitivos, sea cual fuese la justificación que la explique, el monto que supere el daño contaría con una causa suficiente que explique su radicación en el patrimonio de la víctima.

²⁷⁹ Para entender esta discusión con mayor profundidad, véase PEÑAILILLO, ob. cit.

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 72.

²⁸¹ *Ibíd.*, pp. 72 y 73.

²⁸² Desde luego, esto no quiere decir que siempre la justificación deba buscarse en la ley. También puede entregarla un contrato, un cuasicontrato y en general cualquier fuente de las obligaciones. En ese sentido, cuando se dice que la justificación debe estar, en último término, en una norma, quiere decir que debe tratarse de una “causa legítima amparada por el derecho. *Ibíd.*, p. 79. Véase también BIRKS, ob. cit., Part III.

Es probable que a quienes sostienen esta crítica les preocupe que una norma permita que, en sede de responsabilidad civil, un individuo reciba más dinero del que en virtud del daño que sufrió le correspondía. Por cierto que eso se puede discutir. Pero ese es un asunto que no puede intentarse evitando recurrir al principio del enriquecimiento injustificado ya que su sentido normativo apunta a una dirección totalmente diversa.

5.4 Los daños punitivos y el sistema de multas

Una vez que se acepta la posibilidad de hacer que el victimario pague más que el daño efectivamente causado, surge la siguiente crítica: no hay ninguna razón para hacer que el destinatario de los montos por daños punitivos sea la víctima y no el Estado.²⁸³ Incluso, se argumenta, que sea el Estado quien recibe los montos parece ser mucho más sensato y no se podrían encontrar segundas intenciones en los demandantes. La víctima ya ha sido satisfecha a través de la indemnización compensatoria por lo que, reconociéndose los beneficios de una institución como los *punitive damages*, toda suma de dinero superior no puede tener mejor destinatario que el Estado, encargado del bien público. En cierta medida, es cierto que no hay ninguna razón *jurídica* para optar por el Estado o la víctima como destinatario de los montos indemnizatorios. Segura, por ejemplo, citando a Pizarro, señala que un sistema de penas privadas es más eficaz, sencillo y dinámico pues se incentiva a la víctima a reclamar la pena, cumpliéndose el objetivo social de manera mucho más eficiente.²⁸⁴

Como es habitual, antes de contestar a esta crítica, debe distinguirse entre la tesis tradicional que funda a los daños punitivos y la que aquí se defiende. En el primer caso, las razones para inclinarse por el Estado o la víctima son mucho más debatibles. Si bien es cierto que, como se dijo más arriba, no son desconocidos para el derecho privado chileno casos de montos superiores al daño causado que vayan destinados a quien el victimario infringió el daño, y no al Estado,

²⁸³ Véase CANE, ob. cit., p. 302; SEGURA, ob. cit., 640.

²⁸⁴ PIZARRO, Ramón. Daño moral, prevención y punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho. Citado en SEGURA, ob. cit., p. 640.

escondiéndose detrás de esas hipótesis un claro sentido sancionatorio,²⁸⁵ podría haber motivos para preferir al este último. Por otra parte, puede decirse que, dada la naturaleza de dichos casos, parece ser razonable, ya sea por consideraciones de justicia o eficiencia, preferir a la víctima. Pero más allá de esto, si se conciben a los daños punitivos como costos creados para encarecer conductas indeseables, lo que hace inclinarse por la víctima o el Estado son cuestiones de política, públicamente debatibles.

Distinto es lo ocurre cuando los daños punitivos son justificados en la forma que lo hacen Polinsky y Shavell. En ese caso, si bien la situación sigue siendo un asunto de política, a mi juicio hay razones de eficiencia mucho más poderosas para inclinarse por las víctimas como destinatarias de los montos condenados. En primer lugar, es obvio que si existe una expectativa a recibir dinero que supere el daño sufrido habrá incentivos para que las víctimas demanden. Eso es generalmente aceptado. Pero lo interesante para este caso es que estos incentivos harán que se reduzcan las probabilidades de escapar a la responsabilidad que tienen como antecedente la decisión de la víctima de no demandar. Se crea de esa forma un círculo virtuoso. Es decir, si los daños punitivos se justifican sólo cuando hay formas de escapar a la responsabilidad, y ellos se entregan a las víctimas que sí demandan, éstas lo harán en mayor número reduciendo los casos en que los victimarios no responden porque la víctima prefiere no demandar. Y para evitar que se demande sin un motivo plausible, es necesario contar con un buen sistema de costas, que obligue a los litigantes temerarios a internalizar los costos de sus decisiones imprudentes.

Podría pensarse que frente a la expectativa de ser demandado por un mayor número de víctimas, los agentes tendrán incentivos para ser excesivamente cautelosos, más allá de lo que exige un nivel óptimo. Eso es incorrecto. El nivel óptimo de prevención exige que se pague por los daños causados, ni más ni menos. Por lo mismo, crear incentivos para que se demanden daños –siempre que se desincentiven las demandas insostenibles, con un buen sistema de costas– sólo implica acercarse al nivel óptimo de prevención que originalmente se había fijado. Si los agentes escapan a la responsabilidad, no estarán siendo lo suficientemente cuidadosos en el ejercicio de actividades riesgosas. Lograr que sea cada vez más factible conocer en los tribunales

²⁸⁵ Recuérdense los ejemplos del Código Civil y Código del Trabajo citados más arriba.

de aquellas situaciones donde hay daños significa acercarnos un poco más al nivel que, en términos teóricos, exige la eficiencia para ser diligente.

En segundo lugar, una buena razón para preferir a la víctima como destinataria de los montos condenados es que ellas están en una mejor posición para detectar los casos en que sus victimarios escapan a la responsabilidad. En las actividades a gran escala, las víctimas de un agente suelen compartir al menos una característica. Así, quienes sufren la contaminación de una empresa, en general todos viven en un mismo lugar, o comparten una situación socioeconómica determinada. Por lo mismo, es mucho más probable que quien finalmente demande sepa cuáles fueron los motivos que impidieron que en casos anteriores se hiciera efectiva la responsabilidad del demandado. De ese modo, las demandas por daños punitivos –y por consiguiente las condenas– serán mucho más exactas y se evitará una sobrecompensación. El juez, por el estudio de los antecedentes que rodean el caso concreto que le corresponde analizar, podrá conocer como mayor exactitud las razones por las que en otros casos no se pudo condenar y podrá acercarse al nivel óptimo de prevención, que, una vez más, es donde el demandado debe pagar por todos los daños causados.

En tercer lugar, si el destinatario de los montos fuera el Estado, éste tendría que estar pendiente de los casos donde razonablemente el demandado pudo haber escapado a la responsabilidad. Eso es caro y agotador. Dada la obvia imposibilidad de cumplir con lo anterior, el Estado no tendría más opción que renunciar a ciertas hipótesis donde podría haber obtenido condenas por daños punitivos, lo que haría volver a la situación en que los agentes escapan a la responsabilidad, no pagan por todos los daños que causan y no se alcanza un nivel óptimo de prevención.

Finalmente, cabe agregar que, después de todo, la institución de los daños punitivos no soluciona el problema de que la víctima real vea compensado el daño *sufrido*, más allá de que sí se pague por todo el daño *causado*.²⁸⁶ Por lo mismo, y como forma de intentar, en algún grado, indemnizar a quienes verdaderamente recibieron los perjuicios, puede establecerse por ley un

²⁸⁶ Insisto en que el problema principal de la responsabilidad civil es configurar un sistema adecuado de prevención, donde los daños *causados* sean efectivamente compensados. Ese problema, desde luego, sí se resuelve con los daños punitivos.

impuesto a los montos por daños punitivos, que socialicen ese dinero –que, recuérdese, en un sistema perfecto debiera ir a parar a las manos de víctimas indeterminadas-, cuidando que la tasa fijada no genere el efecto contrario de desincentivar las demandas por parte de quienes sí llegan a los tribunales. Pero esa ya es otra discusión. Lo concreto es que, frente a las multas, los daños punitivos son un mecanismo superior si lo que se quiere es fijar un nivel óptimo de prevención, en el sentido que aspira a hacerlo la responsabilidad civil.

5.5 Los daños punitivos y el sistema de seguros

Finalmente, la última crítica que aquí se expondrá tiene que ver con la asegurabilidad de los daños punitivos. Atiyah, por ejemplo, sostiene que rara vez es el demandado quien efectivamente paga los perjuicios por lo que una indemnización por daños punitivos, que busque generar determinadas consecuencias resulta inútil.²⁸⁷ Kionka, por su parte, señala que eventualmente la asegurabilidad de este tipo de daños podría ser considerada contraria a las políticas públicas en virtud de las cuales se ha condenado al pago por concepto de daños punitivos.²⁸⁸ Señala que efectos como castigo o disuasión son obviados si se permite asegurar esta categoría de daños.²⁸⁹

Nuevamente, es necesario hacer una distinción entre los daños punitivos entendidos como pena y aquellos que se justifican de la forma que se hace aquí. En el primer caso, la respuesta que pueda darse a la pregunta respecto a si es razonable permitir la contratación de seguros para resguardarse de condenas por daños punitivos es totalmente diferente a la que se ofrezca para justificar la asegurabilidad de otro tipo de daños. En efecto, si los montos por daños punitivos no tienen una relación concreta con los daños reales –como ocurre en la tesis tradicional-, aceptar los seguros por daños materiales no implica necesariamente hacer lo mismo con los *punitive damages*. Es más, pareciera ser que por las finalidades que se les atribuyen a los daños punitivos en esta corriente, no es razonable permitir su asegurabilidad, ya que los nuevos costos se

²⁸⁷ ATIYAH, ob. cit., p. 161.

²⁸⁸ KIONKA, ob. cit., p. 321.

²⁸⁹ *Ibidem*.

socializarían y no cumplirían su función de constituir ellos mismos nuevos desincentivos a considerar. Por lo tanto, las críticas expuestas tienen sentido.

Pero si se acepta la propuesta de esta tesis, los seguros no constituyen problema alguno. O dicho de otro modo, no son un problema, sólo en la medida que sigan siendo aceptados para los daños materiales. Y esto es así porque, dado que los daños punitivos son, en esencia, daños materiales que no se pagaron en su oportunidad porque el victimario logró escapar a la responsabilidad, preguntarse respecto a si pueden permitirse los seguros para los *punitive damages* es lo mismo que hacerlo para la responsabilidad civil en general.²⁹⁰ Por lo tanto, bajo esta fundamentación, los seguros no son un problema. Desde luego, es posible replantearse todo el sistema de seguros en la responsabilidad civil. Pero eso no es algo que afecte únicamente la institución que aquí se analiza, ni tampoco es una cuestión que pueda plantearse en los marcos de este trabajo. Por lo mismo, y a diferencia de lo que ocurre en la concepción tradicional, los seguros no problemáticos para los daños punitivos siempre que no lo sean para el derecho de daños en su conjunto.

²⁹⁰ POLINSKY, Shavell, ob. cit., p. 931.

CONCLUSIÓN

Como se vio a lo largo de este trabajo, la pregunta acerca de los daños punitivos y sus posibilidades en el derecho chileno puede enfocarse desde distintas perspectivas. De acuerdo a la experiencia comparada –tanto de ordenamientos del Common Law como de otros pertenecientes a la tradición Civil- dicha categoría de daños suele entenderse como una pena propia del derecho privado, en la medida que se discute y otorga en sede civil y el destinatario de sus montos es la víctima. Sin embargo, dentro de quienes han intentado dar una justificación a esta institución se encuentran dos autores del mundo del Análisis Económico del Derecho, cuya tesis reformula todo el entendimiento que se tiene acerca ella. Su argumento es que en aquellos casos donde es posible escapar a la responsabilidad, y considerando que es socialmente óptimo que los agentes paguen por los daños que causan, debe haber condenas por daños punitivos no entendidos como pena sino como la forma de corregir la situación anterior. Esto implica que el límite del monto es el porcentaje de probabilidades de evitar la responsabilidad.

Esta tesis trae como consecuencia un desligue de toda consideración retributiva de los daños punitivos –lo que obliga a replantear la adecuación de su nombre- y permite entenderlos como una institución dentro de la lógica del derecho de daños en general, en la medida que su función es reasignar costos ya generados y no constituirse ellos mismos como tales, que es lo que sucede cuando se entienden como pena.

De acuerdo al argumento de esta memoria, aceptarlos de esta forma es conveniente para el desarrollo del derecho de daños chileno. Del mismo modo, una reorientación del principio de la reparación integral del daño, en la forma que aquí se expuso como la correcta, obliga a aceptar una institución como los daños punitivos en el sentido propuesto, porque sólo así se puede tomar en serio la principal consecuencia de dicho principio, en cuanto a que *todo* daño debe reparado y no sólo aquel que por distintas consideraciones llega a ser conocido por un juez.

Las diferentes críticas que ha despertado esta institución tienen como objetivo una concepción de ella en el sentido clásico. Por lo mismo, además de intentar aclarar y depurar esos cuestionamientos, se señaló que de acuerdo a la tesis que aquí se propone, gran parte de los

reparos perdían su sentido y, en otros casos, se dieron buenas razones para justificar las posiciones esgrimidas.

De esta forma, se pretende dar un primer paso en lo que podría ser la incorporación de los daños punitivos en el derecho chileno. Desde luego, esta memoria no pretende generar un proyecto de ley detallado que pueda materializarse posteriormente en el parlamento. Sólo aspira a servir como un antecedente teórico que pueda considerarse como fundamento de una eventual modificación del Código Civil o del diseño de una ley especial. Con todo, lo que sin duda se pretende es reformular la concepción tradicional de los daños punitivos por parte de la mayoría de la literatura y orientarla en la dirección de la tesis de Polinsky y Shavell. Sólo así se evitarán problemas que puedan llevar a confundir la institución que aquí se analiza con otras propias del derecho penal y se resuelven exitosamente las habituales objeciones de constitucionalidad que se observan en el Derecho Comparado.

En definitiva, los daños punitivos en el sentido propuesto buscan mejorar el derecho de la responsabilidad civil entendida como el conjunto de reglas que pretenden reducir los accidentes en forma óptima, obligando a quienes dañan a pagar por ello. Una institución que en el marco del derecho de daños solucione los problemas originados por las posibilidades de escapar a la responsabilidad no sólo es recomendable sino exigida por la eficiencia. Este trabajo no pretendía más que eso: describir la forma en que el derecho privado puede responder a la exigencia que se le hace de contar con un cada vez mejor sistema de responsabilidad civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALARCÓN, Alejandro. La pena privada. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, 2002.
2. ARNOLD, Marcelo y RODRÍGUEZ, Darío. Sociedad y teoría de sistemas. Santiago, Editorial Universitaria, 2007.
3. ATIYAH, P. S. The damages lottery. Oxford, Hart Publishing, 1997.
4. ATRIA, Fernando. Mercado y ciudadanía en la educación. Santiago, Flandes Indiano, 2007.
5. BARROS, Enrique. Responsabilidad Civil. Inédito, [s.a.].
6. _____. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
7. BIRKS, Peter. Unjust enrichment. Oxford, University Press, 2005.
8. CALABRESI, Guido. El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Barcelona, Editorial Ariel, 1984.
9. CALABRESI, Guido, MELAMED, Douglas. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de alienabilidad: una vista de la catedral. Estudios Públicos, 63: 1996.
10. CANE, Peter. Tort Law and Economic interests. 2º ed. Oxford, Clarendon Press, 1996.
11. COASE, Ronald. El problema del costo social. Estudios Públicos, 45:1992.
12. COLEMAN, Jules. Los fundamentos del bienestar. Derecho y Humanidades, 10: 2004.

13. COOTER, Robert. Economic analysis of punitive damages. En: POSNER, Richard, Parisi, Francesco. Economic foundations of private law. Cheltenham, UK, Elgar Critical Writings Readers, 2003.
14. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y economía. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
15. _____. Law and economics. Reading, MA, Addison Wesley Longman, 2000.
16. CORRAL, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
17. DIEZ, José Luis. El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
18. DOMÍNGUEZ, Ramón. Consideraciones en torno al Daño en la Responsabilidad Civil. Una Visión Comparatista. Revista de Derecho Universidad de Concepción. 188: 1990.
19. DOMÍNGUEZ, Carmen. Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XIX: 1998.
20. _____. El daño moral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
21. DWORKIN, Ronald. ¿Es la riqueza un valor? Estudios Públicos, 69: 1998.
22. JANA, Andrés y PEÑA, Carlos. Reparación del daño corporal. En: GUTIÉRREZ, Claudio y ROMÁN, Francisca. Notas sobre reparación del daño corporal. Edición, jurisprudencia y doctrina. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.

23. KEETON, Robert, SARGENTICH, Lewis y KEATING, Gregory. Tort and accident law. Cases and materials. Thomson west, 2004.
24. KEMELMAJER De Carlucci, Aída. ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino? Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 31: 1993.
25. KIONKA, Edward. Torts in a nutshell. St. Paul, Minn, West Publishing, 1992.
26. LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia. Madrid, Editorial Trotta, 1998.
27. _____. Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general. Barcelona, Anthropos Editorial, 1998.
28. _____. El derecho de la sociedad. México, Universidad Iberoamericana, 2002.
29. _____. La sociedad de la sociedad. México, editorial Herder, 2007.
30. PANTALEÓN, Fernando. Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas). Derecho y Humanidades, 9: 2002 - 2003.
31. PEÑA, Carlos. Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil. Estudios Públicos, 60: 1995.
32. PEÑAILILLO, Daniel. El enriquecimiento sin causa. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCIII 2: 1996.
33. PIZARRO, Ramón Daniel. Daños punitivos. En: Derecho de daños. Homenaje al profesor Doctor Trigo Represas. Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1993.

34. POLINSKY, Mitchell y SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. Harvard Law Review, Vol. 111, N° 65, 1995.
35. POSNER, Richard. Utilitarismo, economía y teoría del derecho. Estudios Públicos, 69: 1998.
36. PRIEST, George. Introduction. En: Sunstein, Cass; Reid, Hastie; Payne, Jhon; Schkade, David y; Viscusi, Kip. Punitive damages. How juries decide. Chicago, University of Chicago Press, 2003.
37. _____ La reforma del régimen de daños punitivos: el caso de Alabama. En: Rosenkrantz, Carlos (compilador). La responsabilidad extracontractual. Barcelona, editorial Gedisa, 2005.
38. RACIMO, Fernando. En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 6, 1: 2005.
39. RODRÍGUEZ Grez, Pablo. Responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
40. ROJAS Covarrubias, Nicolás. El daño moral derivado de incumplimiento de contrato. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002.
41. RUBIO, Pamela. Valoración judicial del daño moral en casos de muerte. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007.
42. SALVADOR, Pablo. Punitive damages. Revista para el análisis del derecho (indret.com), 2000.

43. SEGURA, Francisco. Algunas consideraciones sobre la pena privada y los daños punitivos en el derecho civil chileno. En: Estudios de derecho civil: código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, abril de 2005. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005.
44. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. State farm mutual automobile insurance Co. v. Campbell et al. N° 01-1289. Argued December 11, 2002 – Decided April 7, 2003.
45. TAPIA, Mauricio. Código Civil. 1855 – 2005. Evolución y perspectivas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
46. TEUBNER, Günther. Law as an autopoietic system. Oxford, Blackwell Publishers, 1993
47. TRIGO Represas, Félix. Daños punitivos. En: ALTERINI, Atilio, Cabana, Roberto (Directores). La responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro Goldenberg. Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 1995.
48. ZIMMERMANN, Reinhard. Estudios de derecho privado europeo. Madrid, editorial Civitas, 2000.