

Pino Emhart, Alberto

ENTRE REPARACIÓN Y DISTRIBUCIÓN: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL  
COMO MECANISMO DE DISTRIBUCIÓN DE INFORTUNIOS

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 21, diciembre, 2013, pp. 89-135

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370833940004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

# ENTRE REPARACIÓN Y DISTRIBUCIÓN: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAContractUAL COMO MECANISMO DE DISTRIBUCIÓN DE INFORTUNIOS\*

## BETWEEN COMPENSATION AND DISTRIBUTION: TORT LAW AS A MECHANISM FOR THE DISTRIBUTION OF MISFORTUNES

## ENTRE RÉPARATION ET DISTRIBUTION: LA RESPONSABILITÉ CIVILE EXTRAContractUELLE EN TANT QUE MÉCANISME DE DISTRIBUTION DES ALÉAS

Alberto Pino Emhart\*\*

### RESUMEN

89

El presente trabajo se estructura sobre la base de dos hipótesis. La primera, plantea que la justicia correctiva es el principio que mejor explica la

---

\* El presente artículo es una versión adaptada y reformulada de mi memoria para obtener el grado de Magíster en Derecho, *¿Quién quiere ser millonario? Fundamentos de justicia correctiva y distributiva en la responsabilidad civil extracontractual*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011. Agradezco los comentarios y el constante apoyo de Rodrigo Barcia Lehmann en la supervisión de la memoria, así como también los comentarios que me hiciera llegar respecto al presente artículo. Asimismo, el apoyo de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, especialmente de su directora, Maricruz Gómez de la Torre. También me he beneficiado de las agudas observaciones que me plantearon los demás integrantes de la comisión de defensa de la tesis, Rodrigo Correa González, Aldo Molinari Valdés y Miguel Ernesto Orellana Benado. Del mismo modo, los valiosos comentarios al texto tanto de mi memoria como del presente artículo que me hiciera llegar Enrique Barros Bourie. Por último, agradezco las agudas observaciones que recibí de dos revisores anónimos.

\*\* Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile; Master of Laws, Duke University, candidato a D.Phil in Law, University of Oxford. Dirección postal: St Cross College, St Giles, OX1 3LZ, Oxford, Reino Unido. Artículo recibido el 22 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 14 de junio de 2013. Correo electrónico: alberto.pinoemhart@law.ox.ac.uk.

teoría y la práctica de la responsabilidad extracontractual. La segunda, denominada como tesis de la inseparabilidad, sostiene que es imposible separar la responsabilidad extracontractual de las demandas de la justicia distributiva y correctiva. Estas afirmaciones se sustentan en la opinión de diversos autores provenientes de la discusión en la literatura anglo-sajona, pero también en la doctrina chilena. Adicionalmente, se plantea que las dos hipótesis enunciadas son aplicables al desarrollo práctico de los problemas de responsabilidad extracontractual, otorgando un marco teórico que permite dar nuevas respuestas a estos problemas que no han sido explorados en forma adecuada por la doctrina chilena.

**Palabras Clave:** responsabilidad extracontractual, justicia correctiva, justicia distributiva.

#### ABSTRACT

The present work is structured under two hypotheses. The first hypothesis claims that corrective justice is the principle that better explains the theory and practice of tort law. The second hypothesis, which shall be called the inseparability thesis, holds it is impossible to separate tort law from the demands of corrective and distributive justice. Both statements are based on its discussion in the Anglo-American literature, although some Chilean will also be discussed. Additionally, it is argued that the two hypotheses are applicable to the practical development of tort law's problems, providing a theoretical framework that allows creating new solutions to these problems that have not been addressed adequately by Chilean legal scholars.

**Keywords:** tort law, corrective justice, distributive justice.

#### RÉSUMÉ

La présente étude est structurée autour de deux hypothèses de travail. Selon la première hypothèse, le principe qui explique le mieux la théorie et la pratique de la responsabilité extracontractuelle est la justice réparatrice. Selon la deuxième hypothèse, appelée thèse de l'inséparabilité, il est impossible de séparer la responsabilité extracontractuelle des requêtes de la justice distributive et réparatrice. Ces affirmations sont étayées par différents auteurs qui ont participé au débat en la matière dans la littérature anglo-saxonne, mais aussi par la doctrine chilienne. L'article postule

également que les deux hypothèses mentionnées sont applicables au développement pratique des problèmes de responsabilité extracontractuelle et fournissent un cadre théorique qui permet d'apporter des réponses novatrices à des problèmes qui n'ont pas été suffisamment abordés dans la doctrine chilienne.

Mots clés: responsabilité extracontractuelle, justice réparatrice, justice distributive.

## I. DOS HIPÓTESIS DE TRABAJO

El presente trabajo tiene como objetivo central demostrar y aplicar dos hipótesis. La primera de ellas sostiene que la justicia correctiva es el principio que mejor explica la teoría y la práctica de la responsabilidad civil extracontractual. La segunda, sostiene que las demandas de justicia correctiva y distributiva en la responsabilidad extracontractual son indisolubles, bajo un entendimiento no analítico de estos criterios. Esta tesis, que denominaré *tesis de la inseparabilidad*, ha sido sugerida en forma tenue por algunos autores<sup>1</sup>, y defendida de modo explícito por otros<sup>2</sup>. Sin embargo, no ha sido desarrollada con la profundidad necesaria por la literatura especializada<sup>3</sup>. El desarrollo de estas tesis es necesaria toda vez que, como se demuestra en esta presentación, entendiendo el sistema de responsabilidad extracontractual bajo estas tesis, se obtienen nuevas respuestas ante los problemas que una sociedad de riesgos contemporánea plantea a los sistemas tradicionales de responsabilidad extracontractual. El entendimiento tradicional de la responsabilidad extracontractual, con su estructura aristotélica basada exclusivamente en el principio de justicia correctiva, es incapaz de elaborar nuevas respuestas a estos problemas.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una inevitable pregunta previa que debo responder en este acápite introductorio, a saber: ¿por qué es relevante la discusión acerca de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual? Tal vez no hay necesidad de demostrar la relevancia de

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, FINNIS (2000).

<sup>2</sup> Específicamente COLEMAN y RIPSTEIN (1995) y CANE (2001).

<sup>3</sup> Mi uso de la terminología 'hipótesis de trabajo' no implica que el presente trabajo persiga plantear nuevas tesis respecto a la responsabilidad extracontractual. La originalidad de mi propuesta no reside en el planteamiento de estas hipótesis, sino en la aplicación de este marco teórico proveniente de la tradición anglosajona al ordenamiento jurídico chileno, demostrando que esta discusión puede otorgar nuevas respuestas a problemas concretos en dicho sistema jurídico. La discusión acerca de estos problemas bajo estos términos teóricos es novedosa.

las discusiones filosóficas aplicadas al Derecho Privado. Incluso, podría argumentarse que tampoco hay necesidad de demostrar la relevancia de un debate de esta naturaleza acerca de cualquier rama del Derecho. No obstante, intuitivamente pareciera ser que en el ámbito de la responsabilidad civil hay una relación entre la moral y el Derecho, sugerida por la misma naturaleza del término ‘responsabilidad’. La responsabilidad civil puede concebirse como un mecanismo legal para ‘remediar el daño causado’, o para reparar los daños causados a una persona que no ‘merecía’ sufrirlos. ¿A qué se refiere la idea moral de que la víctima de un accidente no *merecía* sufrir los daños?<sup>4</sup> ¿En qué sentido se diferencia esta situación de una tragedia causada por un ‘acto de Dios’, o simplemente por la mala fortuna? Éstas son preguntas que sólo pueden abordarse utilizando un marco teórico adecuado acerca de los fundamentos filosóficos de la responsabilidad extracontractual. Las dos tesis que pretendo demostrar en el presente trabajo plantean algunas respuestas a estas preguntas. Esta propuesta conceptual incluye, además, ejemplos prácticos del Derecho chileno en los cuales puede aplicarse dicho marco teórico y otorgar nuevas respuestas que no han sido exploradas por la doctrina chilena. Esta sección puede considerarse como una respuesta a la pregunta planteada más atrás respecto a la relevancia de una discusión acerca de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual.

## 2. EL CONCEPTO DE JUSTICIA CORRECTIVA EN ARISTÓTELES

Apelar a las ideas de justicia correctiva y distributiva implica, como es sabido, emplear una distinción introducida en forma brillante por Aristóteles. Por ello, es necesario en esta sección realizar una breve discusión acerca de esta terminología. En el libro v de su *Ética a Nicómaco*, Aristóteles comienza señalando que lo justo es “lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo”<sup>5</sup>. En este sentido, el Estagirita siguió una senda diferente a la recorrida posteriormente por autores como Thomas Hobbes, quien sostiene que la conformidad con la ley es justa sólo “en cierto modo”<sup>6</sup>. Más adelante, Aristóteles propone la distinción entre *justicia universal* y *justicia particular*, y dentro de esta última, la *justicia distributiva* y *justicia correctiva*. La primera distinción es un tanto oscura. Se limita Aristóteles a señalar lo siguiente:

<sup>4</sup> La compleja relación entre la noción de merecimiento y la idea de responsabilidad es desarrollada por GARDNER (2005).

<sup>5</sup> ARISTÓTELES (2008), libro v, parágrafo 1129b.

<sup>6</sup> Cfr. HOBBS (1952).

“De suerte que es evidente que, al lado de la injusticia total, hay una parcial sinónima de ella, pues su definición está dentro del mismo género; ambas, pues, tienen la fuerza de ser definitivas con relación al prójimo, pero una tiene por objeto el honor o el dinero o la seguridad o algo que incluya todo esto (si tuviéramos un solo nombre para designarlo), y tiene por móvil, el placer que procede de la ganancia, mientras que la otra se refiere a todo cuanto interesa al hombre virtuoso”<sup>7</sup>.

El objetivo de Aristóteles es dilucidar un concepto de justicia particular, concibiendo a la justicia como una virtud. En estos términos, la justicia se plantea como una virtud más junto a otras virtudes como la valentía o la temperancia. Como se puede apreciar en el pasaje citado, para Aristóteles parece existir una conexión necesaria entre el deseo de ganancia (*pleonexia*) y los actos injusticia en sentido particular<sup>8</sup>. Dentro de este ámbito de la justicia particular, Aristóteles introduce su distinción entre justicia correctiva y distributiva. La justicia distributiva es definida en términos generales como aquélla que se aplica en la distribución de honores, dinero, o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad, mientras que la justicia correctiva establece los tratos en las relaciones entre los individuos. Adicionalmente, argumenta que dentro de las relaciones de la justicia correctiva deben distinguirse los tratos voluntarios como: las compraventas, comodatos y arriendos, de los tratos involuntarios, como los homicidios, hurtos y robos<sup>9</sup>.

Para Aristóteles lo que caracteriza la justicia distributiva es la igualdad geométrica o proporcional en la distribución de cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad. ¿Cuáles son los criterios de justicia distributiva? Según Aristóteles, lo justo en este sentido es una especie de proporción.

“Los matemáticos llaman a tal proporción geométrica, el todo está con respecto al todo, en la misma relación que cada parte con respecto a cada parte”<sup>10</sup>.

Aplicando esta fórmula aristotélica en términos concretos, podemos tomar el valor de lo que una persona contribuye al bien común y dividirlo por

<sup>7</sup> ARISTÓTELES (2008), libro v, parágrafo 1130a.

<sup>8</sup> Esta conexión necesaria entre *pleonexia* e injusticia ha sido criticada por WILLIAMS (1981), p. 83 y ss. Una reciente interpretación de *pleonexia* que permite soslayar la crítica de Bernard Williams puede encontrarse en CURZER (2012), p. 226 y ss.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES (2008), libro v, párrafos 1130b-1131a.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, libro v, parágrafo 1131b.

el valor del beneficio que esta persona obtiene por ello; si el cociente es igual al cociente de las demás personas, entonces se tiene una porción equitativa<sup>11</sup>. En palabras más llanas, debemos evaluar la porción del aporte que realiza una persona al bien común y compararla con lo que esta persona recibe del mismo bien común. El resultado de esta operación es comparable con lo que resulte de la misma operación aplicada a los demás miembros de la comunidad. Por eso se trata de una igualdad proporcional y no aritmética, agregando Aristóteles que se compara la relación entre cuatro términos. Para salir de esta compleja definición de igualdad, John Finnis señala:

“para resolver problemas de justicia distributiva, la igualdad es un principio residual, superado por otros criterios y aplicable sólo cuando esos otros criterios son inaplicables o no logran arribar a ninguna conclusión. Porque el objetivo de la justicia no es la igualdad, sino el bien común, la realización de todos los miembros de la comunidad, y no hay razón para suponer que esta realización de todos aumenta por tratar a todos de idéntica manera al distribuir roles, oportunidades y recursos”<sup>12</sup>.

94

Por otra parte, la justicia correctiva para Aristóteles regula las relaciones entre los individuos, y se rige por una igualdad aritmética. Con ello, se persigue que los tratos voluntarios o involuntarios no introduzcan nuevas desigualdades. Tomás de Aquino utiliza la misma distinción aristotélica entre justicia distributiva y correctiva, pero designa esta última clase de justicia como *justicia conmutativa*, y la define como “los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas”<sup>13</sup>. Los autores que defienden la concepción aristotélica-tomista de la justicia utilizan esta última denominación para referirse a la justicia correctiva. Según John Finnis, el concepto tomista de *justicia conmutativa* presenta una ventaja respecto al de justicia correctiva, puesto que no está limitado ni a la corrección ni a las transacciones voluntarias o contractuales, sino en determinar qué tratos son adecuados entre las personas, incluyendo los grupos<sup>14</sup>. En el presente trabajo, utilice la noción de justicia correctiva no por suponer que esta terminología es superior a la de justicia conmutativa, sino porque esta denominación es la que mayoritariamente se ha preferido en la literatura acerca de los fundamentos de la responsabilidad civil.

<sup>11</sup> HUTCHINSON (1995), p. 222.

<sup>12</sup> FINNIS (2000), pp. 202-203.

<sup>13</sup> TOMÁS DE AQUINO (2001), parte II-II, quaestio 1, artículo 1.

<sup>14</sup> FINNIS (2000), p. 207.

El supuesto básico de la justicia correctiva es la preexistencia de una situación de igualdad entre las partes involucradas. Si los agentes acuerdan la realización de un trato voluntario como, por ejemplo, la celebración de un contrato de compraventa, éste no debiera alterar la situación de igualdad preexistente. En mi ejemplo de la compraventa, si ella se realiza a un precio justo, entonces se mantiene la situación de igualdad en que se encontraban los intervenientes antes del contrato. En este contexto, los principios de justicia correctiva se manifiestan a través de la exigencia de un precio justo, lo cual se consagra normalmente en los ordenamientos jurídicos a través de la lesión<sup>15</sup>. Estas normas imponen la obligación de establecer un precio justo, de manera tal que el precio que recibe el vendedor sea equivalente al bien que el comprador recibe, para que no se introduzca una nueva situación de desigualdad entre vendedor y comprador.

Pero la justicia correctiva se refiere no sólo a las interacciones voluntarias sino, también, a los tratos mutuos involuntarios, en los cuales se trata de remediar una desigualdad que surge cuando una persona daña a otra. Por ejemplo, si A comete el robo de un computador a B, este último tendrá menos y A más. Bajo el supuesto de la ley de que antes del hurto o robo A y B se encontraban en una situación de igualdad, con el delito se produce una desigualdad. La justicia exige que B sea compensado y que A sea castigado, para que pueda re establecerse la condición de igualdad preexistente. En la doctrina del Derecho Penal, esta forma de concebir la justificación de la pena se conoce con el nombre de *teorías de la retribución*. Para el ámbito de la responsabilidad extracontractual esta noción también es aplicable, justificando el principio general de que todo daño debe ser reparado, de manera tal que la víctima del daño vuelva, en la medida de lo posible, al estado en que se encontraba antes de la acción u omisión que le generó un daño. Esto responde a la idea de que se ha generado una desigualdad que debe ser corregida. Para Aristóteles, la desigualdad se produce en virtud de la existencia de una “ganancia”, por parte de quien infringe el daño, y una “pérdida”, por parte del que lo sufre. El mismo Aristóteles aclara este punto, señalando lo siguiente:

“Los términos ‘ganancia’ y ‘pérdida’ proceden de los cambios voluntarios, pues a tener más de lo que uno poseía se le llama ganar y a tener menos de lo que tenía al principio, perder, y lo mismo en el comprar, en el vender y en todos los otros cambios que la ley permite; y cuando dos partes no tienen ni más ni menos sino lo mismo

<sup>15</sup> Nuestro ordenamiento jurídico contempla la lesión, aunque en forma restringida y únicamente en la compraventa de bienes inmuebles (art. 1888 y ss. del CC).

que tenían, se dice, entonces, que tienen lo que pertenece a cada uno y que ni pierden ni ganan. De modo que lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida en los cambios no voluntarios y (consiste en) tener lo mismo antes que después”<sup>16</sup>.

George P. Fletcher critica que el concepto aristotélico de justicia correctiva sólo funciona adecuadamente en el caso de las apropiaciones indebidas, situaciones en las cuales la ganancia obtenida por el agente del daño es equivalente a la pérdida sufrida por la víctima. Sin embargo, no en todos los casos ello ocurre así. Por ejemplo, si una persona comete homicidio motivado por la ira y no con la intención de obtener un beneficio con ello, la indemnización de perjuicios provocará que el homicida sea más pobre de lo que era antes del homicidio, con lo cual no se cumpliría la condición de re establecer la situación de igualdad preexistente. La pérdida en estos casos es un “costo hundido” [*sunk cost*]<sup>17</sup>.

No obstante, James Gordley rescata la idea aristotélica de esta crítica. El maestro de Tomás de Aquino, Alberto Magno, señaló comentando el pasaje de Aristóteles:

“el que actúa tiene más de lo que quiere, y el que sufre tiene menos [...] y esto es denominado propiamente como ganancia y pérdida”<sup>18</sup>.

El propio Tomás de Aquino aclara el asunto:

“una persona que golpea o mata a otra tiene más de lo que evalúa como bueno en tanto satisface sus deseos, y por ello recibe una especie de ganancia”<sup>19</sup>.

En este sentido, la ganancia se traduciría en la satisfacción de los propios deseos, y no necesariamente en un aumento del patrimonio. James Gordley argumenta, como consecuencia de lo anterior, que si el autor del daño no ha obtenido con su acción un beneficio económico, el concepto de justicia correctiva de Aristóteles corrige asimismo, una situación de igualdad preexistente. La razón de esto es que el autor del daño, al decidir dañar en

<sup>16</sup> ARISTÓTELES (2008), libro v, parágrafo 1132b.

<sup>17</sup> FLETCHER (1993), p. 1668. En el mismo sentido, Jules L. Coleman sostiene que en estos casos el causante del daño: “simplemente no disfruta de ganancia alguna que requiera rectificación. En otras palabras, el deber de reparar el daño causado a su víctima puede ser correctamente su deber en un sistema de responsabilidad extracontractual, aunque no es un deber de justicia correctiva”. COLEMAN (1998), p. 200.

<sup>18</sup> Citado en GORDLEY (2006), p. 183.

<sup>19</sup> *Ibid.*

forma voluntaria a su víctima, ha optado por utilizar los recursos de esta última para sus propios fines. De manera tal que la situación de igualdad que la justicia correctiva busca re establecer es un estado en el cual cada una de las partes puede perseguir sus propios fines sólo mediante la utilización de sus propios recursos<sup>20</sup>. Sin embargo, la incorporación de Tomás de Aquino al concepto de justicia correctiva únicamente salvaguarda a medias la teoría aristotélica, puesto que pareciera operar de manera adecuada en aquellos casos en los cuales el autor del daño actúa voluntariamente, con la intención de “satisfacer sus propios deseos”, dejando fuera de ello aquellos casos en los cuales el agente no actúa con la intención de causar un daño, sino que actúa con negligencia, lo que ocurre siempre en el derecho de accidentes. James Gordley se limita a señalar que Aristóteles sólo tendría en mente el daño causado en forma intencional<sup>21</sup>. Si ello es así, la teoría aristotélica-tomista tendría escasa aplicación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

James Gordley destaca un aspecto de la teoría aristotélico-tomista de la justicia correctiva que resulta ser no sólo atractivo sino necesario para la justificación de un sistema de responsabilidad extracontractual. Esta teoría plantea que el autor del daño se ha beneficiado, en el sentido que aclara Tomás de Aquino de satisfacer los deseos o conseguir lo que se propone, utilizando para ello a la víctima. Pero del hecho de que una víctima haya sufrido un daño no se desprende que el causante del daño debe indemnizar a la víctima. Son dos afirmaciones analíticamente distintas<sup>22</sup>. Sólo una adecuada teoría de justificación de los sistemas de responsabilidad extracontractual permite analizar estas dos afirmaciones en forma conjunta. De lo contrario, sólo podrá explicarse el sistema de responsabilidad extracontractual en términos de dos distintas políticas que causalmente están relacionadas: una que se ocupa de la conducta del autor del daño (como derecho sancionatorio), y la otra preocupada de indemnizar a las víctimas de daños (lo cual puede conseguirse mediante mecanismos distintos a la responsabilidad extracontractual, como pueden ser los subsidios estatales o seguros sociales, entre otros)<sup>23</sup>.

Una vez que he delineado los aspectos centrales de la distinción entre justicia correctiva y distributiva desde la perspectiva aristotélica-tomista, puede apreciarse que ya hemos encontrado el fundamento para los sistemas de responsabilidad extracontractual, como es el de la justicia correctiva. Me encuentro, entonces, en condiciones de revisar las teorías

<sup>20</sup> GORDLEY (2006), p. 183.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> COLEMAN (1987), p. 461.

<sup>23</sup> GORDLEY (2006), p. 184.

contemporáneas de justicia correctiva y su papel explicativo para los sistemas de responsabilidad extracontractual.

### III. PRIMERA TESIS: EL PAPEL EXPLICATIVO DE LA JUSTICIA CORRECTIVA

El debate académico sobre los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual ha sido dominado por las corrientes rivales de la justicia correctiva y el análisis económico del Derecho. Dicha discusión ha sido desarrollada mayoritariamente en la literatura anglosajona. Para Enrique Barros, se trata de una discusión de carácter filosófico, que se divide entre aproximaciones basadas en la noción de justicia y aquéllas instrumentales o pragmáticas. Por una parte, los teóricos de la justicia correctiva del Derecho persiguen comprender la responsabilidad civil

“como una práctica de adjudicación de responsabilidad que resulta inteligible a la luz de la antigua categoría aristotélica de la justicia correctiva”,

98 y, por la otra, los autores del análisis económico del Derecho conciben las reglas de responsabilidad como “instrumentos de dirección de la conducta a efectos de obtener consecuencias deseables”<sup>24</sup>. Mis críticas a la perspectiva instrumental del análisis económico del Derecho y mi defensa del principio de justicia correctiva ya fueron expuestas en un trabajo anterior<sup>25</sup>. En este trabajo me limitaré a analizar el papel que esta noción puede cumplir para explicar la teoría y práctica de la responsabilidad extracontractual.

Apelar a la noción de justicia correctiva en su papel explicativo de la responsabilidad civil puede generar más preguntas que respuestas. Ello debido a que muchos autores han aludido al concepto de justicia correctiva para entender la estructura básica de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual; pero no hay acuerdo acerca del contenido específico de la teoría. En este sentido, Richard Lippke<sup>26</sup> ha cuestionado que la noción de justicia correctiva sea capaz de proveer de una explicación inteligible de la responsabilidad civil, toda vez que no hay una concepción unánime de ella. Sin perjuicio de los argumentos que pueden plantearse en uno u otro sentido, hay un aspecto de la teoría de la justicia correctiva que

<sup>24</sup> BARROS BOURIE (2006), pp. 34-35.

<sup>25</sup> PINO EMHART (2011), pp. 5-8.

<sup>26</sup> LIPPKE (1999), p. 166.

puede afirmarse con certeza, a saber: la función explicativa que esta noción cumple para la responsabilidad civil nunca ha podido ser igualada por el análisis económico del Derecho, a pesar del intento de Richard D. Posner<sup>27</sup> por demostrar que el análisis económico es coherente con las conclusiones de la justicia correctiva. Este papel explicativo de la justicia correctiva ha sido desarrollado particularmente por Jules L. Coleman y Ernest J. Weinrib, dos de sus defensores más importantes.

Ambos no presentan sus teorías como justificaciones para los sistemas de responsabilidad extracontractual. Jules L. Coleman ha enfatizado este aspecto de su teoría en sus últimos trabajos. Según este autor, su teoría pretende explicar la responsabilidad civil extracontractual en términos de justicia correctiva, pero no justificarla. La defensa del principio de justicia correctiva como un valor moral es, de acuerdo con este argumento, independiente de la función explicativa que cumple para los sistemas de responsabilidad extracontractual. Señala:

“Incluso si se acepta el hecho que la responsabilidad civil extracontractual se explica mejor por la justicia correctiva y la justicia correctiva es un valor moral importante e independiente, de ello no se sigue que la responsabilidad extracontractual representa una institución requerida exclusivamente por razones morales. El hecho de considerar que esta institución es deseable y defendible depende del lugar que queramos asignar en nuestra vida pública a los valores que representa la justicia correctiva; de si estos valores pueden ser mejor expresados en otros arreglos institucionales; y de otras consideraciones similares”<sup>28</sup>.

En una nota a continuación de este pasaje, Jules L. Coleman aclara que los valores morales que expresaría la noción de justicia correctiva serían los siguientes:

- 1) una concepción particular de equidad;
- 2) la responsabilidad por los resultados de las propias acciones y
- 3) la importancia de algunos intereses para el bienestar social.

En este sentido, agrega, es posible que una sociedad considere que estos valores no tienen tal relevancia o que los mismos pueden ser alcanzados mediante una institución distinta de la responsabilidad extracontractual<sup>29</sup>. Anteriormente, en su *Risks and Wrongs*, Jules L. Coleman ya advierte en diversas ocasiones que la práctica de la responsabilidad extracontractual

<sup>27</sup> POSNER (1981), pp. 187-206.

<sup>28</sup> COLEMAN (2001), p. 5.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 5, n. 5.

no debe ser comprendida como un todo unificado, porque los sistemas de responsabilidad extracontractual implementan una variedad de principios y políticas, dentro de las cuales podemos encontrar principios económicos y también morales<sup>30</sup>. El objetivo del autor en este texto es, por una parte, explicar en qué sentido los principios básicos y la estructura de la responsabilidad extracontractual reflejan valores morales y, por otra parte, demostrar que la justicia correctiva se encuentra en el núcleo de la naturaleza estructural y sustantiva de la responsabilidad extracontractual<sup>31</sup>. Sin embargo, el autor insiste en sostener que su tesis es explicativa y no justificatoria.

Según una reciente publicación de John Gardner, la negativa de Jules L. Coleman a comprometerse con una teoría justificatoria de la justicia correctiva se debe a que pretende mantenerse ajeno a la discusión que plantean dos preguntas, a saber:

- 1) ¿son las normas de justicia correctiva normas adecuadas? y
- 2) ¿tienen la fuerza suficiente estas normas de justicia correctiva como para enfrentarse a las conocidas críticas que se han planteado en contra de los sistemas de responsabilidad extracontractual, como son, entre otras, la costosa industria de litigación a que da lugar, el incentivo a conductas desproporcionadamente adversas al riesgo, y su tendencia a inducir que los individuos tengan la sensación de que otro siempre tiene la culpa?<sup>32</sup>

Cualquiera sean las razones por las cuales Jules L. Coleman pretende no comprometerse con el papel justificatorio de justicia correctiva para la responsabilidad extracontractual, lo cierto es que resulta discutible su distinción entre roles explicativos y justificatorios. John Gardner sostiene que la teoría de Jules L. Coleman es justificatoria, pero *no-comprometida* [*noncommittal*]. Para este autor, podemos distinguir entre teorías justificatorias *comprometidas* [*committal*] de aquéllas *no-comprometidas*. Una teoría *justificatoria no-comprometida* sería una afirmación acerca de lo que se justificaría si se cumplieran ciertas condiciones, dejando abierto el debate acerca de si se cumplen o no estas condiciones. Ésta es la posición de Jules L. Coleman, puesto que argumenta que si las normas de justicia correctiva son adecuadas, y si los valores morales que estas normas expresan son deseables para la comunidad, entonces los principios de justicia correctiva son suficientes para justificar un régimen de responsabilidad extracontractual<sup>33</sup>.

Precisamente, la tesis de John Gardner es que, basándose en las teorías de justicia correctiva de Jules L. Coleman y Ernest J. Weinrib, es posi-

<sup>30</sup> COLEMAN (1992a), p. 303.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, pp. 303-304.

<sup>32</sup> GARDNER (2011), p. 3.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, pp. 4-5.

ble llegar a la conclusión de que las consideraciones de justicia correctiva son necesarias, aunque no siempre suficientes, para articular cualquier explicación sobre la responsabilidad extracontractual. Ésta sería la posición que tanto Jules L. Coleman como Ernest J. Weinrib sostendrían en contraposición a explicaciones *funcionalistas* como, por ejemplo, las sostenidas por los autores del análisis económico del Derecho. Las explicaciones *funcionalistas* excluyen las consideraciones de justicia correctiva para explicar la responsabilidad extracontractual sobre la base exclusivamente de elementos funcionales, como podría ser el principio de eficiencia o de maximización de riqueza. Por el contrario, lo que plantean las teorías de la justicia correctiva es que para una explicación completa de la responsabilidad extracontractual necesariamente se requiere recurrir a consideraciones de justicia correctiva<sup>34</sup>. En este sentido, podemos entender el comentario que Jules L. Coleman plantea en una de sus publicaciones más tempranas sobre justicia correctiva, donde señala que sólo algunos aspectos bien definidos de la responsabilidad extracontractual pueden ser explicados por un principio único como la justicia correctiva: “el derecho de daños es extremadamente complejo y resiste un simple análisis”<sup>35</sup>. El principio de justicia correctiva es *necesario*, pero no *suficiente*. En este sentido, también concuerdo con la afirmación de Enrique Barros, según la cual

101

“en el desarrollo del derecho privado concurren diversos bienes y principios, que en parte son concurrentes entre sí y han contribuido a su conformación histórica”<sup>36</sup>.

#### IV. SEGUNDA TESIS: LA INSEPARABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA

La segunda hipótesis de trabajo que se enuncia más atrás plantea que es imposible separar la responsabilidad extracontractual de las demandas de la justicia distributiva y correctiva. La denominaré aquí como la *tesis de la inseparabilidad*. A primera vista, al abordar esta discusión, alguien podría preguntarse lo siguiente: si los criterios de justicia distributiva tienen relevancia para la responsabilidad extracontractual, ¿cómo puede ser plausible, entonces, lo concluido respecto a la teoría de justicia correctiva y que configura la primera hipótesis de trabajo, según la cual es el principio de justicia correctiva y no el de distributiva es el que me-

<sup>34</sup> GARDNER (2011), pp. 5-6.

<sup>35</sup> COLEMAN (1998), p. 189.

<sup>36</sup> BARROS BOURIE (2008), p. 319.

jor sustenta la teoría y práctica de la responsabilidad extracontractual? ¿Cómo es posible compatibilizar estas dos hipótesis? Una característica particular de la tesis de la inseparabilidad que quiero aquí destacar es que no sostiene, como algunos podrían pensar, que la justicia correctiva y distributiva son conceptualmente lo mismo. Por el contrario, la tesis de la inseparabilidad señala que la distinción entre justicia correctiva y distributiva es analítica. Es posible diferenciar las exigencias de cada una clase de justicia conceptualmente, pero para comprender la naturaleza y los fundamentos de la responsabilidad extracontractual, las exigencias de la justicia correctiva y distributiva son inseparables. Esta tesis, como se podrá apreciar en esta sección, es compartida por autores que provienen de diversas escuelas de pensamiento.

### *1. Inseparabilidad en la escuela aristotélica-tomista*

102

Si la distinción entre justicia correctiva y distributiva es sólo analítica o conceptual, ¿puedo concluir que la teoría aristotélica-tomista de justicia está equivocada? Muy por el contrario. La tesis de la inseparabilidad, como se verá, es absolutamente compatible con la concepción aristotélica-tomista de la justicia. Según John Finnis, el propio Tomás de Aquino no parece estar muy seguro acerca de si la justicia correctiva (o commutativa, como él la denomina) y la justicia distributiva son dos especies distintas de virtud<sup>37</sup>. Esta ambigüedad o inseguridad de Tomás de Aquino puede apreciarse en el siguiente pasaje de la *Suma de Teología*:

“En todas las operaciones que pertenecen a la justicia especial hay una misma razón de débito, y por eso las regula una misma virtud de justicia, especialmente en cuanto a las conmutaciones, porque *tal vez la justicia distributiva difiera específicamente de la commutativa*; pero esto se investigará más adelante”<sup>38</sup> [sin énfasis en el original].

En otro texto, Tomás de Aquino señala que la justicia correctiva y distributiva son dos especies distintas de virtud, pero sólo entre otras virtudes que incluyen la *vindicatio*, que es la justicia vindicativa de repeler y castigar los ilícitos; la *observantia*, que es la justicia de la obediencia apropiada y asunción de responsabilidades; y la *innocentia*, que es la justicia de no causar cualquier clase de daño a otros<sup>39</sup>. Pareciera ser que para Tomás de Aquino la justicia correctiva y distributiva son “especies” de la

<sup>37</sup> FINNIS (1998), p. 215, n. a.

<sup>38</sup> TOMÁS DE AQUINO (2001), parte I-II, quaestio 60, artículo 3.

<sup>39</sup> Citado en FINNIS (1998), p. 215, n. a.

justicia “particular” o “especial”, la cual formaría parte de las cuatro “virtudes cardinales”. John Finnis concluye que la inestabilidad de Tomás de Aquino para clasificar las distintas clases de justicia sugiere que “no se las tomó demasiado en serio”<sup>40</sup>. Con la tesis de la inseparabilidad, podríamos argumentar que Tomás de Aquino se tomó en serio conceptualmente la distinción entre justicia correctiva y distributiva.

A mayor abundamiento, el propio John Finnis, que declara ser un defensor de la teoría aristotélica de la justicia, reconoce en otro texto lo siguiente:

“La distinción entre justicia distributiva y comutativa no es más que una forma de facilitar el análisis, una ayuda para la consideración ordenada de los problemas. Muchas acciones son a la vez distributiva y comutativamente justas (o injustas) [...] Además [...] puede haber campos del derecho respecto de los cuales es difícil decir (o al menos es una cuestión de interpretación controvertida) si las reglas están pensadas para asegurar la justicia distributiva o, más bien, la comutativa. El derecho moderno sobre responsabilidad civil por lesiones personales no intencionadas es un campo de este tipo, y lo es asimismo, quizás, el derecho moderno sobre la imposibilidad de cumplir los contratos”<sup>41</sup>.

103

Más adelante, John Finnis, incluso, considera el ejemplo del sistema de responsabilidad extracontractual en el *Common Law*, señalando que precisamente se trata de un campo del Derecho que en sus inicios se vinculaba en exclusiva con criterios de justicia correctiva. No obstante, en especial tratándose “de empresas tan esencialmente colaborativas como los viajes y el tráfico por las calles”, la responsabilidad extracontractual ya no pregunta sobre la forma de compensar a la víctima de manera tal que ésta vuelva a la condición en que se encontraba antes de que ocurriera el accidente, o determinar cuál es el estándar de cuidado que el autor del daño violó, todas preguntas propias de la justicia correctiva; la pregunta en estos casos es propia de la justicia distributiva, a saber: “¿cómo debieran repartirse los riesgos de la *vida común*?”<sup>42</sup>.

James Gordley es más enfático aún, al señalar que los conceptos básicos del Derecho Privado están íntimamente relacionados con consideraciones de justicia correctiva, las cuales no pueden ser separadas de las consideraciones de justicia distributiva. Para James Gordley, no es posible

<sup>40</sup> FINNIS (1998), p. 216.

<sup>41</sup> FINNIS (2000), p. 208.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, pp. 208-209. Esta frase de John Finnis debe entenderse como una reflexión general y abstracta acerca de los problemas de la responsabilidad extracontractual, y no como una descripción precisa del derecho vigente en alguna jurisdicción particular.

concebir el Derecho Privado como un problema exclusivo de justicia correctiva, puesto que no se da el caso de que en algún momento atrás, los ciudadanos o sus ancestros definieron configuraciones equitativas en la distribución de recursos, y de ahí en adelante todo ha dependido de las justas transacciones entre los individuos<sup>43</sup>. En cambio, James Gordley sugiere comprender la sociedad como una empresa dinámica, la cual debe ocuparse de que cada persona, hasta donde sea posible, debe tener una porción equitativa de los recursos<sup>44</sup>.

## 2. Inseparabilidad en el análisis económico del Derecho

Una vez que he aclarado la compatibilidad absoluta que existe entre la teoría de justicia aristotélica-tomista y la tesis de la inseparabilidad, puedo avanzar sosteniendo que la tesis de la inseparabilidad es compartida, incluso, por algunos autores que pertenecen a la tradición del análisis económico del Derecho, como Guido Calabresi.<sup>45</sup> Este autor, a propósito del criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, sostiene que es relevante la discusión acerca de quienes resultan ser los “ganadores” y “perdedores” al realizar un movimiento paretiano de Kaldor-Hicks<sup>46</sup>. La teoría no puede ser indiferente a ello, puesto que en un mundo real, en el cual nos enfrentamos con diferentes teorías de justicia distributiva, una postura que sostenga sin considerar los puntos de partida, que las pérdidas y ganancias tienen la misma significación para todos, ricos y pobres, buenos y malos, no podrá aportar a la discusión<sup>47</sup>. Guido Calabresi concluye:

“el defecto del criterio de Pareto para constituir una verdadera guía implica que sea inevitable discutir abierta y exhaustivamente acerca de la distribución y las comparaciones interpersonales”<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> James Gordley alude a teorías que rechazan las exigencias de justicia distributiva, como las de HAYEK (2013) y NOZICK (1991).

<sup>44</sup> GORDLEY (2006), pp. 12-13.

<sup>45</sup> Desde luego, no todos los autores estarían dispuestos a aceptar que las exigencias de la justicia distributiva tengan importancia para efectos de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, en el caso de Richard A. Posner. Este autor estuvo dispuesto a aceptar en POSNER (1981), que la responsabilidad extracontractual se explica de mejor manera utilizando el concepto de justicia correctiva, aunque relacionó esta noción con el análisis económico, pero nunca respecto a la justicia distributiva.

<sup>46</sup> De acuerdo con el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, “una decisión en virtud de la cual, al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, este último, sigue teniendo alguna ventaja”. SCHÄFER y OTT (1991), p. 46.

<sup>47</sup> CALABRESI (1991), p. 1223.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 1224.

La perspectiva instrumental arraigada en el análisis económico del Derecho de Guido Calabresi contradice la primera hipótesis de este trabajo, la cual sostiene que el principio de justicia correctiva es el que mejor explica la teoría y práctica de la responsabilidad extracontractual. Estos autores no pueden confirmar la tesis de la inseparabilidad, puesto que para la mayoría de ellos la justicia correctiva no cumple un papel relevante en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Pero el interés que han expuesto respecto a la importancia de las consideraciones de justicia distributiva para la responsabilidad extracontractual demuestra que estas consideraciones son ineludibles para comprender la naturaleza de los problemas que conciernen a la teoría y práctica de la responsabilidad extracontractual.

### *3. Inseparabilidad en las escuelas modernas de responsabilidad extracontractual*

En la discusión moderna acerca de la responsabilidad extracontractual, diversos autores han planteado con distintos matices, la tesis de la inseparabilidad en términos generales<sup>49</sup>. Algunos, como Hanoch Dagan, analizan problemas específicos del derecho de daños en virtud de principios de justicia distributiva<sup>50</sup>. Otros, como Stephen Perry, se separan de la teoría de la justicia correctiva para concentrarse en las consideraciones de justicia distributiva. Stephen Perry plantea una noción de *justicia distributiva localizada*, en la cual las pérdidas deben ser localizadas según deriven de la agencia humana, bajo el concepto de responsabilidad por los resultados de Tony Honoré<sup>51</sup>. Según esta noción, todas las acciones humanas implican una apuesta implícita. El resultado de estas distintas apuestas son constitutivas de la agencia humana, son cruciales para determinar el sentido de identidad de las personas. Cuando los resultados son buenos, el crédito redonda en la persona que realizó la acción; como contrapartida, si los resultados son malos, la persona que realizó la acción es responsable de los malos resultados<sup>52</sup>.

Asimismo, la teoría de los *riesgos no-recíprocos* [*nonreciprocal risks*] de George P. Fletcher es otro buen ejemplo de una teoría sobre responsa-

<sup>49</sup> Cfr. CANE (2002); HONORÉ (1999); KEATING (2000) y KEATING (2001).

<sup>50</sup> Cfr. DAGAN (1999), donde se realiza un análisis del enriquecimiento ilícito desde esta perspectiva.

<sup>51</sup> HONORÉ (1988), pp. 530-533.

<sup>52</sup> PERRY (1992) y PERRY (2001). Como señala Jules L. Coleman, la teoría de Stephen R. Perry se entiende mejor como una teoría de distribución de pérdidas (justicia distributiva) que de rectificación de pérdidas (justicia correctiva). COLEMAN (1995), p. 68. Una interesante crítica al concepto de agencia humana en la teoría de Stephen R. Perry en RIPSTEIN, (1999), p. 99 y ss.

bilidad extracontractual que toma en consideración criterios de justicia distributiva<sup>53</sup>. Según George P. Fletcher, una persona tiene derecho a obtener compensación si es dañada por el que otra persona tomó un riesgo no recíproco. Una persona es responsable si daña a otra al tomar un riesgo no recíproco y no tiene excusa para hacerlo. Hay responsabilidad, entonces, si se producen daños como consecuencia de riesgos no recíprocos inexcusados [*unexcused nonreciprocal risks*]. Cuando los riesgos que un sujeto A le impone a B y viceversa son de la misma clase y magnitud, se trata de riesgos recíprocos<sup>54</sup>. Así, por ejemplo, si suponemos que A y B son automovilistas, mientras éstos conduzcan sus vehículos con el debido cuidado, se impondrán riesgos recíprocos. Si, por el contrario, A o B conduce de manera descuidada, impondrá un riesgo no recíproco a los demás automovilistas. Según George P. Fletcher, algunas actividades por su naturaleza imponen riesgos no recíprocos, mientras que otras normalmente involucran la imposición de riesgos recíprocos. En el primer caso, se justificaría la instauración de un régimen de responsabilidad estricta, mientras que en las actividades del segundo tipo correspondería un régimen de responsabilidad por culpa, toda vez que quienes toman riesgos no recíprocos en este tipo de actividades, superan el nivel normal de riesgos. Este nivel de riesgos se determina mediante los criterios de cuidado debido<sup>55</sup>. George P. Fletcher sostiene que es posible obtener un principio de justicia similar al primer principio de justicia de John Rawls, a saber: cada persona tiene derecho al máximo grado de seguridad que se compatible con la seguridad para todos<sup>56</sup>. El aspecto de justicia distributiva de este argumento es destacado por Gregory C. Keating:

“Cuando los riesgos razonables son recíprocos, la libertad de acción de cada persona es *igualmente* beneficiada y la seguridad de cada uno es igualmente soportada. Por lo tanto, la imposición de riesgos razonables recíprocos define una circunstancia en la cual el riesgo es distribuido equitativamente”<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. FLETCHER (1972).

<sup>54</sup> *Op. cit.*, pp. 542-551.

<sup>55</sup> Este aspecto de la teoría de George P. Fletcher es destacado por Jules L. Coleman por el hecho de que, al igual que las teorías del análisis económico del Derecho, permite justificar tanto los regímenes de responsabilidad por culpa como de responsabilidad estricta, pero a diferencia del análisis económico del Derecho, tiene un fundamento moral. COLEMAN (1992a), p. 258.

<sup>56</sup> FLETCHER (1972), pp. 550-552. Jules L. Coleman critica este paralelo en COLEMAN (1992a), pp. 266-269.

<sup>57</sup> KEATING (2001), p. 33.

En un art. posterior, George P. Fletcher reafirma el argumento de la justicia distributiva en la responsabilidad extracontractual, señalando:

“el problema central del derecho moderno de daños es, en consecuencia, ¿quién debiera ser más rico y quién más pobre? Visto de esta manera, el problema es más de justicia distributiva que correctiva”<sup>58</sup>.

Jules Coleman y Arthur Ripstein han desarrollado la tesis de la inseparabilidad en la responsabilidad extracontractual en un trabajo en conjunto, *Mischief and Misfortune*<sup>59</sup>. Estos autores confirman la tesis de la inseparabilidad, al señalar que es imposible separar la responsabilidad extracontractual de las instituciones y demandas de la justicia distributiva y correctiva<sup>60</sup>. Luego, defienden un sistema de responsabilidad por culpa como expresión del principio general del liberalismo, según el cual cada persona tiene un deber de reparación si traspasa los límites de otra. De acuerdo con ello, la responsabilidad por culpa establece que mientras un agente “A” sea cuidadoso, éste no será responsable por los daños que pueda causar a “B”. Estos infortunios le pertenecen a “B”, aun cuando ellos hayan sido causados por una causa natural. Pero si “A” es negligente, entonces será responsable por los daños que le cause a “B”, porque estos infortunios le pertenecen a “A”, se encuentran dentro de los costos de la actividad que “A” decidió llevar a cabo y que este debe soportar. El corolario de esta idea es que cada persona debe soportar los costos de la actividad que eligió desarrollar.

Jules L. Coleman y Arthur Ripstein agregan que lo anterior implica que el sistema debe tomar en cuenta el valor que tienen las actividades en sí mismas, y también el valor que ellas tienen para los individuos. Así, *v. gr.*, estos autores plantean el ejemplo de la negligencia contributiva o compensación de culpas, el cual se encuentra en nuestra legislación en el art. 2330 del CC: “la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. En el caso concreto de una demanda de responsabilidad por daños, el demandado podrá argumentar que el demandante se expuso imprudentemente al daño causado, y con ello obtener una reducción del monto a indemnizar. Sin embargo, los autores señalan que, conforme a la teoría por ellos defendida, el sistema le otorga mayor valor a algunas actividades como las basadas en creencias religiosas. Por eso, si el demandante –la víctima– demuestra que su supuesta

<sup>58</sup> FLETCHER (1993), p. 1668.

<sup>59</sup> COLEMAN y RIPSTEIN (1995).

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 94.

exposición imprudente al daño proviene de una actividad que se basa en una creencia religiosa, el demandado debiera ser condenado al monto total que corresponde al daño causado. Esto no tiene que ver con el grado en el que la creencia religiosa afecte a la persona en particular sino, más bien, con la manera en la cual la religión afecta a las personas en general<sup>61</sup>.

De acuerdo con esta idea, los autores concluyen que la teoría liberal no puede ser neutra en este ámbito: debe hacerse cargo de las preguntas acerca de los infortunios que tienen un carácter inevitablemente político. Una sociedad democrática no requiere compartir entre todos sus miembros los infortunios, pero sí debe compartir una noción acerca de lo que cuenta como costos de las distintas actividades. A este respecto, Jules L. Coleman y Arthur Ripstein proponen el sistema de bienes primarios de John Rawls, como una base sólida para determinar las actividades valiosas dentro de una sociedad<sup>62</sup>. Empero los autores dejan abierto el debate para discutir acerca de la forma en la cual la sociedad valora las distintas actividades.

Arthur Ripstein desarrolla esta línea argumentativa luego en su *Equality, Responsibility and the Law*<sup>63</sup>. Señala que la pregunta sobre justicia distributiva relevante para el ámbito de la responsabilidad extracontractual es la siguiente: ¿cuáles infortunios deben ser soportados en común por todos, por los cuales nadie en particular debe soportar?<sup>64</sup>. Para responder esta pregunta, Arthur Ripstein sostiene que debe recurrirse a criterios de razonabilidad, puesto que si se establece que todos los riesgos deben ser soportados por quien actúa, se restringiría en exceso el ámbito de libertad de las personas, mientras que si todos los infortunios fueran soportados en común, la seguridad de cada uno estaría sujeta por completo a las acciones de los demás. Según el autor, el problema de la justicia distributiva consiste balancear adecuadamente los intereses en la libertad y en la seguridad. El interés en la libertad se traduce en el interés que tiene cada persona de determinar la forma en que se desarrolla su vida. El interés en la seguridad, por otra parte, se traduce en el interés que tiene cada persona de que la forma en que se desarrolla su vida no dependa de la decisión de otros. Ello implica un análisis de los costos que las personas pueden imponerse unas a otras, pero también el límite de los costos que las personas deben soportar<sup>65</sup>.

Arthur Ripstein sostiene que una manera de conciliar estos intereses es partir de la base que para que una persona sea responsable de los costos que sus decisiones imponen a los demás, debe tener la capacidad para

<sup>61</sup> COLEMAN y RIPSTEIN (1995), p. 111.

<sup>62</sup> RAWLS (1971), p. 90 y ss.

<sup>63</sup> RIPSTEIN (1999). Véase también en el mismo sentido RIPSTEIN (1994).

<sup>64</sup> RIPSTEIN (1999), p. 266.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 269.

adoptar estas decisiones. Pero si las oportunidades de la persona están severamente limitadas por situaciones particulares de pobreza o enfermedad, no es equitativo hacerlo responsable por los costos de sus decisiones<sup>66</sup>. Al igual que en *Mischief and Misfortune*, Ripstein utiliza el concepto de bienes primarios de John Rawls para determinar cuáles son aquellos bienes necesarios para tener la capacidad de planificar la vida propia y moderar las actividades en vista de los derechos de los demás. Ejemplos de ello son la riqueza, salud, educación y movilidad. Lo importante al distribuir estos bienes es que todos tengan suficientes, porque quienes no tienen suficientes no pueden ser responsables de las decisiones y elecciones que realizan. Si un infortunio debe ser soportado por todos en común, debe serlo porque de lo contrario la persona que lo sufriría estaría privada de vivir una vida autónoma o auto dirigida [*self-directing life*]<sup>67</sup>.

#### 4. Inseparabilidad en la doctrina chilena

En la doctrina chilena se puede encontrar, también, la tesis de la inseparabilidad en Enrique Barros y Hernán Corral, aunque en forma moderada. Hernán Corral sostiene:

“por razones tanto de justicia distributiva como comutativa es un principio inmanente a nuestro derecho el deber de reparar los daños sufridos por las víctimas por causas ajenas a ellas”,

109

con lo cual reconoce la existencia de fundamentos distributivos en la responsabilidad extracontractual<sup>68</sup>. Por otra parte, Enrique Barros señala que la instauración de un régimen de responsabilidad estricta puede cumplir instrumentalmente fines distributivos, y también, aunque en menor medida, las presunciones de culpa. Además, este autor reconoce que de acuerdo con la “racionalidad práctica”,

“el legislador actuaría con ceguera si no establece correctivos de justicia distributiva donde no se puede dejar a la víctima entregada a su suerte”.

Para estos efectos, señala Enrique Barros, es que el legislador establece, por ejemplo, sistemas de seguros obligatorios por accidentes del trabajo y de vehículos motorizados<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> RIPSTEIN (1999), p. 272.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, p. 275.

<sup>68</sup> CORRAL TALCIANI (2003), p. 73.

<sup>69</sup> BARROS BOURIE (2006), pp. 53-54.

En este sentido, cabe consignar que la tesis de la inseparabilidad no ha sido rechazada por la doctrina chilena sino que, al contrario, se ve expresada en autores como Enrique Barros y Hernán Corral. Nuestra diferencia con el *Tratado de responsabilidad extracontractual* radica en el ámbito de extensión de las consideraciones de justicia distributiva en la responsabilidad extracontractual que Enrique Barros le otorga, puesto que para este autor la instauración de estas consideraciones es excepcional, estableciendo criterios de justicia distributiva en algunos casos específicos. Por el contrario, la tesis de la inseparabilidad plantea una visión amplia de los aspectos distributivos de la responsabilidad extracontractual, perspectiva que es recurrente no sólo en la literatura moderna especializada que discute acerca de la justicia sino, también, en la tradición aristotélica-tomista e, incluso, dentro de los autores pertenecientes a la tradición del análisis económico del Derecho.

#### V. ALGUNOS EJEMPLOS EN EL DERECHO CHILENO

Hasta ahora en el presente trabajo sólo se han señalado argumentos conceptuales para defender una perspectiva de análisis de la responsabilidad extracontractual. El objetivo de esta sección es ilustrar con algunos ejemplos del Derecho chileno cómo el marco teórico propuesto puede dirigir la discusión acerca de la responsabilidad extracontractual a las verdaderas controversias de fondo que se encuentran inmersas en el ámbito de la responsabilidad civil. No pretendo con ello zanjar estas discusiones. Muy por el contrario, el objetivo es ampliar estos debates hacia otros horizontes. Como ya he señalado, el sistema de responsabilidad extracontractual representa la concreción de muchos principios que entran en juego, y no solamente los principios de justicia correctiva y distributiva. Sin embargo, cualquier explicación teórica acerca de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual debe dar cuenta de, a lo menos, el principio de justicia correctiva. Adicionalmente, la tesis de la inseparabilidad sostiene que las demandas de justicia correctiva y distributiva son inseparables en el ámbito práctico de la responsabilidad extracontractual. Todo ello ha sido argumentado más atrás conforme la discusión que se ha desarrollado en la literatura anglosajona especializada, y también, aunque en menor medida, en la doctrina chilena. Únicamente resta por demostrar que este marco teórico permite comprender la naturaleza de la responsabilidad extracontractual y también, la práctica de esta rama del Derecho.

Los ejemplos que se han escogido no obedecen a una revisión sistemática de la práctica de la responsabilidad extracontractual en Chile, sino que a una selección arbitraria de temas que me han parecido relevantes,

respecto de los cuales el marco teórico propuesto en el presente trabajo podría aportar para la discusión. La revisión exhaustiva de cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual es una tarea que, por ahora, debo dejar para un trabajo posterior. El objetivo solamente consiste en demostrar que el marco teórico que aquí se defiende abre el debate acerca de los principios filosóficos y políticos que se encuentran inmersos en los problemas de la responsabilidad extracontractual.

### *1. La responsabilidad con culpa y la responsabilidad estricta*

Como señalé, mi intención no consiste en discutir exhaustivamente estos problemas de la responsabilidad civil, en especial en el caso de la discusión acerca de si el régimen general de responsabilidad debiera ser de culpa o de responsabilidad estricta. Con excepción de la discusión entre Enrique Barros y Carlos F. Rosenkratz, la doctrina chilena no ha abordado mayormente este debate<sup>70</sup>. La justicia correctiva puede justificar la instauración de un régimen general de culpa<sup>71</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista de la justicia correctiva también permite la existencia de un régimen de responsabilidad estricta. Como señala Enrique Barros:

“Lo importante es que tanto la responsabilidad por culpa como la estricta no son correctamente entendidas a la luz de la justicia retributiva, que atiende al reproche, sino de la correctiva, que mira a la relación entre la víctima del accidente y el autor del daño. Entre ambas no existe, por consiguiente, una diferencia cualitativa sustancial desde el punto de vista moral. Ambas son en tal sentido objetivas”<sup>72</sup>.

111

La conclusión de Enrique Barros respecto a que tanto la responsabilidad por culpa como estricta atienden a exigencias de justicia correctiva me parece acertada. Jules L. Coleman también llega a una conclusión similar. Sostiene que en términos generales, el derecho de daños es fundamentalmente responsabilidad estricta, con independencia de si el agente actuó con culpa o no<sup>73</sup>. Lo anterior se fundamenta en el siguiente argumento: en el régimen de responsabilidad por culpa, las víctimas deben soportar los

<sup>70</sup> Cfr. BARROS BOURIE (2008) y ROSENKRATZ (2008). Ello sin perjuicio de la aplicación de esta discusión a algunos ámbitos específicos del Derecho, como la que se realiza en BANFI DEL RÍO (2004).

<sup>71</sup> Para otras formas de justificar el régimen de culpa en virtud del principio de justicia correctiva, véase BARROS BOURIE (2006), p. 452 y ss.

<sup>72</sup> BARROS BOURIE (2008), p. 312.

<sup>73</sup> COLEMAN (1992a), p. 221.

daños que sufren, a menos que prueben la existencia de culpa por parte de otro (y cumpliéndose los demás requisitos, por cierto). Por otra parte, la responsabilidad estricta señala que los causantes de daños están obligados a indemnizar a sus víctimas, a menos que prueben culpa de las víctimas, lo que se discutirá en sede de causalidad<sup>74</sup>. Para Jules L. Coleman entonces, el régimen de culpa y la responsabilidad estricta son espejos el uno del otro: en el régimen de culpa hay responsabilidad estricta para las víctimas, puesto que deben soportar los daños a menos que prueben la existencia de culpa por parte del autor del daño; y en la responsabilidad estricta, hay responsabilidad por culpa para los autores de los daños, puesto que deben soportar los daños que causan, a menos que prueben que el daño fue causado por una conducta culposa de la víctima<sup>75</sup>. Sin perjuicio de lo controvertida que puede resultar esta afirmación de Jules L. Coleman, ella ilustra acerca de lo que implica adoptar un régimen general de culpa o de responsabilidad estricta: en ambos casos, el sistema jurídico determina quién debe soportar los daños en ausencia de culpa.

La regla del juez Oliver W. Holmes, según la cual si no hay beneficio social alguno al transferir una pérdida no hay razón para incurrir en los costes administrativos de hacerlo, se inclinaría por el régimen general de culpa, pues resulta menos costoso que en principio sean las víctimas quienes deban soportar los daños<sup>76</sup>. Pero la consideración de costo beneficio no es la única que debe ser tomada en cuenta. Por ejemplo, el hecho que la conducta de una persona causó los daños debiera ser moralmente relevante, por lo cual, analizado el problema desde un punto de vista moral, pareciera ser que la responsabilidad estricta es preferible al régimen de culpa<sup>77</sup>.

¿Qué herramientas podemos utilizar entonces para determinar los regímenes de responsabilidad? Es indudable que el análisis económico del Derecho tiene mucho que aportar al respecto. Pero no son los únicos argumentos relevantes. Por ejemplo, como se expuso en la sección IV, la teoría de los riesgos no recíprocos de George P. Fletcher permite determinar, mediante un argumento moral, en qué circunstancias se justifica la imposición de un régimen por culpa o de responsabilidad estricta: si las actividades por su naturaleza imponen riesgos no recíprocos, se justifica la responsabilidad estricta; si, por el contrario, las actividades involucran la imposición de riesgos recíprocos, se justifica un régimen de culpa. Ésta

<sup>74</sup> En nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad estricta sólo requiere la existencia de una acción u omisión, causalidad y daño, por lo cual si la víctima culposamente causó su propio daño, el demandado deberá probarlo en sede de causalidad, puesto que el elemento de la culpa no será considerado.

<sup>75</sup> COLEMAN (1992a), p. 232.

<sup>76</sup> Cfr. HOLMES (1923), pp. 94-96.

<sup>77</sup> COLEMAN (1992a), p. 229.

es la clase de consideraciones que deben tenerse presente para el debate acerca del régimen de responsabilidad, y no el hecho que simplemente el art. 2314 del *CC* exige la culpa como requisito para la acción de reparación. Como hemos visto, la justicia correctiva permite la justificación de ambos regímenes de responsabilidad, por lo cual la decisión deberá adoptarse mediante otros criterios, dentro de los cuales la justicia distributiva cumple un papel fundamental, como en el caso del argumento de George P. Fletcher. El punto es que el ordenamiento jurídico decide quienes, en principio, deben soportar los daños: si las víctimas o quienes negligentemente los causan. Se decide, además, en quienes recaen los daños cuando no hay culpa. Como puede apreciarse, estas decisiones son de carácter distributivo.

## *2. Los seguros y la responsabilidad extracontractual*

El segundo ejemplo escogido es el más palpable caso de la influencia de principios de justicia distributiva en la responsabilidad extracontractual. Es evidente que la existencia de los seguros tiene una influencia importante en la responsabilidad extracontractual, modificando su estructura básica. Según Ramón Domínguez, la generalización del uso de los seguros ha implicado una transformación de la responsabilidad civil en dos ámbitos: primero, modificando internamente el sistema de responsabilidad extracontractual, alterando sus conceptos y fundamentos, y el principio de reparación integral del daño; y en la creación de ámbitos del Derecho que ya no se encuentran regidos por la responsabilidad extracontractual, sino por sistemas de socialización del riesgo<sup>78</sup>.

El primer punto de Ramón Domínguez se justifica en la idea de que la existencia de los seguros modifica la estructura básica de la responsabilidad extracontractual. Como señala Jules L. Coleman, la existencia de seguros no reduce el riesgo, sino que lo distribuye entre varios<sup>79</sup>. Debemos distinguir entre seguros por daños propios y aquellos seguros de daños contra terceros. En los seguros por daños propios, las personas contratan cobertura por daños que podrían sufrir producto de la acción de terceros, o como consecuencia de otros infortunios. Por otra parte, en los seguros por daños contra terceros, la persona contrata el seguro para protegerse de posibles juicios de responsabilidad o cualquier clase de juicio que un tercero pudiera entablarle. Para Patrick Atiyah, el carácter más problemático de la responsabilidad extracontractual lo constituye la existencia de seguros contra terceros, puesto que desvirtúa la naturaleza de la función

<sup>78</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2001), p. 6.

<sup>79</sup> COLEMAN (1992a), p. 205.

del sistema de responsabilidad<sup>80</sup>. Para Jules L. Coleman, la existencia de los seguros transforma la pregunta de quién debiera ser responsable a la pregunta, ¿quién debiera tener la carga de haberse asegurado contra los daños?

No ha pasado inadvertido para la doctrina chilena la existencia de los seguros. Señala Ramón Domínguez que los seguros tienen como finalidad principal transferir la carga de la responsabilidad a la aseguradora y, además, será esta última quien represente al asegurado judicialmente<sup>81</sup>. El modelo básico de la responsabilidad entre víctima y agente del daño se ve alterada por efecto de los seguros, puesto que, en definitiva, será la compañía aseguradora quien deberá indemnizar a la víctima por los daños causados. Se modifica, en consecuencia, el modelo básico de la responsabilidad civil, en el cual el que causa un daño a otro lo indemniza, como establecen los artículos 2314 y 2329 del *CC*, porque con la influencia de los seguros quien indemniza el perjuicio no es el autor del daño, sino su compañía aseguradora. Según Ramón Domínguez, esto ha producido una revolución de la responsabilidad que es interna, porque sin modificar las reglas formales de responsabilidad, se modifica la estructura básica de la forma indicada<sup>82</sup>.

114

La pregunta que debemos plantearnos es si la existencia de los seguros desvirtúa el esqueleto fundamental de la responsabilidad extracontractual que hemos caracterizado basado en el principio de la justicia correctiva, puesto que las indemnizaciones, en definitiva, no son pagadas por el causante del daño, sino por las aseguradoras. Si sigo una teoría de justicia correctiva como la de Jules L. Coleman, la justicia correctiva provee de una base tanto para la responsabilidad como para la indemnización y, además, otorga una razón por la cual la compensación es el deber moral de una persona específica<sup>83</sup>. Ello pudiera conducir a pensar que conforme esta teoría, las víctimas tienen un derecho a exigir reparación por sus pérdidas ilícitas, y los autores de los daños tienen un deber de justicia correctiva de reparar estas pérdidas, debiendo, éstas, recaer en ellos. En este sentido, el hecho que las pérdidas recaigan en una compañía aseguradora y no en el autor del daño, sería contrario al principio de justicia correctiva. Sin embargo, ello no es así. Como señala Jules L. Coleman, del hecho que el autor del daño tenga un deber de reparar el daño causado no necesariamente se sigue que la justicia requiere que ese deber sea cumplido por el autor del daño. Es necesario distinguir entre el deber

<sup>80</sup> Cfr. ATIYAH (1997).

<sup>81</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2001), pp. 7-8.

<sup>82</sup> *Op. cit.*, p. 8.

<sup>83</sup> COLEMAN (1992a), p. 318 y ss.

y los mecanismos institucionales mediante los cuales es permisible que se cumpla ese deber. Jules L. Coleman ilustra esta idea con un ejemplo: una persona “A” contrae numerosas deudas y, por tanto, tiene un deber derivado de la justicia, de pagar dichas deudas. Pese a ello, si Donald Trump decide pagar todas estas deudas, los acreedores ya no tendrán exigencia alguna que hacerle a “A”; el deber de pagar las deudas va a ser satisfecho sin incurrir con ello en una injusticia<sup>84</sup>. Es, pues, el caso de los seguros, en el cual un tercero, como es la aseguradora, cumple el deber de indemnizar los daños causados, sin que con ello se infrinja el principio de justicia correctiva.

Es indudable que, como se ha sostenido en reiteradas ocasiones, los sistemas modernos de responsabilidad civil no pueden explicarse totalmente tomando como base un único principio: el de justicia correctiva. En el ámbito de los seguros, el análisis económico del Derecho tiene mucho que aportar a la discusión, para verificar las consecuencias que tienen los seguros en los estatutos de responsabilidad. Estos autores señalan que los seguros tienen implicancia para el deber de cuidado de los posibles causantes de daños, porque el hecho de estar asegurado va a significar una reducción en el incentivo para prevenir los daños. Además, los autores destacan la posibilidad de que se produzca *riesgo moral*, puesto que la contratación de seguros también va a desincentivar a que las víctimas y especialmente los victimarios se cuiden para no sufrir accidentes, adoptando niveles adecuados de precaución. La solución para ello radica en la existencia de seguros con deducibles para resolver el segundo problema, y con derecho de subrogación en los derechos de la víctima, para solucionar el primero<sup>85</sup>. Lo importante es tener presente que la existencia de seguros no altera el sustento fundamental de la responsabilidad extracontractual que radica en el principio de justicia correctiva. En este sentido, los seguros no son un fin de la responsabilidad extracontractual, sino, simplemente, una institución que permite a los individuos cumplir sus deberes de justicia por medio de un tercero<sup>86</sup>. Sin perjuicio de ello, las decisiones acerca de la responsabilidad civil deben considerar la existencia de los seguros, puesto que éstos afectan la forma en que opera la responsabilidad civil en la práctica<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> COLEMAN (1992a), p. 327.

<sup>85</sup> COOTER y ULEN (2000), p. 333 y ss.

<sup>86</sup> COLEMAN (1992a), p. 206.

<sup>87</sup> En este punto me distancio de Jules L. Coleman y Ernest J. Weinrib, quienes sostienen que las decisiones acerca de la responsabilidad no debieran ser influidas por las consecuencias de los seguros, COLEMAN (1992a), p. 208; WEINRIB (2012), p. 74. Mi postura es más cercana a la de Tsachi Keren-Paz, quien sostiene que los seguros debieran ser considerados como un factor para determinar la responsabilidad civil, KEREN-PAZ (2007), pp. 129-130. Sin embargo, no comparto su tesis según la cual la justicia correctiva

La discusión acerca de los seguros demuestra que las exigencias de justicia correctiva y distributiva son inseparables. Por ejemplo, la decisión de adoptar seguros privados o seguros obligatorios tiene una estrecha relación con la justicia distributiva, al producirse el fraccionamiento de daños de Guido Calabresi<sup>88</sup>. La evaluación de las consecuencias que deriva de la existencia de los seguros es necesaria para la responsabilidad extracontractual, y su consecuente debate en términos de justicia distributiva. Lo que resulta inaceptable es la práctica advertida por Ramón Domínguez, quien señala:

“desde que han proliferado los seguros y se sabe que tras el demandado hay una aseguradora, la tendencia ha sido la de aumentar las sumas a pagarse”<sup>89</sup>.

Esta aplicación de los seguros desvirtúa la naturaleza y fundamento de la responsabilidad extracontractual en el principio de justicia correctiva, pues el hecho que tras el demandado se encuentre una aseguradora no afecta de manera alguna el monto que corresponde indemnizar en función del daño causado. Y transforma al sistema de responsabilidad extracontractual en justicia distributiva, por cuanto, en definitiva el seguro lo cubre el victimario o asegurado, es decir, el sistema se transforma en una transferencia de recursos del victimario a la víctima. Es verdad que ello sucede de una forma imperceptible por efecto del aumento de primas, pero conforme al análisis económico del Derecho ello tiene una serie de consecuencias negativas que no es del caso analizar. Como se vio, la correcta forma de entender los seguros en la responsabilidad civil es concebirlos como una institución que reemplaza a los individuos en el cumplimiento de su deber de reparar los daños, pero el contenido de ese deber no cambia.

### *3. La presunción de culpa del empresario por los hechos de sus dependientes*

En nuestro ordenamiento jurídico los estatutos de responsabilidad estricta son excepcionales. No obstante, el *CC* contempla como correctivo las presunciones de culpa, donde se distingue entre presunciones de culpa por

se opone a la justicia distributiva. Mi intuición básica al respecto –que será desarrollada en un trabajo posterior– es que los seguros operan como un mecanismo distributivo de corrección de la justicia correctiva, en especial para aquellos casos en que la situación de igualdad preexistente que supone la justicia correctiva es distributivamente injusta. En este contexto, de no operar el mecanismo de los seguros, la justicia correctiva sólo estaría preservando desigualdades desde el punto de vista distributivo.

<sup>88</sup> CALABRESI (1984), p. 56.

<sup>89</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2001), pp. 10-11.

el hecho propio y por el hecho ajeno. Para este análisis se va a considerar la presunción de culpa del empresario por el hecho de sus dependientes de los artículos 2320 y 2322 del *CC*. Según Enrique Barros, esta institución obedece a una tendencia generalizada del Derecho Comparado en dirección a la responsabilidad vicaria de los empresarios por el hecho de sus dependientes, citando al respecto el Derecho alemán como el único caso además del chileno en que se contempla la presunción de culpa y no la responsabilidad estricta<sup>90</sup>.

Según Enrique Barros, es posible justificar mediante criterios de justicia correctiva la responsabilidad vicaria del empresario y, por ende, debemos suponer, asimismo, la presunción de culpa. El fundamento de justicia correctiva radicaría en que si el empresario es quien se beneficia de la actividad que realizan sus dependientes, es razonable también que asuma los riesgos de errores o faltas en que incurran sus dependientes al realizar la misma actividad. Hasta aquí, el argumento tiene más bien un carácter de justicia distributiva. El argumento es:

“el dependiente puede ser concebido por el derecho civil como un agente en la acción del principal, de modo que todos los efectos de lo que haga se radican en este último”<sup>91</sup>.

117

La exigencia de justicia correctiva se traduciría en que con la producción del daño se generaría una relación de deber entre la víctima y el empresario directamente, quien actúa a través de la persona del dependiente. Sin embargo, no se aprecia la forma en la cual el argumento deriva de las exigencias de la justicia correctiva. Más bien, la argumentación depende de la discutible noción del dependiente como un agente en la acción del principal. Desde luego, existen buenas razones desde el análisis económico del Derecho para justificar la responsabilidad vicaria, puesto que el empresario es quien se encuentra “en mejores condiciones para definir los niveles óptimos de actividad y de cuidado en la selección y adiestramiento del personal”<sup>92</sup>. Luego Enrique Barros consigna el hecho que la jurisprudencia ha tendido a interpretar en forma extensiva los criterios de procedencia de la presunción, interpretando al mismo tiempo en forma restringida, las reglas que regulan la excusa de diligencia del empresario, lo cual implica que en la práctica se trata de un estatuto de responsabilidad vicaria. Del mismo modo, pareciera insinuar que esta tendencia jurisprudencial es correcta, siguiendo las tendencias del Derecho Comparado. Respalda

<sup>90</sup> BARROS BOURIE (2006), p. 183.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, p. 184.

<sup>92</sup> *Ibid.*

esta postura, además, el argumento de Ernest J. Weinrib, según el cual el hecho del dependiente no puede separarse de la actividad que lleva a cabo el empresario, “porque la empresa debe ser considerada como una unidad”, sobre la base de la máxima “quien actúa a través de otro, actúa por sí mismo”.<sup>93</sup> Luego agrega:

“Con todo, el argumento a favor del establecimiento de una responsabilidad vicaria parece ser más complejo, pues ésta inequívocamente comprende aspectos correctivos y distributivos: por un lado, el control de la actividad es ejercido por el principal, de modo que los actos de los dependientes son en cierto sentido también los suyos; por el otro, es el empresario quien gana provecho de esa actividad, por cuya cuenta actúa el dependiente, de modo que no parece equitativo que conserve las utilidades y no se haga cargo de indemnizar a las víctimas de los daños provocados por el desarrollo impropio de su actividad rentable”<sup>94</sup>.

El primer argumento, como ya se vio, tiene un discutible sustento en la justicia correctiva, mientras que el segundo evidentemente es de justicia distributiva. Sin embargo, también hay consideraciones de justicia distributiva que no justifican la existencia de la responsabilidad vicaria. Pedro Zelaya, estudioso de la responsabilidad civil por el hecho ajeno en Chile, destaca dentro de las teorías que justifican la responsabilidad vicaria la doctrina estadounidense de la *distribución social del daño*, aunque esta no ha recibido mayor atención entre los juristas continentales<sup>95</sup>. La teoría está vinculada, en sus orígenes, al análisis económico del Derecho, aunque Pedro Zelaya reconoce que se encuentra todavía en desarrollo<sup>96</sup>. Esta doctrina señala que el empresario debe responder por la conducta de sus dependientes porque de esta manera se verá forzado a velar por el funcionamiento correcto de su empresa, evitando que ocurran accidentes. El empresario, agrega Pedro Zelaya describiendo esta teoría, es el que está en la mejor posición económica para distribuir socialmente el costo del daño dentro del mercado, ya sea mediante la contratación de seguros de daños contra terceros o mediante la internalización de estos costos, reflejado en un aumento de precios de los bienes o servicios que la empresa ofrece a los consumidores<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> WEINRIB (2012), p. 186.

<sup>94</sup> BARROS BOURIE (2006), p. 458.

<sup>95</sup> ZELAYA ETCHEGARAY (1995), p. 115 y ss.

<sup>96</sup> ZELAYA ETCHEGARAY (1993), p. 124.

<sup>97</sup> ZELAYA ETCHEGARAY (1995), pp. 118-120.

La internalización de costos de las empresas que supone esta doctrina tiene efectos distributivos importantes, que han sido destacados por Patrick Atiyah<sup>98</sup>. Producto de la internalización de costos, quienes, en definitiva, pagan o soportan los daños son los consumidores, es decir, estos daños son soportados por la sociedad completa. En este sentido, se trataría de informios soportados en común, lo cual evidentemente corresponde definir de acuerdo con criterios de justicia distributiva. La discusión, entonces, debiera centrarse en los aspectos distributivos de la presunción de culpa o la responsabilidad vicaria, y sólo en estos términos, podría realizarse una acabada evaluación crítica de este estatuto de responsabilidad.

#### *4. La indemnización del daño moral*

Sin duda, uno de los problemas más complejos para la doctrina y la práctica de tribunales en Chile ha sido la procedencia y evaluación del daño moral. Estas líneas sólo tienen por objeto destacar algunos aspectos relevantes que se vinculan con mi argumento.<sup>99</sup>

El problema se presenta con el art. 1556 del *CC*, el cual establece que “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante”, sin mencionar el daño moral. Como éste es el único artículo en el cual el *CC* se refiere a los daños que comprende la indemnización de perjuicios, los tribunales entendieron, en una primera etapa, que el daño moral no era indemnizable, fundamentando sus decisiones principalmente en que éste no era susceptible de ser evaluado. Empero, a partir de la década de 1920, los tribunales chilenos, inspirados en la doctrina, distinguieron entre responsabilidad contractual y extracontractual<sup>100</sup>. Admitieron que en la responsabilidad contractual no procede la indemnización de los perjuicios no patrimoniales, no obstante afirmaron que en la responsabilidad extracontractual la situación era diversa. En este ámbito, el art. 1556 del *CC* no rige, sino el art. 2329 del *CC*, según el cual “*todo daño* que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.

Desde la perspectiva de la supuesta equidad en que se basaría la interpretación, los argumentos no convencen. De hecho, no se ha elaborado una mayor argumentación que sostener que el daño moral es el precio del dolor que sufre una persona, y que ella mediante la acción de respon-

<sup>98</sup> Cfr. ATIYAH (1997) y CANE (2006).

<sup>99</sup> Para un acabado tratamiento del tema en Chile, véase DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000). Una exhaustiva revisión del daño moral en España y Europa en BARRIENTOS ZAMORANO (2007).

<sup>100</sup> Más detalles sobre este cambio jurisprudencial pueden encontrarse en DIEZ SCHWERTER (1997), p. 95 y ss.

sabilidad debe ser devuelta al mismo estado en que se encontraba antes del accidente. Así, señala Arturo Alessandri Rodríguez:

“el dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que ésta experimente; pero le servirá para compensarlo procurándole los medios de aliviarse de él, si es físico, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o, en todo caso, atenuarlo o hacerlo más soportable”<sup>101</sup>.

Para la mayoría de los autores el daño moral ya no comprende sólo el llamado *preium doloris* que comentaba Arturo Alessandri R., sino que ha pasado a convertirse en un concepto más amplio<sup>102</sup>. Para la doctrina actual, la indemnización del daño moral se justifica con la incorporación al Derecho Civil de los derechos de la personalidad como ámbitos protegidos<sup>103</sup>. Pero desde el punto de vista estrictamente jurídico, los argumentos tampoco son convincentes. El art. 2329 del *CC* no define qué tipos de daños son indemnizables, como lo hace el art. 1556 del *CC*. Por lo demás, en el título xxxv del *CC* existe otra norma, como lo es el art. 2331, que se refiere al daño moral, disponiendo:

120

“las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, *a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero*; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

Los intérpretes podrían haber señalado que esta norma era aplicable sólo a las demandas por daños al honor o crédito de una persona; sin embargo, esta estrategia traería como consecuencia que en este tipo de demandas no se diera lugar a la indemnización por daño moral, consecuencia que los intérpretes no estaban dispuestos a soportar. En este sentido, la disposición ha constituido un problema sin resolver para la doctrina ya que, como sostiene Enrique Barros, la única mención que hace el *CC* al daño moral se encuentra en esta norma, y es para excluir la indemnización<sup>104</sup>.

Según Enrique Barros, una interpretación literal de las normas del art. 2331 del *CC* y el art. 4º, inciso 2º, de la Ley de Prensa (que contempla expresamente el derecho a indemnización por el daño emergente, el

<sup>101</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1943), p. 228.

<sup>102</sup> Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO (2008).

<sup>103</sup> BARROS BOURIE (2006), DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000) y FUEYO LANERI (1990).

<sup>104</sup> BARROS BOURIE (2006), p. 294.

lucro cesante y el daño moral por la comisión de los delitos de injuria y calumnia a través de medios de comunicación),

“lleva a concluir que el derecho chileno excluye la indemnización del daño moral causado por expresiones injuriosas que afectan la honra de una persona, a menos que esas expresiones sean calificables como delitos de injurias o calumnias de conformidad con el derecho penal y hayan sido difundidas por un medio de comunicación”<sup>105</sup>.

Sin embargo, Enrique Barros plantea la posibilidad de una derogación tácita u orgánica del precepto del art. 2331 del *CC*, principalmente por el desarrollo doctrinal y jurisprudencial y por las distintas normas (establecidas en la propia Constitución y la misma Ley de Prensa) que han contemplado en forma expresa la indemnización del daño moral. En 2008, el Tribunal Constitucional desarrolló esta idea esbozada por algunos autores como Enrique Barros en la sentencia Valdés con Irarrázabal (2008). Pero dio un paso adicional, al señalar que el art. 2331 del *CC* es inconstitucional, por ser contrario a lo dispuesto en el art. 19, N° 4 de la Constitución<sup>106</sup>. No obstante, en un curioso fallo dictado con fecha 24 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional rechazó la derogación por inconstitucionalidad del art. 2331 del *CC*<sup>107</sup>. Con posterioridad a Valdés con Irarrázabal (2008), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido menos categórica, rechazando en muchos casos la acción de inaplicabilidad, fundado en el hecho de que:

“es perfectamente posible que el legislador conciba otras formas eficaces para darle adecuado resguardo a un bien tan inmaterial como la honra de una persona, distintas de su resarcimiento en dinero”<sup>108</sup>.

En un fallo más reciente, una opinión disidente suscrita por dos ministros parece sugerir que la declaración de inconstitucionalidad del precepto en cuestión sería procedente en aquellos casos en que existan “nítidos con-

<sup>105</sup> BARROS BOURIE (2006), pp. 578-579.

<sup>106</sup> En mi artículo publicado en el primer volumen de la revista *Derecho y Justicia*, realicé un análisis crítico de esta sentencia –PINO EMHART (2011), p. 16 y ss-. Aquí, únicamente mencionaré algunos aspectos que resultan relevantes para mi argumento.

<sup>107</sup> Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional en relación con el art. 2331 del *CC* (2011).

<sup>108</sup> Ominami con Urbano y otros (2009), considerando tercero.

flictos entre el derecho a la honra y la libertad de opinión”<sup>109</sup>. Claramente se trata de una jurisprudencia en desarrollo, por lo cual sólo un futuro estudio podrá obtener conclusiones claras al respecto.

Desde un punto de vista teórico, el argumento del Tribunal Constitucional es criticable, toda vez que declara inaplicable la disposición del art. 2331 del *CC*, basándose principalmente en la doctrina de autores como Enrique Barros, Ramón Domínguez y Fernando Fueyo, quienes justifican la indemnización del daño moral con la incorporación al Derecho Civil de los derechos de la personalidad como ámbitos protegidos constitucionalmente, asunto que es controvertible<sup>110</sup>. El desarrollo jurisprudencial y doctrinario del daño moral en Chile ha significado una serie de problemas. El primero es la manifiesta injusticia que representa el hecho que en el ámbito contractual no se admite la reparación del daño moral y en la responsabilidad extracontractual sí<sup>111</sup>. Este problema ha sido resuelto en forma parcial mediante la aceptación de la indemnización del daño moral en sede contractual de manera paulatina en la jurisprudencia chilena. El otro problema que involucra este desarrollo del daño moral tiene que ver con su evaluación. Hasta el presente no existen criterios uniformes para determinar el daño moral<sup>112</sup>. Usual es la práctica de los abogados en Chile de demandar sumas irrisoriamente elevadas por concepto de daño moral, pues hay absoluta incerteza respecto a su evaluación. Como ha señalado en reiteradas ocasiones nuestra jurisprudencia,

“los jueces están facultados para apreciar discrecionalmente el daño moral sufrido por la víctima, dada su índole netamente subjetiva, que encuentra su fundamento en la naturaleza afectiva del ser humano”<sup>113</sup>.

¿En qué puede contribuir el marco teórico aquí propuesto para lograr salir de estos problemas argumentativos de la doctrina y jurisprudencia chilenas respecto a la indemnización del daño moral? En primer lugar, no es mi propósito sostener que los daños morales no debieran indemnizarse. Conuerdo con Ramón Domínguez en sostener:

---

<sup>109</sup> Voto disidente del ministro Gonzalo García Pino y del suplente de ministro Christian Suárez Crothers en Amenábar Edwards, María Sofía, con Palacios Correa, Luis Hernán, y Pontificia Universidad Católica de Chile (2012).

<sup>110</sup> Véase ALDUNATE LIZANA (2008), enérgico crítico del neoconstitucionalismo en Chile.

<sup>111</sup> Esta injusticia fue advertida tempranamente por diversos autores como, por ejemplo, en FUEYO LANERI (1990) y TOMASELLO HART (1969).

<sup>112</sup> Propuestas para conseguir uniformar criterios pueden encontrarse en DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000), p. 701 y ss. Véase también DOMÍNGUEZ HIDALGO (2007).

<sup>113</sup> Pavez con Vivanco (1988), p. 1.

“conferirle a la víctima o a al acreedor una reparación lo más proporcionada posible es una de las conquistas alcanzadas en esta materia después de largos años de desarrollo y nos parece que no puede ser abandonada so pena de importar un claro retroceso en la tutela personal”<sup>114</sup>.

Sin embargo, las críticas que hemos planteado tanto a los argumentos de la doctrina como del Tribunal Constitucional, no persiguen sostener que el daño moral no es indemnizable; únicamente pretenden poner de manifiesto que la justificación de la indemnización del daño moral en la responsabilidad civil debe centrarse en el principio de justicia correctiva, tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como de la responsabilidad contractual. Si esta justificación es posible, tarea que no puedo emprender en el contexto del presente trabajo, el argumento tendrá fundamentos sólidos y se ajustará a la estructura básica y práctica de la responsabilidad extracontractual<sup>115</sup>. Por el contrario, si la justicia correctiva no permite justificar la indemnización del daño moral, ello significará que no resulta procedente compensar los daños morales por la vía de la responsabilidad civil<sup>116</sup>. En tal caso, si aun así se estima deseable que estos daños sean compensados, deberán buscarse otros mecanismos que permitan compensarlos (seguros obligatorios, seguros sociales, subsidios estatales, entre otros). En esa discusión, serán los criterios de justicia distributiva los que determinarán la decisión que se adopte.

En segundo lugar, es contrario a la justicia correctiva que los tribunales no acojan debidamente la prueba del lucro cesante y, por el contrario,

---

<sup>114</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO (2000), pp. 713-714.

<sup>115</sup> CHAPMAN (1995) emprende esta tarea, pero con resultados adversos para la doctrina chilena: según este autor, de acuerdo con el principio de justicia correctiva no corresponde indemnizar los daños no pecuniarios. De manera similar, Jules L. Coleman cuestiona que los daños no pecuniarios deban ser indemnizados, toda vez que desde una perspectiva racional las personas en general no contratan seguros por daños propios. De manera tal que el sistema jurídico debe decidir entre adoptar un criterio racional al respecto (no permitiendo la indemnización del daño moral), o un criterio basado en la ilicitud de la conducta (permitiendo la indemnización de estos daños en algunos casos). COLEMAN (1992b), p. 354.

<sup>116</sup> Un revisor anónimo me sugiere que la indemnización del daño moral podría ser justificada sobre la base del principio de reparación integral del daño, consagrado en el ordenamiento jurídico de forma independiente de la justicia correctiva. Sin embargo, dicha justificación de la indemnización del daño moral resulta problemática si se analiza bajo la perspectiva del marco teórico propuesto por el presente trabajo. Por ejemplo, si debe repararse íntegramente el daño moral, ¿cómo puede justificarse que algunas personas sean indemnizadas por un mayor monto por el hecho de tener una mayor sensibilidad? Ello pareciera imponer una carga excesiva de riesgo para quienes causan un daño a esta clase de personas.

cumplan por equivalencia la reparación de este perjuicio a título de daño moral<sup>117</sup>. Esta práctica de los jueces desvirtúa la verdadera naturaleza del daño moral, contribuyendo a la discrecionalidad para evaluar los perjuicios, considerando especialmente que el lucro cesante puede ser evaluado mediante criterios objetivos.

En tercer lugar, en cuanto a la evaluación del daño moral, cabe señalar que la justicia correctiva es incompatible con la función retributiva que los tribunales han tendido a otorgarle a la indemnización del daño moral. De acuerdo con Ramón Domínguez:

“pese a que la indemnización por este concepto suele ser concedida, y así se entiende como el estricto reconocimiento del principio de reparación integral, no es menos cierto que la consideración de la gravedad de la culpa es frecuente en los tribunales, pues la acreditación de culpa en el autor o, mejor aún de dolo, se traduce generalmente en un aumento del monto de la indemnización”<sup>118</sup>.

Asimismo, Marcelo Barrientos describe las funciones del resarcimiento por daños morales en la doctrina europea con una doble función: punitiva para el autor del daño y resarcitoria para la víctima<sup>119</sup>. Sin duda, la función punitiva del daño moral es incompatible con la exigencia de la justicia correctiva que se centra en la reparación del daño causado<sup>120</sup>. Lo mismo puede afirmarse respecto a la utilización del parámetro de la situación patrimonial del demandado para evaluar los daños morales, criterio que también ha sido utilizado por la jurisprudencia chilena<sup>121</sup>. Mientras se persista en considerar estos elementos retributivos para el cálculo del monto de la indemnización, se producirán injusticias correctivas porque, al asumir la responsabilidad extracontractual la función punitiva a través de la indemnización del daño moral, se desvirtúa la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil<sup>122</sup>. Como

<sup>117</sup> BARROS BOURIE (2006), p. 263-4. Aquí cita la jurisprudencia pertinente en n. 146.

<sup>118</sup> DOMÍNGUEZ HIDALGO (1998), p. 49.

<sup>119</sup> BARRIENTOS ZAMORANO (2007), p. 51 y ss.

<sup>120</sup> Enrique Barros es menos radical en este punto, permitiendo que la indemnización del daño moral cumpla una “función de satisfacción” (punitiva). Señala: “a falta de un ordenamiento legal que tipifique objetivamente los daños y los valore en cada caso [...], parece preferible asumir que la indemnización tiene una función implícita de satisfacción, pero como un complemento acotado de una base objetiva de valoración”. BARROS BOURIE (2006), p. 310.

<sup>121</sup> Numerosas sentencias pueden encontrarse citadas en BARROS BOURIE (2006), p. 309, n. 304.

<sup>122</sup> Esta afirmación puede ser discutible desde el punto de vista de la dogmática civil en distintas jurisdicciones. Sin embargo, en el ámbito de la discusión filosófica acerca de los fines de la responsabilidad civil, se encuentra asentada la idea de que el principio de justicia correctiva es el que mejor sustenta el sistema de responsabilidad civil extracontractual.

ya he señalado, la reparación de los daños morales puede perseguirse mediante otros mecanismos.

### 5. *La protección de la honra*

A primera vista, pareciera ser que la acción de responsabilidad indemnizatoria por injuria o difamación es incompatible con el principio de justicia correctiva. Pero ello no es así, debido a que se puede entender que las pérdidas injustas por las cuales la justicia correctiva exige reparación se traducen en la violación del derecho constitucional a la honra y privacidad de las personas, consagrado en el art. 19 N° 4 de la Constitución<sup>123</sup>. No hay incompatibilidad, en consecuencia, entre el principio de justicia correctiva y las acciones indemnizatorias de injuria y difamación.

Aclarado este punto, se utilizará este estatuto de responsabilidad para ejemplificar la forma en la cual las consideraciones de justicia distributiva son relevantes para el análisis de la responsabilidad extracontractual. Un caso práctico podría contribuir a entender la manera en la cual el sistema propuesto podría funcionar. Si seguimos la tesis de Jules L. Coleman y Arthur Ripstein, el sistema de responsabilidad extracontractual debe expresar la forma en la cual la sociedad valora las distintas actividades<sup>124</sup>. Ello puede constituir un criterio interesante para resolver conflictos entre derechos fundamentales. En diversas ocasiones, los tribunales se han visto enfrentados a situaciones en las cuales se advierte un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra y vida privada. Con algún grado de éxito, autores como Robert Alexy han propuesto test de *ponderación de derechos*<sup>125</sup>.

---

Consecuencia de ello es mi conclusión de que la indemnización del daño moral debe cumplir primordialmente una función reparatoria y no punitiva.

<sup>123</sup> Esta idea de entender el concepto de pérdida injusta de la justicia correctiva como la violación de un derecho ha sido desarrollada durante los últimos años en la doctrina anglosajona, específicamente en el Reino Unido. Esta “doctrina basada en los derechos” explica por qué en algunos sistemas anglosajones de responsabilidad extracontractual se contemplan violaciones de derechos que no necesariamente acarrean un daño para las víctimas. La doctrina fue elaborada de manera sistemática para el ámbito de la responsabilidad extracontractual en STEVENS (2007), pero ha sido desarrollada también recientemente por otros autores –NOLAN y ROBERTSON (2012)–. Una discusión acabada acerca de esta incipiente doctrina se escapa de los límites del presente trabajo. Pero cabe señalar que su aplicación sistemática para una jurisdicción civil como la chilena es restringida, toda vez que en Chile el daño es un requisito esencial para que opere la responsabilidad civil extracontractual.

<sup>124</sup> Cfr. COLEMAN y RIPSTEIN (1995).

<sup>125</sup> Cfr. ALEXY (1993). Igualmente, entre nosotros, Humberto Nogueira propone algunos criterios específicos para resolver este conflicto de derechos en NOGUEIRA ALCALÁ (2002), p. 163 y ss.

Con la teoría de Jules L. Coleman y Arthur Ripstein, puedo concebir otra forma de resolver el conflicto.

Considerando el caso del senador Jovino Novoa, quien solicitó una millonaria indemnización en contra de Canal 13, persiguiendo la reparación del daño sufrido por las declaraciones emitidas por dicha estación televisiva, en las cuales se le ocasionó un perjuicio a su prestigio. Claramente, se presenta el conflicto de derechos fundamentales: por una parte, el derecho del senador Jovino Novoa a que se le reparen los daños causados por la violación a su derecho a la honra y, por otra parte, el derecho de Canal 13 a la libertad de opinión e información. Desde la perspectiva de la justicia distributiva, y en virtud del marco teórico propuesto por Jules L. Coleman y Robert Ripstein, puede analizarse la acción desde el punto de vista de las actividades involucradas. Por un lado, se encuentra el ejercicio de un cargo político y la protección de la honra de la persona que lo ejerce; por otro, tenemos el ejercicio del periodismo y la divulgación de información de Canal 13.

Si la sociedad valora el debate público de ideas y el escrutinio constante de quienes ejercen cargos políticos, debiera otorgarle mayor valor a la actividad que ejerce Canal 13. En consecuencia, esta sociedad debiera establecer estándares altamente exigentes para acoger la demanda del senador Jovino Novoa, por ejemplo, exigiendo un grado alto de culpa o, también, dolo por parte de Canal 13. Esto porque de lo contrario el derecho a la información de las personas se vería afectado de manera severa si los medios de comunicación tuvieran que verificar a cabalidad los antecedentes que obtienen en sus investigaciones y, por ello, dar lugar a la indemnización u otorgar una suma alta de dinero, tiene una incidencia indeseable sobre la actividad del periodismo que esta sociedad valora. Lo interesante de esta postura es que permitiría darle una nueva interpretación al art. 2331 del *CC*, no obstante lo dispuesto en la Ley de Prensa. Normalmente, se considera la disposición del *CC* anticuada y en desuso, puesto que se analiza desde la perspectiva del demandante o la víctima de la difamación, con lo cual la norma es restrictiva del derecho a la honra, al prohibir la posibilidad de que la víctima solicite indemnización de daños morales<sup>126</sup>. Sin embargo, la disposición también puede interpretarse como protectora de los derechos de libertad de expresión y de libertad de información y opinión, al asignarle prioridad a la información por sobre la reparación del daño al honor de las personas. Incluso, probando lucro cesante o daño emergente, si se prueba la veracidad de las imputaciones

<sup>126</sup> Un ministro del Tribunal Constitucional señala en un voto concurrente que la norma es un anacronismo decimonónico. Camiroaga Fernández, Felipe, con Passalacqua Campos, Ítalo (2011), voto concurrente del ministro Mario Fernández Baeza, considerando quinto.

no habrá a derecho a indemnización. Por cierto, la interpretación no es factible por lo establecido en el art. 4º, inciso 2º, de la Ley de Prensa, que contempla expresamente el derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral por la comisión de los delitos de injuria y calumnia a través de medios de comunicación. Sin perjuicio de lo anterior, en algunas sentencias del Tribunal Constitucional y votos de disidencia o minoría, se ha sugerido una perspectiva similar de análisis. Por ejemplo, el tribunal señala:

“Que tratándose, como en la especie, de un tipo de daño que no tiene expresión o trasunto pecuniario, es perfectamente posible que el legislador conciba otras formas eficaces para darle adecuado resguardo a un bien tan inmaterial como la honra de una persona, distintas de su resarcimiento en dinero, como podría ser, verbigracia, la imposición al autor del agravio de la obligación de publicar, a su costa, el texto íntegro de la sentencia condenatoria, con lo cual podría entenderse que se está resarciendo el buen nombre del ofendido en forma más idónea (desde el punto de vista del fin que se persigue) que imponiendo una indemnización pecuniaria al ofensor”<sup>127</sup>.

Un análisis de esta naturaleza fue el realizado por la Corte Suprema norteamericana en el famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964). En esta sentencia, la Corte concluyó que para los casos en que se trate de una expresión referida a un funcionario público, respecto de conductas dentro del ámbito de sus funciones, las indemnizaciones están proscritas, salvo que la expresión sea realizada con “*real malicia*”, esto es, en conocimiento de que lo expresado no corresponde a la realidad, o con indiferencia respecto de si lo expresado corresponde efectivamente a la realidad o no. Esto es lo que se conoce como el “*test New York Times*”, que exige la comprobación con “claridad convincente” (376 U.S. 254, 285-286) de ‘real malicia’ para efectos de imputar un delito de difamación, tratándose de comunicaciones relativas a agentes de gobierno en el ejercicio de sus funciones. En este caso, la Corte Suprema estadounidense interpretó la Constitución estableciendo un estándar de cuidado muy bajo (o grado de culpa muy alto), que es el de la *real malicia*, bajo el entendido que la sociedad le otorgaba un valor alto a la actividad de informar sobre los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Una tesis que sostiene precisamente lo contrario podemos encontrarla en el voto concurrente del ministro del Tribunal Constitucional Mario Fernández Baeza, quien señala:

127

---

<sup>127</sup> Ominami con Urbano y otros (2009), considerando tercero.

“Qué [sic] es más esencial para la democracia el derecho a la honra que el derecho a la libertad de información, resulta de considerar a la primera como parte constitutiva de la dignidad de la persona. ¿De qué serviría a la noble causa democrática que pudiese, en nombre de la libertad de expresión, causar impunemente el descrédito de las personas, especialmente de quienes tienen o han tenido a su cargo las más altas dignidades públicas?”<sup>128</sup>.

Otro aspecto interesante, pero esta vez de carácter distributivo, es que si se concede la indemnización de perjuicios al senador Jovino Novoa, producto de la internalización de costos, en definitiva, los montos serán pagados por todos los consumidores, esto es, la sociedad completa. Pero cambiemos el ejemplo. Supongamos ahora un individuo que denigra públicamente el ejercicio de un culto religioso de manera tal que afecta de forma grave las creencias religiosas de las víctimas. Desde luego, la respuesta no será la misma. Si se trata de una sociedad que valora la libertad de expresión en forma enfática, aquella sociedad debiera desestimar una acción de responsabilidad en contra de quien profirió las expresiones, o exigir elevados estándares de culpa para dar lugar a la indemnización de perjuicios. Sin embargo, una sociedad comprometida con la idea de que los cultos religiosos constituyen formas de vida valiosas, debiera conceder una acción indemnizatoria para reparar el daño causado a las víctimas, haciendo prevalecer la libertad de culto en desmedro de la libertad de expresión.

## VI. CONCLUSIONES DEFINITIVAS Y CONCLUSIONES PROBABLES

El argumento en que se sustenta este trabajo se estructura, como se señaló en la Introducción, sobre la base de dos hipótesis de trabajo. En estas últimas líneas revisaremos cómo se demostraron estas dos tesis. Se trata de respuestas definitivas porque plantean un marco teórico que, según se ha argumentado a lo largo de estas páginas, cumple una doble función.

- En primer lugar, las inseparables exigencias de justicia correctiva y distributiva abren una discusión técnico-jurídica que se extiende a campos más amplios como la filosofía política, lo cual permite apreciar de manera clara los valores que el sistema jurídico adopta por medio de estas instituciones y las consecuencias políticas y sociales que implican la instauración de uno u otro régimen.

---

<sup>128</sup> Camiroaga Fernández, Felipe, con Passalacqua Campos, Ítalo (2011), voto concurrente del ministro Mario Fernández Baeza, considerando cuarto.

- En segundo lugar, el principio de justicia correctiva provee de un fundamento moral al sistema de responsabilidad extracontractual. Sin que ello implique sostener la tesis de la relación necesaria entre moral y derecho, es importante para una sociedad democrática que un sistema que distribuye los infortunios entre los miembros de la comunidad esté sustentada en argumentos de racionalidad moral práctica. Es, además, el principio que mejor explica la naturaleza de la responsabilidad extracontractual, frente a otras concepciones instrumentales como la del análisis económico del Derecho, las cuales sin perjuicio de su relevancia para la discusión acerca de los distintos estatutos de responsabilidad, no otorgan un principio explicativo tan completo como es el de la justicia correctiva.

*Primera hipótesis de trabajo:  
la justicia correctiva es el principio que mejor explica la teoría  
y la práctica de la responsabilidad extracontractual*

La primera hipótesis permite concluir que es necesario un fundamento para explicar la existencia del sistema de responsabilidad extracontractual. En la literatura anglosajona se ha desarrollado un amplio debate respecto a los fines de la responsabilidad extracontractual, entre las teorías instrumentales vinculadas al análisis económico del Derecho, y las posiciones de carácter moral, vinculadas a la justicia correctiva. En la sección III se ha propuesto el principio de justicia correctiva como la mejor explicación necesaria, aunque no siempre suficiente, de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, la tesis consiste en sostener que cualquier explicación acerca del sistema de responsabilidad extracontractual debe, necesariamente, dar cuenta del principio de justicia correctiva, sin perjuicio de que existan otros principios también relevantes para la explicación del sistema, dentro de los cuales encontraremos los criterios de justicia distributiva compitiendo con otros principios como las nociones de eficiencia del análisis económico del Derecho. El punto es que si se puede identificar el núcleo central de la responsabilidad extracontractual en el principio de justicia correctiva, que es un argumento de carácter moral, se puede justificar la reasignación de pérdidas que realiza el sistema de responsabilidad extracontractual producto de los infortunios. En la sección V se ha demostrado, además, que en la práctica los problemas de responsabilidad extracontractual pueden ser analizados en virtud del principio de justicia correctiva, incluso, en el caso de acciones ajenas al núcleo tradicional del sistema de responsabilidad extracontractual, como la de responsabilidad por daño a la honra de las personas.

*Segunda hipótesis de trabajo:  
es imposible separar la responsabilidad extracontractual de las instituciones  
y demandas de la justicia distributiva y correctiva*

Esta hipótesis que denomine como tesis de la inseparabilidad, no plantea abandonar conceptualmente la distinción entre justicia correctiva y distributiva, sino que plantear que la distinción sólo es analítica. Ello es enfatizado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde se sostiene que las exigencias de ambas clases de justicia son inseparables. Como se vio más atrás, en la sección IV, esta afirmación es, también, respaldada por los autores de la teoría aristotélica-tomista de la justicia que defienden la distinción de Aristóteles, como John Finnis y James Gordley e, incluso, el propio Tomás de Aquino. También es confirmada la hipótesis por autores modernos como George P. Fletcher, quien concibe el sistema de responsabilidad extracontractual como un mecanismo de distribución de riesgos, donde la responsabilidad se vincula a la imposición de riesgos no recíprocos. Asimismo, se ha destacado el trabajo conjunto de Jules L. Coleman y Arthur Ripstein, quienes han combinado, por una parte, la defensa del principio de justicia correctiva de Jules L. Coleman con el trabajo en justicia distributiva bajo la influencia de John Rawls en la obra de Arthur Ripstein. El resultado de ello es una interesante teoría que combina las exigencias de ambas clases de justicia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Asimismo, algunos autores del análisis económico del Derecho han confirmado la tesis de inseparabilidad. Dentro de ellos, especialmente destacable es el caso de Guido Calabresi y su enfoque en las consecuencias que trae aparejada la aplicación de la eficiencia de Kaldor-Hicks, sosteniendo que quienes resulten “ganadores” y “perdedores” no es irrelevante para el Derecho, considerando con ello las consecuencias distributivas. Pero la tesis de la inseparabilidad no sólo se sostiene mediante lo que se podría designar como argumentos de autoridad basados en la literatura citada sino, también, como se ha demostrado en la sección V precedente, es posible analizar diversos problemas de la responsabilidad extracontractual en virtud de principios de justicia distributiva, donde se puede apreciar que las exigencias de ambas clases de justicia no pueden separarse en este ámbito.

Sin embargo, muchas de las respuestas que se ensayaron en la sección V respecto de algunos problemas de la responsabilidad extracontractual son respuestas probables, puesto que la aplicación del marco teórico propuesto puede conducir a respuestas muy diversas. Por ejemplo, sólo se esbozó la intuición de que efectivamente es posible justificar la indemnización del daño moral por el principio de justicia correctiva, aunque si no es posible, ello no impide que se indemnice este tipo de daños mediante otros

mecanismos. Es de esperar que la discusión doctrinaria al respecto se dirija hacia este principio. Las mismas consideraciones pueden ser relevantes en cuanto a las consecuencias distributivas del estatuto de responsabilidad del empresario por el hecho del dependiente, consideraciones que no han sido tomadas en cuenta hasta ahora por la doctrina chilena. Así, se espera que las osadas afirmaciones que he planteado logren generar debate en este sentido. Si lo logran, habré tenido éxito entonces en nuestra empresa de centrar el debate acerca de la responsabilidad extracontractual en el principio de justicia correctiva que lo inspira, y las inseparables exigencias de justicia distributiva que conlleva.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008). *Los Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARISTÓTELES (2008). Ética *Nicomachea*. (Trad.) Julio Pallí Bonet. Barcelona: Del Nuevo Extremo/ Gredos.
- ATIYAH, Patrick S. (1997). *The Damages Lottery*. Oxford, Hart Publishing.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2004). “De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 2, Santiago.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2007). *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008). “Del daño moral al daño extramatrimonial: La superación del *preium doloris*”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1, Santiago.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2008). “La responsabilidad civil como Derecho Privado (notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkratz al *Tratado de responsabilidad extracontractual*)”. *Estudios Públicos*, N° 112, Santiago.
- CALABRESI, Guido (1984). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. (Trad.) Joaquim Bisbal. Barcelona: Ariel.
- CALABRESI, Guido (1991). “The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further”. *The Yale Law Journal*, vol. 100, N° 5, Yale.
- CANE, Peter (2001). “Distributive Justice and Tort Law”. *New Zealand Law Review*, vol. 4, Auckland.

- CANE, Peter (2002). *Responsibility in Law and Morality*. Oxford: Hart Publishing.
- CANE, Peter (2006). *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CHAPMAN, Bruce (1995). "Wrongdoing, Welfare, and Damages: Recovery for Non-Pecuniary Loss in Corrective Justice", in David G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press.
- COLEMAN, Jules L. (1987). "Property, Wrongfulness and the Duty to Compensate". *Chicago-Kent Law Review*, N° 63, Chicago.
- COLEMAN, Jules L. (1992a). *Risks and Wrongs*. New York: Cambridge University Press.
- COLEMAN, Jules L. (1992b). "Tort Law and the Demands of Corrective Justice". *Indiana Law Journal*, vol. 67, Bloomington.
- COLEMAN, Jules L. (1995). "The Practice of Corrective Justice", en David G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press.
- COLEMAN, Jules L. (1998). *Markets, Morals and the Law*. New York: Oxford University Press.
- COLEMAN, Jules L. (2001). *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, Jules L. y RIPSTEIN, Arthur (1995). "Mischief and Misfortune". *McGill Law Journal*, N° 41, Montreal.
- COOTER, Robert & Thomas ULEN (2000). *Law and Economics*. Chicago: Adison Wesley Longman.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CURZER, Howard (202). *Aristotle and the Virtues*. Oxford: Oxford University Press.
- DAGAN, Hanoch (1999). "The Distributive Foundation of Corrective Justice". *Michigan Law Review*, vol. 98, Ann Arbor.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis (1997). *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2001). "La Transformación de la Responsabilidad Civil y el Seguro", en Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA et. al. *Seminario Responsabilidad Civil y Seguros. Actuales Tendencias y Desafíos*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (1998). "La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 1, Santiago.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000). *El daño moral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2007). "Hacia una uniformidad y transparencia en la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral", en Hernán CORRAL TALCIANI y María RODRÍGUEZ PINTO (coordinadores). *Estudios de derecho civil II*

- Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones.* Santiago: LexisNexis.
- FINNIS, John (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. New York: Oxford University Press.
- FINNIS, John (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Traducción. Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- FLETCHER, George P. (1972). "Fairness and Utility in Tort Theory". *Harvard Law Review*, vol. 85, Nº 3, Harvard.
- FLETCHER, George P. (1993). "Corrective Justice for Moderns". *Harvard Law Review*, vol. 106, Nº 7, Harvard.
- FUEYO LANERI, Fernando (1990). "La resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad", en Fernando FUEYO LANERI. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARDNER, John (2005). "Wrongs and Faults". *The Review of Metaphysics*, vol. 59, Washington.
- GARDNER, John (2011). "What is Tort Law for? Part 1. The Place of Corrective Justice". *Law and Philosophy*, Nº 30, New Haven.
- GORDLEY, James (2006). *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. New York: Oxford University Press.
- HAYEK, Friedrich A. (2013). *Law, Legislation and Liberty*. Abingdon: Routledge Classics.
- HOLMES, Oliver Wendell (1923). *The Common Law*. Boston: Little Brown.
- HONORÉ, Tony (1988). "Responsibility and Luck". *Law Quarterly Review*, vol. 104, Oxford.
- HONORÉ, Tony (1995). "Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law", in David G. OWEN (ed.). *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Clarendon Press.
- HONORÉ, Tony (1999). *Responsibility and Fault*. Oxford: Hart Publishing.
- KEATING, Gregory C. (2000). "Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents". *Southern California Law Review*, Nº 74, Los Angeles.
- KEATING, Gregory C. (2001). "A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents", in Gerald J. POSTEMA (ed.). *Philosophy and the Law of Torts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KEREN-PAZ, Tsachi (2007). *Torts, Egalitarianism, and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate.
- LIPPKE, Richard L. (1999). "Torts, Corrective Justice, and Distributive Justice". *Legal Theory*, Nº 5, Indiana.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002). *El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites: honra y vida privada*. Santiago: LexisNexis.
- NOZICK, Robert (1991). *Anarquía, estado y utopía*. (Trad.) Rolando Tamayo. México DF: Fondo de Cultura Económica.

- PERRY, Stephen R. (1992). "The Moral Foundations of Tort Law". *Iowa Law Review*, vol. 77, Iowa City.
- PERRY, Stephen R. (2001). "Responsibility for Outcomes, Risk, and the Law of Torts", in Gerald J. POSTEMA (ed.). *Philosophy and the Law of Torts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PINO EMHART, Alberto (2011). "Justicia distributiva, responsabilidad civil y terremotos. Reflexiones en torno a los fundamentos de la responsabilidad civil". *Derecho y Justicia*, N° 1, Santiago.
- POSNER, Richard A. (1981). "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law". *The Journal of Legal Studies*, N° 10, Chicago.
- RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- RIPSTEIN, Arthur (1994). "Equality, Luck, and Responsibility". *Philosophy and Public Affairs*, vol. 23, N° 1, Washington.
- RIPSTEIN, Arthur (1999). *Equality, Responsibility and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ROSENKRATZ, Carlos F. (2008). "En defensa de la responsabilidad estricta: Una revisión crítica del *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, de Enrique Barros B.". *Estudios Públicos*, N° 112, Santiago.
- SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. (Trad.) Macarena von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Tecnos.
- STEVENS, Robert (2007). *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- TOMÁS DE AQUINO (2001). *Suma de Teología*. Traducción José Martorell Capó. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- TOMASELLO HART, Leslie (1969). *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- WEINRIB, Ernest J. (2012). *The Idea of Private Law*. 2<sup>a</sup> ed. revisada. Oxford: Oxford University Press.
- WILLIAMS, Bernard (1981). "Justice as a virtue". *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro (1993). "La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo xc, N° 3, Santiago.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro (1995). *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*. Pamplona: Aranzadi.

### Normas citadas

*Código Civil*

*Constitución Política de la República de Chile*

Ley N° 19.733 (Ley de Prensa), Ley sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (*Diario Oficial*, de 4 de junio de 2001).

*Jurisprudencia citada*

Amenábar Edwards, María Sofía, con Palacios Correa, Luis Hernán, y Pontificia Universidad Católica de Chile (2012), Tribunal Constitucional (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), 26 de junio de 2012, causa rol N° 2255-2012 (disponible en [www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_sentencia.php?id=2676](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=2676)). Visitado el 3 de abril de 2013.

Camiroaga Fernández, Felipe, con Passalacqua Campos, Ítalo (2011), Tribunal Constitucional (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), 15 de marzo de 2011, causa rol N° 1679-2010, (disponible en [www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_sentencia.php?id=1797](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=1797)). Visitado el 3 de abril de 2013.

New York Times Co. *v.* Sullivan (1964), Corte Suprema de Estados Unidos, 9 de marzo de 1964, 376 U.S. 254 (1964).

Ominami con Urbano y otros (2009), Tribunal Constitucional (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), 16 de abril de 2009, causa Rol N° 1185-2008 (disponible en [www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_sentencia.php?id=1123](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=1123)). Visitado el 3 de abril de 2013.

Pavez con Vivanco (1988), Corte de Apelaciones de Santiago (apelación), 12 de enero de 1988, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 85, Sección Segunda, Santiago.

Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 2331 del *Código Civil* (2011), 24 de mayo de 2011, causa rol N° 1723-2010 (disponible en [www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_sentencia.php?id=2599](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=2599)). Visitado el 3 de abril de 2013.

Valdés con Irarrázabal (2008), Tribunal Constitucional (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), 10 de junio de 2008, causa rol N° 943-2007 (disponible en [www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_sentencia.php?id=950](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=950)). Visitado el 3 de abril de 2013.