
El control de la coacción en los remedios de la responsabilidad civil^{*-**}

» ALBERTO PINO-EMHART^{***}

RESUMEN. El presente artículo sostiene que algunos remedios de la responsabilidad civil son más coactivos que otros, y sugiere que los remedios pueden ser clasificados de acuerdo con su coactividad. Conforme a ello, esta característica puede explicar por qué la mayoría de los sistemas jurídicos prefieren algunos remedios menos coactivos, usualmente los remedios monetarios, a otros remedios más coactivos, como las órdenes judiciales. Se sostiene que estos últimos remedios necesitan ser particularmente justificados por su naturaleza coactiva, y también necesitan ser limitados. Se formulan algunos lineamientos para lograr esta tarea de control, considerando especialmente un balance de los intereses en conflicto.

* Fecha de recepción: 15 de junio de 2024. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2025.

Para citar el artículo: Pino-Emhart, A., “El control de la coacción en los remedios de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 50, enero-junio 2026, 203-233. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.50.08>

** El presente trabajo fue financiado por el proyecto Fondecyt Regular n.º 1240852, del cual el autor es investigador responsable. El autor agradece especialmente los comentarios de Zoe Sinel y Joaquín Reyes a borradores previos de este texto, así como a los participantes del IX North American Workshop on Private Law Theory en Brooklyn Law School, el seminario académico de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile), la audiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona (España) y los revisores anónimos de la Revista.

*** Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile; profesor asociado. Doctor en Derecho, Universidad de Edimburgo, Edimburgo, Reino Unido; licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Contacto: alberto.pino@uai.cl Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2066-6611>

PALABRAS CLAVE: coacción, remedios, cumplimiento específico, órdenes judiciales, disculpas.

The Control of Coercion in Civil Liability Remedies

ABSTRACT. The paper argues that some private law remedies are more coercive than others. It is suggested that remedies can be classified according to their coerciveness. This taxonomy can explain why most legal systems prefer some less coercive remedies –usually monetary remedies– over other more coercive remedies, such as court orders. It is argued that these more coercive remedies need to be particularly justified for their coercive nature, and they also need to be limited. Some guidelines are provided to accomplish this task of control, taking especially into account a balance between the parties' interests.

KEYWORDS: coercion, remedies, specific performance, injunctions, apologies.

SUMARIO. Introducción. I. Terminología: los conceptos de coacción y de remedios. II. Una taxonomía de los remedios a través de la mirada de la coacción. III. El control de la coacción en los remedios mediante el balance de los intereses en juego. Conclusiones. Referencias.

Introducción

¿Por qué los sistemas jurídicos de la tradición del *common law* privilegian la indemnización de perjuicios por sobre el cumplimiento específico en caso de incumplimiento contractual?¹ ¿Por qué la mayoría de los sistemas de responsabilidad extracontractual privilegian la indemnización compensatoria de perjuicios por sobre otros remedios como la reparación en naturaleza? ¿Por qué algunos remedios, como los daños punitivos o las órdenes judiciales, han sido considerados en cierto modo como remedios excepcionales? La dogmática civil ha elaborado algunas respuestas plausibles a estas preguntas. Sin embargo, me parece que estas preguntas pueden abordarse desde una perspectiva más general, concentrándose en el concepto de coacción. En este sentido, mi objetivo aquí consiste en discutir cómo el derecho privado impone intromisiones considerables a la autonomía

1 Véase Bahamondes, C., *El cumplimiento específico de los contratos*, Santiago, Der, 2018, 12-25; Severin, G., “Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el *common law*. Perspectiva histórica y aproximación actual”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 1, 2016, 7-37.

personal. Pretendo analizar instancias en las cuales el derecho privado es particularmente coactivo en el ámbito de los remedios de la responsabilidad civil. Bajo este prisma, la investigación se centra en tres grandes preguntas. Primero, ¿es posible identificar remedios en el ámbito del derecho privado que son más coactivos que otros? En segundo lugar, tratándose de los remedios que son más coactivos, ¿cuáles son las justificaciones que pueden sustentar la existencia de estos remedios? Y finalmente, ¿qué mecanismos o herramientas dispone el sistema jurídico para controlar o disciplinar la imposición de estas medidas coactivas? En este sentido, por “control” me refiero a los mecanismos mediante los cuales los sistemas de responsabilidad civil pueden determinar los remedios disponibles para el acreedor o las víctimas, teniendo en cuenta especialmente el grado de coacción que ejercen sobre los demandados y los intereses en juego.

Para responder a la primera pregunta, el artículo propone una clasificación de los remedios, desde aquellos menos coactivos, como la indemnización de perjuicios, a los que son más coactivos, como aquellos que requieren que el demandado realice una conducta en particular. Respecto de la segunda pregunta, el artículo sienta las bases para la forma en la cual pueden proporcionarse justificaciones para la existencia de estos remedios más coactivos. El caso paradigmático lo constituyen las indemnizaciones o daños punitivos, pero también se ejemplifica con las cláusulas penales en el ámbito contractual. Respecto de la tercera pregunta, se plantea que el derecho civil, aunque no tiene por costumbre lidiar con este tipo de problemas, provee herramientas para controlar algunos de los remedios más coactivos, como es el caso, por ejemplo, de los límites impuestos en el derecho uniforme y en ciertos sistemas jurídicos al cumplimiento específico o *in natura* de los contratos. Sin embargo, se plantea que es posible que las mejores respuestas puedan obtenerse de otras disciplinas del derecho, como el derecho constitucional o el derecho penal.

La estructura del artículo es la siguiente. En primer lugar, se establece qué se entiende por coacción. Posteriormente, se estudian los remedios de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, defendiendo una taxonomía basada en el grado de presión que estos remedios ejercen sobre los demandados. Esta taxonomía permitirá distinguir aquellos remedios que son más coactivos de aquellos que lo son menos. Finalmente, se da cuenta de diferentes mecanismos para controlar o disciplinar los remedios que son particularmente coactivos bajo esta perspectiva. Se argumenta que el derecho privado dispone de algunas herramientas para la tarea, pero que en muchos aspectos se requieren otros mecanismos de control provenientes de otras disciplinas del derecho más habituadas a controlar la coacción, como el derecho penal o el derecho constitucional.

Conviene aquí advertir algunos aspectos metodológicos relevantes del artículo. La referencia al derecho privado se efectúa en contraste con el derecho constitucional y penal, principalmente. Se trata de enfatizar este contraste, reconociendo que algunas conductas reguladas por el derecho civil pueden también ser abordadas por mecanismos propios de estas otras disciplinas. Por otro lado, se trata

de un trabajo principalmente de filosofía del derecho privado, que busca aplicar un entendimiento de coacción a algunos problemas dogmáticos y legislativos concretos, por lo que no se abordan en profundidad estos problemas ni normas en específico, remitiendo para ello a otros trabajos cuando corresponda. A este respecto, el trabajo no se enfoca en ninguna jurisdicción en particular, sino que extrae ejemplos de distintas jurisdicciones tanto del *common law* como de los sistemas continentales. Sin embargo, la literatura empleada pertenece principalmente al derecho anglosajón, debido al mayor desarrollo de la disciplina de la filosofía del derecho privado en dicha tradición y al surgimiento de la llamada “Nueva teoría del derecho privado”². Siguiendo esta metodología, Bumke y Schäfer señalan que es posible distinguir la teoría del derecho privado de la dogmática propiamente tal: “una aproximación dentro de la teoría del derecho privado puede relacionarse con preguntas doctrinarias, e incluso puede tener implicancias dogmáticas directas, pero la teoría del derecho privado y el trabajo dogmático no son lo mismo”³. Agregan más adelante estos autores que “el trabajo dogmático es visto como una parte de la teoría del derecho privado, pero los puntos de partida son preguntas de teoría del derecho privado”.

I. Terminología: los conceptos de coacción y de remedios

La coacción es un concepto polémico en la filosofía del derecho. Hay una conocida discusión sobre si la coacción es una propiedad necesaria para el derecho⁴. Muchos autores han sugerido que el rol de la coacción es secundario, destacando la importancia de la fuerza normativa del derecho, independientemente de cómo el derecho sancione la conducta⁵. No quiero asumir una opinión sobre esta materia aquí. Sin embargo, cualquiera que sea la postura que se adopte, pareciera ser que el énfasis de la literatura reciente en la fuerza normativa del derecho ha

-
- 2 Papayannis, D. y Pereira, E., “Introducción: sobre la filosofía del derecho privado”, en Papayannis, D. y Pereira, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 21-22 (describiendo el desarrollo en el derecho anglosajón de la “Nueva filosofía del derecho privado”). Más sobre la nueva filosofía del derecho privado en Gold, A. S. et al., “Introduction”, en Gold, A. S. et al., *The Oxford Handbook of the New Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, xv-xxviii.
 - 3 Bumke, C. y Schäfer, F., “Nature and Value of Conceptual Legal Scholarship”, en Kuntz, T. y Miller, P. B. (eds.), *Methodology in Private Law Theory. Between New Private Law and Rechtsdogmatik*, Oxford, Oxford University Press, 2024, 163.
 - 4 Véase, v.gr., Miotto, L., “Law and Coercion: Some Clarification”, *Ratio Juris*, vol. 34, 74-87, 2021; Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1975; Schauer, F., *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.
 - 5 Por ejemplo, John Finnis sostiene que el derecho sería necesario incluso en una sociedad libre de la reticencia a seguir las órdenes del derecho, debido a los problemas de coordinación que resuelve. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, 266-270.

disminuido el estudio de la coacción en los sistemas jurídicos⁶. De nuevo, alguien podría pensar que la coacción no es una propiedad necesaria para el derecho, porque incluso una “sociedad de ángeles” necesitaría el derecho para propósitos de coordinación⁷. De acuerdo a ello, un sistema jurídico no *necesita* ser coactivo, porque mentalmente podemos concebir un mundo en el que tendría sentido tener derecho sin coacción. Pero podemos dar por sentado que gran parte de los sistemas jurídicos en la vida real son coactivos. Tal como señala Grant Lamond, “el derecho es coactivo. Esta es una parte de la comprensión diaria del derecho, comprensión que es compartida por la mayoría de los miembros de las sociedades contemporáneas”⁸. En este sentido, mi objetivo aquí es discutir en qué sentido el derecho privado es coactivo, y cómo es posible controlar o disciplinar esta coacción. Más específicamente, me enfocaré en los remedios de la responsabilidad civil. Entiendo por remedios la respuesta que otorga el sistema jurídico frente a un determinado evento causativo de carácter ilícito, como un incumplimiento contractual o un ilícito extracontractual⁹. Mi propósito es concentrar el análisis en la relación entre estos remedios y la coacción.

Pero necesitamos primero determinar qué se entiende por instancias de coacción en el ámbito del derecho privado. Siguiendo a Lamond, el elemento crucial para determinar si una determinada norma es coactiva o no es la cantidad de presión que la norma impone sobre los individuos para que hagan algo en contra de su voluntad¹⁰. En la misma línea, Harry Frankfurt señalaba que “la víctima de coacción es necesariamente movida contra su voluntad, o su voluntad se ve de alguna forma alterada”¹¹. En este escenario, la fuerza física es solo *una* de las formas mediante las cuales el derecho puede ser coactivo, junto con otras formas de coacción como la confiscación de cuentas bancarias o de cosas incorpóreas¹². Por ello es que es posible afirmar que el derecho privado puede ser coactivo de diversas formas, mientras los medios empleados por el derecho impongan presión

6 Schauer, F., *The Force of Law*, cit., *passim*.

7 Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, cit., 155-161.

8 Lamond, G., “The Coerciveness of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n.º 1, 2000, 39. En el mismo sentido, véase Himma, K. E., *Coercion and the Nature of Law*, cit., p. v (sosteniendo que “es una condición conceptualmente necesaria para que algo sea caracterizado como un *sistema jurídico* que el derecho respalde ciertas normas jurídicas obligatorias que regulan el comportamiento de personas privadas con la amenaza de una sanción”).

9 Smith, S. A., *Rights, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 19; Zakrzewski, R., *Remedies Reclassified*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 44-45. Entiendo “ilícito” en términos generales como la infracción de un derecho de la víctima, sin que ello necesariamente implique la calificación subjetiva de la conducta del demandado.

10 Lamond, G., “The Coerciveness of Law”, cit., 43-44.

11 Frankfurt, H., “Coercion and Moral Responsibility”, en Frankfurt, H., *The Importance of What We Care About*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 41.

12 Estos son ejemplos de Lamond.

suficiente para forzar a los individuos a actuar en contra de su voluntad. De ello se sigue que la coacción es una cuestión de grados. Las normas pueden ser más o menos coactivas dependiendo de la cantidad de presión que ejerzan sobre los individuos. Ahora bien, como muchos otros conceptos filosóficos, la coacción es un concepto contextual¹³. El juicio respecto a si una respuesta del derecho impone mayor o menor presión sobre el sujeto puede depender del contexto. Es posible que algunas personas prefieran ir a prisión que pagar una gran suma de dinero. Sin embargo, para los propósitos de este análisis, asumiré que la amenaza de fuerza física impone mayor presión sobre los individuos que la obligación de pagar una indemnización dineraria de perjuicios, ya que la amenaza de fuerza física afecta la autonomía individual de forma más intensa que la obligación dineraria. Esta diferencia se aprecia especialmente en la tradición del derecho civil continental con la distinción entre obligaciones de dar y obligaciones de hacer, siendo estas últimas normalmente de difícil ejecución.

Bajo esta comprensión de la coacción, el derecho privado puede ser coactivo de diversas maneras, ya que el derecho privado impone una significativa presión a los sujetos a través de variados mecanismos. Me parece que este es el caso a pesar de que el derecho privado generalmente no sanciona a los individuos con fuerza física, la forma más brutal o de mayor grado de presión impuesta por el derecho. En este sentido, puede afirmarse con seguridad que las normas penales son generalmente más coactivas que las normas del derecho privado. Ello porque la presión que el derecho penal ejerce sobre los individuos (principalmente mediante penas privativas de libertad) es significativamente mayor que la presión que el derecho privado normalmente ejerce sobre sus sujetos¹⁴. Pero el derecho privado también puede coaccionar a las personas en el sentido de presionarlas para que actúen contra su voluntad. Como señala Himma, aunque una condena a pagar indemnización de perjuicios compensatorios no está concebida para disuadir las conductas ilícitas, la sentencia está “concebida para inducir el cumplimiento al disuadir el incumplimiento con la amenaza de prisión, y por consiguiente cuenta como una orden respaldada por sanciones coactivas”¹⁵. Más aún, al parecer en el derecho romano a los acreedores se les permitía imponer algunas serias medidas restrictivas sobre los deudores¹⁶. Si bien podríamos esperar que estas instancias

13 Wertheimer, A., *Coercion*, Princeton, Princeton University Press, 1987, 184 (argumentando que las “afirmaciones acerca de la coacción son enfática y técnicamente contextuales”).

14 Por supuesto que en algunos casos el derecho penal puede ejercer menos presión sobre los individuos que el derecho privado. Así, por ejemplo, una conducta penal puede ser sancionada únicamente con una multa, en comparación a una cuantiosa indemnización de perjuicios. Me parece, sin embargo, que este tipo de situaciones debieran ser marginales.

15 Himma, K. E., *Coercion and the Nature of Law*, cit., 10.

16 Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 4-5, describiendo el concepto de *nexum* en el derecho romano, reconociendo que existe alguna controversia sobre esta noción. Otros argumentan que posteriormente en el derecho romano la regla era la opuesta, privilegiando la indemnización de

de coacción hayan sido ampliamente eliminadas en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, desafortunadamente todavía podemos encontrar casos en los que los deudores son difamados y humillados¹⁷. En estos casos, los deudores no son tratados exactamente con fuerza física, pero se acerca bastante a ello.

Por otra parte, puede que resulte sorpresivo que conforme esta definición de coacción, remedios como los daños punitivos o la restitución de ganancias ilícitas no sean *particularmente* coactivos. Como se mencionó anteriormente, la amenaza de prisión es seguramente una de las formas más severas mediante las cuales el derecho puede coaccionar a los individuos¹⁸. Pero esta no es la forma en la cual el derecho privado reacciona normalmente tras la comisión de un ilícito. El castigo no es usualmente considerado como un objetivo del derecho privado¹⁹. Por cierto, no hay una noción diáfana y unánime respecto a lo que se entiende por castigo en el contexto del derecho privado²⁰. Sin embargo, se ha planteado recientemente que el significado central del castigo es la justicia retributiva o la represalia²¹. Por ello, los daños punitivos serían una forma de castigo, al estar basados en una racionalidad retributiva²². Pero, ¿son los daños punitivos coactivos bajo nuestra definición? En un sentido amplio, deben serlo, porque el derecho siempre es coactivo, presionando al demandado de la forma en que describimos la coacción. Para algunos, los daños punitivos pretenden disuadir a los individuos para que realicen ciertas conductas. Aún más, si el demandado no paga, el Estado ejecutará este

perjuicios por sobre el cumplimiento forzado. Caffera, G., *Responsabilidad civil contractual. Introducción a su estudio en el derecho uruguayo*, Montevideo, FCU-Fundación de Cultura Universitaria, 2010, 181.

- 17 Véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia, caso T-412/92 de 17 de junio de 1992, en el cual el acreedor envió al lugar de trabajo del deudor un individuo con un disfraz especial de un personaje conocido como “Chepito”, quien se encarga de anunciar públicamente que el deudor tiene una deuda impaga, humillándolo. El Tribunal Constitucional falló que esta práctica era contraria a los derechos constitucionales del deudor a la reputación y honra. De manera interesante, hay que notar que esta discusión se planteó bajo las reglas del derecho constitucional, y no dentro del ámbito del derecho privado. Más detalles en Gutiérrez, A., “De ‘los chepitos’ y las facultades del acreedor para lograr la satisfacción de sus créditos” [en línea], *UNA. Revista de Derecho. Universidad de los Andes*, 2022, disponible en: <https://una.uniandes.edu.co/blog/303-de-los-chepitos-y-las-facultades-del-acreedor-para-lograr-la-satisfaccion-de-sus-creditos>
- 18 O quizás la pena de muerte, en aquellos casos en los que esta opción se encuentra disponible.
- 19 Barros, E., *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, t. I, 2.ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2020, 319-320.
- 20 Courtney, W. y Goudkamp, J., “Punishment and Private Law”, en Bant, E. *et al.* (eds.), *Punishment and Private Law*, Oxford, Hart, 2021, 16.
- 21 Barker, K., “Punishment and Private Law – No Such Thing (Any More)”, en Bant, E. *et al.* (eds.), *Punishment and Private Law*, Oxford, Hart, 2021, 59.
- 22 Hernández, G. y Ponce, M., “Daños punitivos, especialmente para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 38, 2022, 70; Sebok, A., “Punitive Damages: From Myth to Theory”, *Iowa Law Review*, vol. 92, 2007, 957-1036.

deber sobre sus bienes. Pero esta no es una característica distintiva de los daños punitivos; se trata de una característica común de cualquier remedio judicial.

Como se ve más adelante, sostengo que los daños punitivos son en algún sentido coactivos. Pero ellos son tan coactivos como cualquier orden regular de pagar una indemnización de perjuicios, la cual el derecho permitirá ejecutar en caso de incumplimiento²³. Las críticas más usuales a los daños punitivos no surgen a partir de su impacto potencial sobre la coacción, sino más bien en torno a la pregunta que generan de si hay lugar para el castigo en el derecho privado²⁴. De ello se sigue que los daños punitivos no sean un caso de especial interés para nuestros propósitos. Los daños punitivos son una forma de castigo, pero no son *particularmente* coactivos. De manera similar, las cláusulas penales “puramente punitivas”²⁵ o “supra-compensatorias”, que permiten al acreedor acumular el cobro de la pena con la obligación principal o la indemnización ordinaria de perjuicios, tampoco son *particularmente* coactivas²⁶. La pena puede ser desproporcionada, por cierto, y los sistemas jurídicos suelen establecer algunos límites al respecto. Pero en principio, las cláusulas penales no son particularmente coactivas, porque ellas en general ejercen sobre el deudor presión de la misma forma que cualquier deudor que debe pagar una indemnización de perjuicios. De nuevo, puede que sean punitivas especialmente tratándose de las cláusulas puramente punitivas, pero no son particularmente coactivas²⁷.

II. Una taxonomía de los remedios a través de la mirada de la coacción

En este punto, pretendo centrar el foco del análisis en los remedios del derecho privado. El estudio académico de los remedios se ha convertido en un asunto de importancia solo de forma relativamente reciente en la teoría del derecho privado

23 Barker plantea un punto similar, distinguiendo entre el *propósito* y el efecto que una orden de indemnizar perjuicios puede tener: “en términos jurídicos, las indemnizaciones de perjuicios no son daños punitivos solamente porque tengan un *efecto* severo sobre el demandado”. Barker, K., “Punishment and Private Law – No Such Thing (Any More)”, cit., 42.

24 Para algunos, la naturaleza relacional del derecho privado no permite espacio para este tipo de indemnizaciones. Véase en este sentido Beever, A., “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003, 87-110.

25 Corral, H., *La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*, Santiago, Jurídica de Chile, 2012, 165 (“en estos casos, normalmente estaremos frente a una pena puramente punitiva, ya que su misión no será avaluar o liquidar anticipadamente los perjuicios, sino reprimir una sanción pecuniaria el hecho ilícito en que consiste el incumplimiento de la obligación principal”).

26 Salvo que se trate de una cláusula penal que contenga una obligación de hacer, tal como lo permite por ejemplo el artículo 1535 c. c. chileno.

27 Nótese que el análisis aquí desarrollado se basa completamente en la coacción. Podrían formularse otras discusiones o taxonomías respecto de los propósitos o efectos retributivos o disuasivos que estos remedios poseen.

y en el derecho comparado²⁸. Los teóricos de la justicia correctiva, como Ernest Weinrib, han sostenido que el remedio de alguna manera elimina la inconsistencia con los derechos de la víctima²⁹, pero no explica la forma particular que el remedio debe adoptar³⁰. De manera similar, Arthur Ripstein sostiene que la indemnización compensatoria “sirve para que sea como si el ilícito nunca hubiera ocurrido”³¹. Por contraste, la teoría del recurso civil de John Goldberg y Benjamin Zipursky precisamente ha destacado que la justicia correctiva sería incapaz de explicar la diversidad de remedios que existe en la responsabilidad extracontractual³². En este sentido, estos autores recientemente se han enfocado en estudiar cómo los sistemas de responsabilidad extracontractual responden a los ilícitos, otorgando a las víctimas el derecho a hacer responsables a los agentes por lo que han hecho³³. Esto es claramente una invitación a determinar exactamente qué forma debieran adoptar los remedios. Y en principio, el derecho tiene muchas formas de responder a un ilícito³⁴.

Desde luego que las normas de derecho privado pueden ser coactivas en muchos sentidos. Cuando el derecho establece que una conducta es ilícita, coacciona a las personas para que no incurran en dicho comportamiento, porque se les impondrá una sanción en caso de infracción. Sin embargo, quiero centrarme aquí en los remedios, porque ellos reflejan cómo el derecho privado puede responder mediante diferentes grados de presión sobre los sujetos. En este sentido, si esta aproximación a la coacción es correcta, podemos identificar algunos remedios que son particularmente coactivos (y no necesariamente punitivos, como se señaló anteriormente), mientras que otros son menos coactivos (o no particularmente coactivos).

28 El exhaustivo último libro de Stephen Smith sobre los remedios es la obra líder en la materia (Smith, S. A., *Rights, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law*, Oxford, Oxford University Press), pero pueden mencionarse también importantes obras colectivas recientes al respecto. Véase por ejemplo Hofmann, F. y Kurz, F. (eds.), *The Law of Remedies. A European Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2019; y Halson, R. y Campbell, D. (eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, Elgar, 2019.

29 Weinrib, E. J., “Two Conceptions of Remedies”, en Rickett, C. E. F. (ed.), *Justifying Private Law Remedies*, Oxford, Hart, 2008, 12.

30 Su postura respecto de los remedios restitutorios al menos pueden encontrarse en Weinrib, E. J., *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press.

31 Ripstein, A., *Private Wrongs*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, 242.

32 Zipursky, B. C., “Civil Recourse, Not Corrective Justice”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2003, 710-713.

33 Goldberg, J. C. P. y Zipursky, B. C., *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Belknap, 2020, 147 (sosteniendo que “la responsabilidad extracontractual empodera a las personas a obtener reparación de aquellos que, para los ojos del derecho, los han dañado injustamente”).

34 Robert Stevens sostiene que “en teoría, el derecho podría adoptar casi cualquier obligación secundaria como respuesta a un ilícito. Quien traspasa una propiedad podría cortársele las manos, o un difamador podría ser puesto en una caja y públicamente humillado”. Stevens, R., *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 59.

A. La acción indemnizatoria de perjuicios como el remedio menos coactivo

En primer lugar, sostengo que la acción indemnizatoria de perjuicios es el remedio menos coactivo tanto en la responsabilidad extracontractual como contractual. Por supuesto que la indemnización de perjuicios es, en algún sentido, coactiva. Como señalara Peter Birks, la indemnización de perjuicios por sí sola, sin ningún componente agravado o punitivo, puede elevarse a montos millonarios para el demandado³⁵. Por cierto que las indemnizaciones compensatorias pueden con frecuencia alcanzar cifras muy altas, especialmente tratándose del daño moral en los sistemas de tradición continental³⁶. Ahora bien, en este tipo de sentencias no resulta del todo nítido que se trate únicamente de compensar los daños efectivamente causados³⁷. Sea ello así o no, es indudable que una alta suma indemnizatoria puede ejercer una presión significativa para que los individuos no se comporten de una determinada manera. Esto es coactivo en el sentido que hemos descrito antes. Sin embargo, considerando todos los mecanismos que el derecho tiene disponibles, la indemnización de perjuicios no es *especialmente* coactiva. Los individuos igualmente pueden incumplir un contrato o cometer un ilícito civil y soportar la sanción establecida por el derecho de pagar la indemnización a la víctima. El resultado solo será que la actividad terminará siendo más costosa. Como apunta Nils Jansen, estas indemnizaciones únicamente configurarán “una restricción marginal de la libertad. Las actividades a las que se vinculan estas indemnizaciones no son directamente restringidas, sino que solo son más costosas”³⁸. La responsabilidad que se impone sobre el agente refleja el repudio del derecho a la conducta en cuestión³⁹. Sin embargo, el derecho dispone de otros mecanismos más coactivos para responder a los ilícitos, como la privación de libertad o las órdenes judiciales que ejercen una mayor presión sobre los agentes, amenazando con afectar de manera más profunda la autonomía personal de los demandados.

35 Birks, P., “Civil Wrongs: A New World”, en *Buttersworths Lectures 1990-1991*, Londres, Butterworths, 1992, 80.

36 Véanse, a modo de ejemplo, sentencias emblemáticas de Chile, como el caso de la familia Luchsinger-Mackay (Corte Suprema, Rol n.º 82-2021, de 5 de agosto de 2021) o el de la joven Hagan en Temuco (Corte Suprema, Rol n.º 17.045-2019, de 9 de marzo de 2020).

37 Martínez, M. G., “La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima”, en García Amado, J. A. y Papayannis, D. M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 122-126; Pino, A., “El daño moral como remedio expresivo”, en de la Rosa, C. (coord.), *Derecho de daños. Ideas para iniciar el diálogo*, México D. F., Centro de Estudios Constitucionales, 2021, 135-139.

38 Jansen, N., *The Structure of Tort Law*, S. Steel (trad.), Oxford, Oxford University Press, 2020, 51.

39 “Cuando la legislatura o los tribunales convierten a una conducta en un ilícito civil ellas pretenden, al rotularla como ilícita, prohibirla o disuadirla o, al menos, advertir a aquellos que la cometan de la responsabilidad en que pueden incurrir”. Honoré, T., “La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas”, P. Suárez (trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 10, n.º 1, 2009, 89.

En mi opinión, esta es una perspectiva importante, porque permite explicar por qué la indemnización de perjuicios ha tenido un rol central tanto en la responsabilidad extracontractual como contractual, a pesar de la diversidad de remedios que se encuentran disponibles. John Gardner planteó precisamente este punto respecto de la tesis de la variedad de remedios de Goldberg y Zipursky. Por qué, se preguntaba Gardner, la indemnización de perjuicios debiera ser el remedio “por defecto”, un remedio del cual disponen las víctimas como un derecho, mientras que otros remedios como los daños punitivos o la restitución de ganancias ilícitas son decretados a discreción del tribunal⁴⁰. La crítica de Gardner estaba dirigida especialmente a destacar que algunos aspectos importantes de la responsabilidad extracontractual, como los ilícitos de *equity law*, eran dejados fuera de la teoría de Goldberg y Zipursky⁴¹. Sin embargo, nuestro análisis sobre los remedios coactivos provee una respuesta a este dilema. La indemnización compensatoria de perjuicios es el remedio por defecto para las víctimas porque es el remedio menos coactivo del cual dispone generalmente el derecho para responder a un ilícito. Otras medidas pueden encontrarse disponibles, pero necesitan de mayor justificación. Mi punto no es que estos otros remedios no puedan justificarse, sino que ellos requieren de una justificación adicional.

Este marco teórico puede explicar por qué la indemnización de perjuicios sigue siendo el remedio general en la responsabilidad extracontractual⁴². Esto es el caso, notoriamente, en los sistemas de tradición continental, los cuales aseguran generalmente una indemnización de perjuicios para las víctimas de responsabilidad extracontractual⁴³. Una víctima que demanda compensación de los daños que sufre no necesita justificar mayormente su demanda porque la indemnización solo significará *prima facie* una “restricción marginal” a la libertad del demandado. Naturalmente que la orden de pagar la indemnización de perjuicios restringirá la autonomía del demandado. Pero este tendrá una amplia gama de distintas posibilidades para cumplir la orden. Podría, por ejemplo, pedir un préstamo para pagar, utilizar sus ahorros, pedirle a un pariente que pague en su nombre, o incluso confiar en su compañía de seguros para que pague la suma requerida. Como veremos más adelante, este no es el caso de otros remedios en la responsabilidad extracontractual.

40 Gardner, J., “Torts and Other Wrongs”, en Gardner, J., *Torts and Other Wrongs*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 13-14, 335.

41 *Ibid.*, 5.

42 Barros, E., *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, cit., 973 (sosteniendo que “[l]a más característica de las acciones civiles que nacen del ilícito es la *acción indemnizatoria*”).

43 Así ocurre, por ejemplo, en el derecho alemán: “El remedio regular bajo el derecho alemán de responsabilidad extracontractual es la compensación de la pérdida sufrida por la víctima”. Spindler, G. y Rieckers, O., *Tort Law in Germany*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, 113.

La idea quizás haya sido expuesta de manera más clara en el ámbito del derecho contractual. El conocido pasaje del juez Oliver W. Holmes, según el cual los incumplimientos contractuales no generan más que el deber de pagar indemnización al acreedor⁴⁴, puede plantear algunas dudas respecto al valor normativo de los contratos, especialmente en el ámbito del derecho continental, donde se suele considerar el cumplimiento específico como regla general y no la indemnización de perjuicios⁴⁵. Así como el derecho prefiere que no se cometan ilícitos extracontractuales desde un principio, de igual manera debiera ser preferible para el derecho que los contratos se cumplan. Debería existir una preferencia normativa para el cumplimiento de los contratos. En este sentido, se ha señalado que el cumplimiento específico podría ser un remedio requerido por la justicia correctiva⁴⁶. Pero, ¿por qué entonces en el *common law* el cumplimiento específico tiene un rol secundario y no es un remedio “por defecto” en el derecho de contratos? Por supuesto que una posible respuesta a ello es que los sistemas del *common law* tienen respuestas incorrectas, porque el cumplimiento específico debiera ser el remedio por defecto. La respuesta de Dori Kimel a este desafío es particularmente interesante aquí. Este autor sostiene que el cumplimiento específico tiene una suerte de prioridad *prima facie* sobre los demás remedios, pero que dicha prioridad es derrotada por el principio del daño de Mill, según el cual la imposición de coacción se justifica solo si el derecho no dispone de medios menos coactivos para que el derecho pueda alcanzar el mismo objetivo⁴⁷. Conforme a ello, el cumplimiento específico no es el remedio por defecto en el derecho de contratos en los sistemas de *common law* porque normalmente la indemnización de perjuicios va a estar disponible, y es un remedio menos coactivo para el deudor⁴⁸. Por lo tanto, el argumento permite al deudor “cambiar de opinión” acerca del contrato, un aspecto que puede ser importante para proteger su autonomía⁴⁹.

44 “El deber de cumplir un contrato en el *common law* implica una predicción de que deberás pagar indemnización si no lo cumples —y nada más”. Holmes, O. W., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 110, n.º 5, 1997, 462.

45 Rowan, S., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 37 ss.

46 Gardner, J., “Torts and Other Wrongs”, cit., 339.

47 Kimel, D., *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract Law*, Oxford, Hart, 2003, 100-109.

48 Un argumento similar puede encontrarse en Hodgson, L. P., “Collective Action and Contract Rights”, *Legal Theory*, vol. 17, n.º 3, 2011, 224: “¿Queremos decir que la libertad por sí misma demanda que sea posible forzar a Larry [el deudor] apuntándole un arma para que concurra a su trabajo? No si hay opciones menos intrusivas”.

49 Kimel, D., “Promise, Contract, Personal Autonomy, and the Freedom to Change One’s Mind”, en Klass, G. et al. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014. En el derecho continental, véase Bahamondes, C., *El cumplimiento específico de los contratos*, cit., 201 (sosteniendo que las normas que regulan el cumplimiento específico son derrotadas en la medida “en que existan otros medios de tutela disponibles que satisfagan su interés [del acreedor] sin implicar un costo excesivo para el deudor”), y Pino, A., “La protección

Del mismo modo, otros autores han desarrollado más allá esta idea. Mindy Chen-Wishart ha sostenido que el derecho de contratos les permite a los individuos cambiar de opinión, porque “el cumplimiento coaccionado de algunas promesas respecto de las cuales hay arrepentimiento puede comprometer inadecuadamente la integridad, autenticidad y autorrespeto del individuo”⁵⁰. De manera persuasiva, Chen-Wishart sostiene que la aproximación del derecho inglés al cumplimiento específico refleja esta racionalidad⁵¹. En términos similares, Andrew Gold ha argumentado que la idea de justicia rectificatoria (*redressive justice*) permite explicar por qué el cumplimiento específico usualmente no se encuentra disponible, en razón de que el derecho del deudor a “retomar control” sobre sus acciones es inalienable en muchos casos⁵².

En esta parte final es importante notar que el argumento desarrollado no está concebido para ser exhaustivo ni exclusivo. Por ejemplo, puede haber otras consideraciones en juego para explicar la habitual prevalencia de la indemnización compensatoria en el derecho de contratos. En este sentido, la famosa “objeción de la supervisión constante” al cumplimiento específico⁵³ se basa principalmente en razones de eficiencia económica. De acuerdo a ello, el cumplimiento específico bien puede ser la siguiente mejor opción a que el contrato no sea incumplido desde un comienzo, pero es ineficiente gastar recursos valiosos para que los tribunales constantemente supervisen el cumplimiento de los contratos. Por consiguiente, incluso si el cumplimiento puede considerarse moralmente necesario, puede ser ineficiente o poco razonable ejecutarlo judicialmente. Lo mismo cabe argumentar respecto de los límites económicos que muchos sistemas jurídicos y el derecho uniforme de los contratos usualmente imponen al cumplimiento específico⁵⁴: cuando la demanda de cumplimiento específico tiende a ser excesiva y particularmente intrusiva respecto de la autonomía del deudor, suele también ser ineficiente ejecutarla. Asimismo, otros autores han planteado restricciones al cumplimiento específico basadas en la buena fe⁵⁵.

de la autonomía del deudor frente al incumplimiento contractual. ¿Derecho a cambiar de opinión?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, vol. 40, 2022, 3-20.

50 Chen-Wishart, M., “Specific Performance and Change of Mind”, en Virgo, G. y Worthington, S. (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 117.

51 *Ibid.*, 119.

52 Gold, A., *The Right of Redress*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 102.

53 “La supervisión llevaría en la práctica a decisiones de los tribunales sobre acciones ejecutadas por las partes, para determinar si ha ocurrido un incumplimiento de la orden de cumplimiento específico. Es la posibilidad que el tribunal tenga que elaborar una serie indefinida estas resoluciones para poder asegurar la ejecución de las órdenes lo que lo hace indeseable”. *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1, 21 [lord Hoffmann].

54 Sobre estos límites en el derecho uniforme, véase Momberg, R. y Vidal, A., “Economic Limits to Contractual Performance: From Hardship to the Excessive Costs of Specific Performance”, *Uniform Law Review*, vol. 27, n.º 1, 2022, 21-36.

55 Véase, por ejemplo, Vidal, A., “¿Cumplimiento en equivalencia o indemnización de daños? Desde lo sustantivo a lo procesal”, en Vidal, A. y Momberg, R. (eds.), *Cumplimiento específico*

B. Remedios monetarios que no son particularmente coactivos

Espero hasta aquí haber mostrado que el derecho usualmente prefiere la indemnización de perjuicios tanto en el derecho contractual como en la responsabilidad extracontractual principalmente (o quizás, entre otras razones) porque es el remedio menos coactivo para el derecho. Sin embargo, otros remedios pueden ejercer una mayor presión sobre los demandados, requiriendo por ello una mayor justificación para su procedencia conforme este marco teórico. Debemos recordar que nuestra definición de coacción se basa en el tipo de presión significativa que el derecho ejerce sobre los demandados restringiendo su autonomía personal para actuar de acuerdo a sus deseos. En este sentido, algunos remedios monetarios pueden ejercer una mayor presión sobre los demandados que la indemnización compensatoria. A mi juicio, este es el caso de los daños punitivos y las indemnizaciones agravadas del derecho inglés en la responsabilidad extracontractual, la restitución de ganancias ilícitas (*disgorgement damages*) en el derecho de restituciones, y las cláusulas penales puramente punitivas o supra-compensatorias en el derecho de contratos.

Como ya se indicó anteriormente, los daños punitivos no son *particularmente* coactivos, pero ciertamente son más coactivos que la indemnización compensatoria, ya que añaden mayor presión para los demandados. Ellos buscan algo más que solo compensar el daño a las víctimas. No son remedios por defecto al ocurrir un ilícito, y por ello es que necesitan de una justificación adicional⁵⁶. Para mayor claridad, estos remedios no necesariamente pretenden ejercer una mayor presión sobre los demandados en términos cuantitativos. Así, por ejemplo, los daños punitivos generalmente son montos indemnizatorios más altos que los de las indemnizaciones compensatorias. Se otorgan precisamente porque la indemnización compensatoria no parece ser suficiente. Sin embargo, ello no siempre es así. Una indemnización compensatoria puede ser más alta en su monto que los daños punitivos. En estos casos, el derecho no está ejerciendo una mayor presión en términos cuantitativos sobre el demandado, sino que está añadiendo una mayor presión en términos de la condena al acto del demandado. Por cierto, los demandados pueden elegir actuar igualmente bajo la amenaza de daños punitivos y pagar las indemnizaciones⁵⁷. Sin embargo, aun en estos casos me parece que el derecho ejerce significativamente más presión sobre los demandados. Los daños punitivos son adicionales a la compensación del daño precisamente para marcar una diferencia respecto de la conducta del demandado⁵⁸.

y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018.

56 Adicional a las justificaciones generales de la responsabilidad extracontractual.

57 Incluso más aún si la amenaza de daños punitivos no es ejecutada en la práctica de forma adecuada. Véase Miotto, L., "What Makes Law Coercive When it is Coercive", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 107, 2021, 235-250.

58 De hecho, en muchos casos el demandado no podrá confiar en su compañía de seguros para

La taxonomía de los remedios basada en la coacción que aquí se propone exhibe algunas luces para resolver los problemas que estos remedios suelen plantear para algunas teorías de la responsabilidad extracontractual. Por ejemplo, Weinrib sostiene que “bajo la justicia correctiva, las indemnizaciones son compensatorias, no punitivas. Por ello, la jurisdicción de *common law* que más se adecúa a la justicia correctiva respecto de los daños punitivos es Inglaterra”⁵⁹. Una aproximación basada en la coacción también sugiere la indemnización compensatoria como punto de partida. Ello no significa, sin embargo, que no pueda haber otras razones para establecer remedios más coactivos. Este no es el lugar para analizar los numerosos argumentos que se han planteado para defender los daños punitivos o agravados⁶⁰. Muchos de ellos son argumentos plausibles y convincentes. Mi punto es que estos argumentos deben ser presentados en el caso de estos remedios, mientras que no hay necesidad de elaborar razones adicionales para justificar las indemnizaciones compensatorias⁶¹.

Esta atención a cómo los remedios pueden ser coactivos puede explicar por qué, en el caso de la restitución por ilícitos, las licencias hipotéticas (*licence fees* o *negotiating damages*) en general se prefieren por sobre la restitución de ganancias ilícitas⁶². Las licencias hipotéticas reflejan el precio de una negociación hipotética que habría tenido lugar si el demandado hubiese negociado desde un comienzo, mientras que la restitución de ganancias ilícitas obliga al demandado a entregar todas las ganancias que obtuvo como consecuencia del ilícito. Si el infractor debe entregar todas las ganancias que obtuvo a partir del ilícito, probablemente

que esta pague los daños punitivos en su representación. Sobre esta discusión, véase Morgan, J., “Reforming Punitive Damages in English Law”, en Meurkens, L. y Norden, E. (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge, Intersentia, 2012, 201.

59 Weinrib, E. J., *The Idea of Private Law*, ed. revisada, Oxford, Oxford University Press, 2012, 135 n. 25. Véase también, más recientemente, Weinrib, E. J., *Corrective Justice*, cit., 171 (sosteniendo que el hecho que “la justicia correctiva vuelva problemáticos los daños punitivos es obvio a primera vista”).

60 Para los daños punitivos y ejemplares, véanse Edelman, J., *Gain-Based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, Hart, 2009, y Martínez, M. G., “Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damages”, *Journal of Tort Law*, vol. 11, 2018, 245-303; para las indemnizaciones agravadas, véase Murphy, J., “The Nature and Domain of Aggravated Damages”, *Cambridge Law Journal*, vol. 69, n.º 2, 2010, 353-377.

61 Incluso para algunos no resulta tan obvio que la reparación integral del daño sea la medida adecuada para determinar la indemnización de perjuicios. Véase Goldberg, J. C. P., “Two Conceptions of Tort Damages: Fair v. Full Compensation”, *De Paul Review*, vol. 55, 2006, 435-468.

62 Este es claramente el caso de la *Engriffskondiction* en el derecho alemán. Véase Markesinis, B. S.; Lorenz, W. y Dannemann, G., *Markesinis. The German Law of Obligations*, vol. 1, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 746-747 (señalando que como regla general al demandante solo se le permite recuperar el valor por utilizar el derecho infringido, y no entregar todas las ganancias). Véase también Campos, S., *Derecho de enriquecimiento injustificado. Estudio a la luz de sus antecedentes históricos y de la teoría de la diferenciación*, Santiago, Der, 2023.

tenga que pagar más que una licencia hipotética⁶³. Por esta razón, no es inusual encontrar conectada de alguna manera la restitución de ganancias ilícitas con los daños punitivos⁶⁴. De nuevo, no necesitamos determinar si las restituciones son punitivas o no. Desde el punto de vista de la coacción, solo importa el hecho de que la restitución de ganancias ilícitas generalmente ejerce una mayor presión sobre los demandados que las licencias hipotéticas. El valor hipotético de negociación es en la mayoría de los casos significativamente más bajo que las ganancias obtenidas por el demandado. Esta es la razón por la cual la restitución de ganancias ilícitas requiere de una justificación adicional, como la disuasión⁶⁵. La disuasión puede otorgar una razón para la existencia de la restitución de ganancias ilícitas, especialmente en casos de infracción a deberes fiduciarios⁶⁶.

Un punto similar puede plantearse respecto de las cláusulas penales. Como se indicó con anterioridad, las cláusulas penales no son particularmente coactivas. Cuando toman la forma de evaluación anticipada de perjuicios, no son más coactivas que la indemnización de perjuicios. Sin embargo, pueden ser más coactivas en el caso de las cláusulas puramente punitivas o “supra-compensatorias”, porque dichas cláusulas ejercen una mayor presión sobre el deudor, cumpliendo la función de prevenir incumplimientos de contrato. La postura tradicional en el derecho inglés respecto de las cláusulas penales restringía las cláusulas penales que no tuvieran la forma de evaluación de perjuicios⁶⁷. Muchos autores criticaban esta aproximación⁶⁸, y ha sido finalmente abandonada por la Corte Suprema en

63 Por supuesto que en algunos casos las ganancias efectivamente obtenidas por el infractor serán inferiores al valor estándar de mercado por el uso. Véase por ejemplo *Inverurie Investments Ltd v. Hackett*, [1995] 1 WLR 713. Pero estos debieran seguir siendo casos marginales.

64 Barnett, K., “Gain-Based Damages”, en Halson, R. y Campbell, D. (eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, Elgar, 2019, 315; Kemelmajer de Carlucci, Aida, “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?”, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVIII, segunda época, n.º 31, 1993, 71.

65 Edelman, J., *Gain-Based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, Hart, 2003, 83 (sosteniendo que la racionalidad de la restitución de ganancias ilícitas es “la necesidad de asegurar la disuasión de los actos ilícitos”). En derecho continental, véase Pino, A., “La restitución de ganancias ilícitas y la acción de provecho por dolo ajeno”, *Ius et Praxis*, año 22, n.º 1, 2016, 238.

66 Véase Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, § 43 (“una persona que obtiene un beneficio (a) con infracción a un deber fiduciario es responsable de restituir a la persona respecto de la cual tenía el deber”).

67 “Si una cláusula es considerada como una pena, entonces es nula”. Worthington, S., “Penalty Clauses”, en Virgo, G. y Worthington, S. (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 387.

68 Así, v.gr., Morgan, J., “On the Nature and Function of Remedies for Breach of Contract”, en Virgo, G. y Worthington, S. (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 42 (argumentando que “no parece haber ninguna razón de peso de política pública para justificar” esta aproximación a las cláusulas penales).

el caso *Cavendish v. Makdessi*⁶⁹. Desde la aproximación basada en la coacción se puede agregar otro argumento a favor de estas críticas. Dado que las cláusulas penales no son particularmente coactivas, no debieran ser de preocupación especial en términos de proteger la autonomía personal del deudor. Ahora bien, cuando las cláusulas penales son puramente punitivas, ellas son naturalmente más coactivas que la indemnización compensatoria, ejerciendo mayor presión sobre los demandados. Podría sostenerse entonces que en estos casos se requiere de una justificación adicional para ejecutar este tipo de cláusulas, tal como en el caso de los daños punitivos. Pero ello no es así, porque hay una diferencia significativa aquí: las cláusulas penales surgen del acuerdo voluntario entre las partes, mientras que los daños punitivos o la restitución de ganancias ilícitas son decretados por los tribunales. Como señala Solène Rowan, “la reticencia judicial en relación con los daños punitivos como parte del remedio por defecto por incumplimiento contractual no debiera ser mirada como que no hay lugar para la disuasión o el castigo cuando ello refleja la elección de las partes. Mientras que la primera es una cuestión de política, la última tiene que ver con la voluntad común de las partes”⁷⁰. Por ello, la justificación adicional que se requeriría para las cláusulas penales se encuentra en el consentimiento de las partes.

De ello se sigue que los sistemas civiles continentales tienen una aproximación más cercana a estos principios que aquellos del *common law*, dado que los sistemas continentales generalmente permiten las cláusulas penales puramente punitivas, estableciendo solo algunos límites respecto de cláusulas penales excesivas o desproporcionadas⁷¹.

C. Remedios particularmente coactivos

Se argumentó más arriba que los remedios monetarios generalmente son la forma menos coactiva que el derecho tiene para reivindicar los derechos de las víctimas. Por consiguiente, los remedios no monetarios tienden a ser más coactivos, especialmente los remedios que fuerzan al demandado a hacer algo más que el mero pago de una indemnización, o que prohíben al demandado hacer algo⁷². A partir de nuestra discusión anterior, el cumplimiento específico puede ser identificado de manera

69 [2015] UKSC 67, [2016] AC 1172.

70 Rowan, S., *Remedies for Breach of Contract*, cit., 220.

71 “Hay una mucha mayor libertad para incumplir contratos en el *common law* que en los sistemas continentales”. Cartwright, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2.^a ed., Oxford, Hart, 2013, 288. Sobre los límites impuestos a cláusulas penales excesivas o desproporcionadas en sistemas iberoamericanos, véase Corral, H., “La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del Cono Sur”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, 2000, 469-484.

72 En el mismo sentido, Dobbs, D. y Roberts, C. L., *Law of Remedies. Damages, Equity, Restitution*, 3.^a ed., St Paul, West Academic, 2018, 95-100.

general (con algunas pocas excepciones)⁷³ como un remedio particularmente coactivo. Las órdenes de cumplimiento específico imponen a los demandados el deber de cumplir los contratos muy probablemente en contra de su voluntad. Ello puede que no sea sorpresivo. Las resoluciones que ordenan el pago de indemnizaciones son también órdenes para que el demandado haga algo en contra de su voluntad. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, el cumplimiento específico invade la autonomía personal del deudor de formas distintas a las órdenes de indemnizar perjuicios a la víctima. Si se permite el cumplimiento específico, el deudor no podrá cambiar su opinión. La pregunta que los sistemas jurídicos deben plantearse es la de por qué no debiera ser posible para los demandados salir de los contratos pagando íntegramente los daños causados a su contraparte. Algunos acreedores siempre querrán hacer cumplir sus contratos, incluso en casos en los cuales el cumplimiento requerirá un grado enorme de esfuerzos para el deudor⁷⁴, o incluso la destrucción de recursos valiosos⁷⁵. Por estas razones (también en conjunto con otras), los sistemas jurídicos del *common law* están familiarizados con muchas limitaciones a las acciones de cumplimiento específico. Sin embargo, se advierte una tendencia en sistemas continentales a establecer límites similares⁷⁶. En la siguiente sección profundizaremos sobre estas restricciones. Por ahora baste con señalar que muchos de estos límites se siguen de la naturaleza particularmente coactiva del cumplimiento específico. Si el derecho va a forzar al demandado a hacer (o no hacer) algo en contra de su voluntad, debe haber buenas razones para ello. De lo contrario, debiera ser preferible un remedio menos coactivo.

73 Una importante excepción es la ejecución de obligaciones dinerarias. Burrows, A., *Remedies for Torts, Breach for Contract, and Equitable Wrongs*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, 381 ss. Pero esto no constituye una excepción a nuestro marco teórico, porque en este caso el cumplimiento específico solo exigirá al demandado el pago de una suma de dinero, el cual es el medio menos coactivo que el derecho puede ejercer sobre los demandados.

74 Véanse los casos emblemáticos *Ruxley Electronics Ltd. v. Forsyth*, [1996] 1 AC 344 (House of Lords) y *Jacob & Youngs v. Kent*, 129 N.E. 889 (Court of Appeals of New York, 1921). En el ámbito continental, se ha planteado que este tipo de situaciones podrían ser limitadas invocando la doctrina del abuso del derecho. López, P., “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 19, 2012, 13-62. Sobre los inconvenientes del empleo de esta doctrina para resolver el problema, véase Pino, A., “La protección de la autonomía del deudor frente al incumplimiento contractual”, cit., 10-11.

75 Véase, por ejemplo, *Wrotham Park v. Parkside Homes*, [1974] 1 WLR 798 (Chancery Division), en el cual el tribunal rechazó la solicitud de destruir un condominio que había sido construido con infracción a una cláusula contractual, debido a que configuraría un desperdicio innecesario de recursos: “No puedo cerrar mis ojos al hecho que las casas ahora existen. Sería, en mi opinión, un gasto innecesario de recursos de tan requeridas viviendas ordenar que ellas ahora sean destruidas...” (811).

76 El caso más claro de ello es el Código Civil francés reformado, cuyo artículo 1221 precluye el cumplimiento específico si hay una “desproporción manifiesta entre el costo para el deudor actuando de buena fe y el interés del acreedor”. Para un mayor análisis, véase Laithier, Y. M., “Exécution Forcée en Nature”, en Cartwright, J. y Whitaker, S. (eds.), *The Code Napoleon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford, Hart, 2017, 278-280.

En la responsabilidad extracontractual, los casos más obvios de remedios coactivos son las órdenes judiciales (*injunctions*), tanto aquellas que imponen obligaciones de hacer como aquellas que imponen obligaciones de no hacer (órdenes prohibitorias)⁷⁷. Es cierto que las órdenes judiciales prohibitorias no requieren que el demandado haga algo. Es más, para algunos demandados puede que sea incluso más difícil cumplir con indemnizar los perjuicios que cumplir con una orden prohibitoria. Sin embargo, desde un punto de vista teórico, las órdenes prohibitivas son más restrictivas de la libertad del demandado, restringiendo una opción para el demandado que de lo contrario se encontraría disponible para él, del mismo modo que se plantea en general respecto de las obligaciones de no hacer⁷⁸.

Los sistemas de responsabilidad extracontractual generalmente son reticentes a decretar estas órdenes por defecto. Esto se puede ver reflejado claramente en los Principios Europeos de la Responsabilidad Extracontractual (PETL):

Art. 10:104. Reparación en forma específica

En lugar de la indemnización, el dañado puede reclamar la reparación en forma específica en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte⁷⁹.

Conforme a ello, la posibilidad de solicitar la reparación en forma específica queda condicionada a que ello sea posible, pero además a que la medida no resulte “excesivamente gravosa para la otra parte”. Nuestra taxonomía de remedios puede explicar y justificar esta aproximación a la reparación en naturaleza y a las órdenes judiciales. En muchos casos, será importante para las víctimas solicitar órdenes judiciales y no indemnizaciones, especialmente en casos de infracciones a derechos de propiedad o afectaciones a derechos de propiedad industrial⁸⁰. A modo de ilustración, consideremos el caso de las interferencias propietarias (*private nuisance*) en el derecho inglés. Antes del caso *Coventry v. Lawrence*⁸¹ se sostenía que las órdenes prohibitivas eran el remedio por defecto respecto del ilícito de

77 “Una orden judicial es una orden del tribunal para que una parte haga algo (esto es, una *mandatory injunction*) o para que se abstenga de hacer algo (esto es, una *prohibitory injunction*)”. Davies, P., “Injunctions in Tort and Contract”, en Virgo, G. y Worthington, S. (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 127.

78 Peñailillo, D., *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Jurídica de Chile, 2003, 192 (argumentando que las obligaciones de no hacer constituyen “una directa limitación de la libertad del individuo”).

79 European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi, 2008, 38.

80 Sobre este tipo de órdenes en el ámbito de patentes, véase Sikorski, R., *Patent Law Injunctions*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, con perspectivas comparadas.

81 [2014] UKSC 13, [2015] AC 822 (House of Lords).

*private nuisance*⁸². Esta doctrina había sido establecida en el caso *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.*⁸³. De acuerdo a este caso, a los demandantes de *private nuisance* debía otorgárseles una orden judicial como regla general, y la indemnización en reemplazo de una orden judicial, “[s]i la afectación a los derechos de la víctima es menor, y puede ser avaluable en dinero. Y si ella además puede ser compensada adecuadamente mediante el pago de una pequeña suma de dinero. Y si se trata de un caso en el que sería opresivo para el demandado otorgar una orden judicial”⁸⁴.

La Corte Suprema, en el caso *Coventry v. Lawrence*, rechazó este criterio, sosteniendo que “la facultad del tribunal de decretar indemnización de perjuicios en reemplazo de una orden judicial involucra un ejercicio clásico de discreción, que como cuestión de principio, no debiera ser limitado”⁸⁵. En su voto mayoritario, lord Neuberger señala que no ve razón alguna por la cual el interés público no debiera ser un factor relevante para adoptar esta decisión de rechazar la reparación en naturaleza y decretar indemnización de perjuicios como medida de reemplazo. Esto es polémico. Que el interés público debiera ser considerado para determinar el remedio en estos casos ha sido ampliamente criticado⁸⁶. Por el contrario, otros autores han aplaudido la decisión de la Corte en general⁸⁷. Por supuesto que este no es el lugar apropiado para discutir el asunto con la profundidad necesaria. Sin embargo, para estos propósitos, la naturaleza coactiva involucrada en este tipo de órdenes judiciales requiere de una justificación adicional, como se argumentó anteriormente. Por ello, *Coventry v. Lawrence* puede ser justificado conforme a este marco teórico para los remedios basado en la coacción. Aunque las órdenes judiciales todavía parecen ser el remedio por defecto en los casos de *private nuisance*, el caso hizo posible claramente para los demandados proveer al tribunal de razones a favor de la indemnización sobre la reparación en naturaleza. El tribunal, entonces, realizará un balance entre los intereses involucrados en el caso ejerciendo su discreción⁸⁸.

82 Green, S. y Gardner, J., *Tort Law*, Londres, MacMillan, 2021, 226.

83 [1985] 1 Ch 287.

84 [1985] 1 Ch 287, p. 32 [A.L. Smith L.J.].

85 [2014] UKSC 13, [2015] AC 822, [120] (lord Neuberger). Un interesante análisis desde la perspectiva continental sobre este caso puede encontrarse en Ibáñez, A., “Jurisprudencia inglesa comentada. ¿Por qué no te callas?: responsabilidad civil por ruidos molestos y otras interferencias con el uso y goce de un inmueble. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en la causa *Coventry and others v. Lawrence and another*”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 23, 2014, 309-332.

86 Véase, por ejemplo, Lee, M., “The Public Interest in Private Nuisance: Collectives and Communities in Tort”, *Cambridge Law Journal*, vol. 74, n.º 2, 2015, 329-358.

87 Burrows, A., *Remedies for Torts, Breach for Contract, and Equitable Wrongs*, cit., 454 (argumentando que “en relación al ilícito de *private nuisance* y algunos casos de invasión de propiedad ajena [...], *Coventry v. Lawrence* debiera ser apoyado vigorosamente”).

88 Incluso antes del caso *Coventry*, el cuarto test establecido en *Shelfer* (si otorgar una orden judicial sería opresivo para el demandado) también podría entenderse como un mecanismo para controlar la coacción en los términos argumentados aquí.

En este mismo sentido, las disculpas ordenadas judicialmente⁸⁹ o disculpas forzadas podrían asimismo agregarse a la lista de remedios coactivos, ya que ellas también exigen al demandado hacer algo. La importancia de las disculpas en la responsabilidad extracontractual no debiera ser subestimada, y se trata de un tema de creciente interés en la dogmática⁹⁰. Estos remedios son importantes para el desarrollo del ámbito expresivo en la responsabilidad extracontractual⁹¹. Ahora bien, Robyn Carroll ha señalado que hay muchas formas mediante las cuales el derecho puede incentivar o facilitar la presentación de disculpas⁹². De acuerdo a ello, el derecho puede proteger las disculpas otorgadas en procesos de mediación o acuerdos extrajudiciales; el derecho puede otorgar incentivos para que los demandados se disculpen; y, en último término, el derecho puede obligar a los demandados a que se disculpen. En muchos casos, una disculpa puede provocar un fuerte impacto en las víctimas cuando ha ocurrido un evento ilícito, especialmente mitigando el daño moral que puedan haber sufrido estas⁹³. Así las cosas, una disculpa puede ser un remedio eficaz para reparar el daño causado a las víctimas. Hay evidencia empírica de muchas víctimas que han llegado a acuerdos extrajudiciales que solo incluyen una disculpa, sin indemnización dineraria alguna⁹⁴. Quizás a algunos demandados les gustaría disculparse de inmediato con sus víctimas. Puede que estén deseosos de encontrar expiación por los ilícitos que han cometido, y muchos de ellos, por cierto, preferirán disculparse a tener que pagar una generosa suma de indemnización. Sin embargo, algunos autores han cuestionado las disculpas forzadas. Por ejemplo, se ha sostenido que las emociones

89 Van Dijck, G., “The Ordered Apology”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, n.º 3, 2017, 562-587.

90 Véase, en general, Cohen, A., *Apologies and Moral Repair. Rights, Duties, and Corrective Justice*, Nueva York, Routledge, 2020. Para el ámbito de la responsabilidad extracontractual, véanse Gardner, J., *From Personal Life to Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, cap. 4; Pino, A., “The Value of Apologies in Law and Morality”, *Estudios Institucionais*, vol. 6, n.º 3, 2020, 1396-1416.

91 Pino, A., “El daño moral como remedio expresivo”, cit.; Gold, A. S., “Expressive Remedies in Private Law”, en Lichere, F. y Weaver, R. (eds.), *Remedies and Property*, Marsella, Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013.

92 Carroll, R., “Compensation for Intangible Loss: A Closer Look at the Remedial Function of Apologies”, en Vines, P. y Akkermans, A. (eds.), *Unexpected Consequences of Compensation Law*, Oxford, Hart, 2020, 188-198.

93 Berryman, J., “Mitigation, Apology and the Quantification of Non-Pecuniary Damages”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, n.º 3, 2017, 542 (argumentando que “los tribunales debieran modificar la doctrina del *common law* y permitir que una disculpa pueda mitigar los daños morales en un número de casos más amplio que lo que actualmente está permitido”).

94 Véanse las estadísticas anuales de 2023 del Consejo de Defensa del Estado en Chile, disponibles en: https://www.cde.cl/gestion_institucional/estadisticas/ (acceso: 17 de diciembre de 2024). Allí se reporta que en un 7,1% de casos la víctima solo recibe una disculpa como reparación. De manera similar, véanse los datos recopilados de Países Bajos en Wijntjens, L., “The (Non-Existent) Legal Risks of Apologising: Courts Do Not See Apologies as a Way to Accept Civil Liability”, *Journal of European Tort Law*, vol. 13, n.º 3, 2023, 284.

o transformaciones morales que requieren las disculpas sinceras no pueden ser forzadas por el derecho (ni tampoco por algún otro mecanismo)⁹⁵. Puede que consideraciones de libertad de expresión también entren en conflicto. Pero, por otro lado, se ha señalado que incluso las disculpas insinceras valen la pena dado que pueden mejorar la relación quebrada entre las partes⁹⁶.

Todas estas discusiones no debieran detenernos aquí. El punto es que las disculpas son coactivas, y esto las distingue de los remedios monetarios. En términos de la presión que el derecho ejerce sobre los demandados para actuar contra su voluntad, las disculpas forzadas son coactivas porque el derecho obliga al demandado a comportarse de una determinada manera. Desde esta perspectiva, el remedio es más coactivo que los remedios monetarios. Como se dijo anteriormente, el derecho puede promover las disculpas por medios menos coactivos que obligando a los demandados a disculparse, como por ejemplo disponiendo de incentivos positivos para disculparse (como obtener una rebaja en la indemnización o la exención del pago de costas, entre otros beneficios). Estos incentivos pondrán algo de presión sobre los demandados para que se disculpen, pero no serán coactivos conforme a nuestra terminología.

Estos remedios comparten las mismas características desde el punto de vista de la coacción: todos ellos fuerzan a los individuos a hacer algo contra su voluntad, ya sea para cumplir un contrato, realizar un gesto reparatorio, evitar hacer algo o simplemente disculparse. Los remedios son agrupados juntos como coactivos porque ellos obligan al demandado a hacer algo en contra de su voluntad. Es cierto que los remedios monetarios pueden en algunos casos poner a los demandados bajo mayor presión que algunos de estos remedios no monetarios. Ellos, sin embargo, no obligan a los demandados a hacer nada más que pagar una suma de dinero, mientras que en el caso de los remedios no monetarios los demandados no pueden excusarse de llevar a cabo la conducta que fue ordenada (o abstenerse de ejecutar aquella conducta que fue prohibida). En lo que sigue, nos concentraremos en cómo controlar estos remedios.

III. El control de la coacción en los remedios mediante el balance de los intereses en juego

¿Cómo pueden ser controlados estos remedios? ¿Y qué tipo de consideraciones debieran plantearse para justificar este tipo de coacción en el ámbito del derecho privado? Es natural concluir que estas son las preguntas más apremiantes. Lamentablemente, no es posible aquí proporcionar respuestas definitivas a la primera

95 Un análisis crítico de esta objeción puede encontrarse en Cohen, A., *Apologies and Moral Repair*, cit., 122-124.

96 Gardner, J., *From Personal Life to Private Law*, cit., 166-167 (contrastando la disculpa insincera con las disculpas formales).

pregunta. Los sistemas jurídicos usualmente lidian con este problema por medio de legislación o de la discreción de los tribunales. Sin embargo, espero que el marco teórico de la coacción desarrollado pueda iluminar respecto a la segunda pregunta planteada, relativa a qué tipo de justificaciones se requieren para que estos remedios existan en el derecho privado. Mi tesis es que prestar atención a la coacción nos permite comprender los intereses en conflicto que están en juego con frecuencia cuando los tribunales determinan si uno de estos remedios debiera otorgarse o no, ejercitando su “discreción”. Por una parte, el interés del acreedor o la víctima, y por la otra, la autonomía personal del deudor.

Volvamos a la disponibilidad del cumplimiento específico en el derecho de contratos para mostrar cómo podría llevarse a cabo este balance. Como se indicó más arriba, el estatus del cumplimiento específico como remedio secundario puede justificarse en términos de su naturaleza coactiva en comparación con la indemnización de perjuicios. La clave del argumento de Kimel era que si el derecho tiene formas menos coactivas para proteger el interés contractual del acreedor, estas formas deben ser priorizadas, dado que la indemnización de perjuicios es generalmente menos intrusiva respecto de la autonomía personal del deudor⁹⁷. Sin embargo, el punto radica en determinar si el interés del acreedor se protege igualmente con una indemnización de perjuicios en reemplazo del cumplimiento del contrato. Esto no siempre será el caso. Por ejemplo, la singularidad o características únicas del objeto del contrato podrían ser una razón plausible para preferir el cumplimiento específico, porque en estas situaciones el interés del acreedor no será satisfecho con una indemnización de perjuicios⁹⁸. Este suele ser el caso cuando el objeto del contrato consiste en un inmueble⁹⁹. Es necesario, por consiguiente, llevar a cabo un balance de los intereses de las dos partes. El resultado no siempre será que se prefiera la indemnización al cumplimiento específico.

Como un ejemplo concreto de este balance, se propone analizar el artículo 1555 c. c. chileno¹⁰⁰. La regla dice relación con la ejecución de las obligaciones de no hacer. El texto es el siguiente:

Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

97 Véase *supra*, nota 46 y texto que la acompaña.

98 Si el objeto del contrato “es único en su carácter y no puede ser duplicado o si obtener ‘un equivalente sustancial implica dificultades, demoras e inconvenientes’, un tribunal tendrá una mayor disposición a decretar el cumplimiento específico”. Kronman, A. T., “Specific Performance”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 45, 1978, 357-358.

99 Sin embargo, Mindy Chen-Wishart plantea que esta racionalidad solo puede explicar la disponibilidad del cumplimiento específico para compradores pero no vendedores. Chen-Wishart, M., “Specific Performance and Change of Mind”, *cit.*, 122-123.

100 La misma regla textualmente se establece en el artículo 1612 c. c. colombiano y el artículo 1571 c. c. de Ecuador. De manera interesante, el código civil uruguayo (también influenciado en gran parte por el código chileno) no contempla estas limitaciones en su artículo 1338.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo.

El acreedor quedará de todos modos indemne.

El marco teórico basado en la coacción puede explicar la razón de esta regla¹⁰¹. Primero establece que si la destrucción no es posible se decretará al acreedor una indemnización de perjuicios, dado que el cumplimiento específico no es posible. Luego, si la destrucción es posible, la regla establece una limitación al cumplimiento específico: la destrucción debe ser “necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato”. ¿Por qué el código establece este límite? Al menos una respuesta posible a esta pregunta puede plantearse en términos de la coacción. Dado que la destrucción es intensamente coactiva para el deudor, la regla establece la condición para el cumplimiento específico de que su destrucción sea necesaria para satisfacer el interés del acreedor. Más aún, al deudor se le permite proponer la satisfacción de dicho interés por otros medios. ¿Por qué? Porque el derecho prefiere un remedio menos coactivo, o algún otro mecanismo sugerido por el propio deudor que sea menos opresivo a su autonomía. Por ende, el artículo 1555 puede ser comprendido como una aplicación concreta del balance entre los intereses en conflicto de ambas partes. Del mismo modo, otras normas podrían comprenderse bajo este esquema, como el artículo 1544 c. c. inciso final, que deja “a la prudencia del juez” la posibilidad de rebajar una cláusula penal sobre obligaciones de valor inapreciable o indeterminado¹⁰².

¿Es posible aplicar el mismo esquema a otros remedios coactivos, como las órdenes judiciales o las disculpas forzadas? El derecho privado parece tener menos experiencia lidiando con estos problemas. Sin embargo, pareciera ser que el mismo balance de intereses entre las partes puede ser aplicado. En virtud de ello, puede explicarse alguna reticencia en la responsabilidad extracontractual para decretar la reparación en naturaleza. Por ejemplo, consideremos el caso de las órdenes judiciales en el derecho estadounidense. La jurisprudencia ha utilizado un estándar uniforme para decidir si decretar una orden judicial y no una indemnización de perjuicios. Como señala Doug Rendleman, conforme a este estándar,

101 Un análisis más exhaustivo de la norma compatible con el análisis aquí efectuado, puede encontrarse en Pino, A., “Los remedios contractuales frente al incumplimiento de obligaciones de no hacer”, en Gómez de la Torre, M. et al (eds.), *Estudios de derecho civil XIV*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 747-759.

102 Más sobre esta norma en De la Maza Gazmuri, Í., “El secreto está en la técnica. Los límites a la cláusula penal”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 7, 2006, 19-50.

“para obtener una orden judicial, el demandante debe probar que su lesión es irreparable con dinero o que el dinero es un remedio inadecuado”¹⁰³. El estándar ha sido criticado¹⁰⁴. De manera interesante, las órdenes judiciales en esta discusión son vistas como una herramienta para llevar a la práctica derechos civiles o constitucionales. En este sentido, otorgar órdenes judiciales sería la herramienta más adecuada para evitar que los demandados infrinjan derechos civiles. En estos casos, los remedios monetarios parecen ser inadecuados, dado que ellos permiten a los demandados seguir comportándose de la misma forma que lo hacían antes de la resolución judicial. Sin embargo, en la actualidad se sostiene que la regla de adecuación está “virtualmente muerta y probablemente deba estarlo”¹⁰⁵. Al decidir si otorgar una orden judicial, los tribunales debieran “considerar todos los factores”, con un balance de las “equidades, dificultades y aspectos prácticos” del caso particular¹⁰⁶. Aunque puede resultar controvertido sostener que existe una jerarquía de remedios a favor de los remedios monetarios, al menos los tribunales deben tomar en cuenta y sopesar los factores antes de decretar una orden judicial, mientras que en el caso de los remedios monetarios ello nunca será el caso. Las restricciones establecidas para las órdenes judiciales en la jurisprudencia norteamericana muestran que el derecho privado es capaz de establecer algunos límites a estos remedios coactivos. Lo mismo puede concluirse a partir de la ya citada regla del artículo 10:104 PETL, en la que se sujeta la reparación en naturaleza a la condición de que esta no sea “excesivamente gravosa” para el demandado. Esta limitación no se establece respecto de la indemnización de perjuicios.

Como se dijo anteriormente, solo pueden otorgarse respuestas preliminares en esta materia. Pareciera ser que el derecho privado ha provisto algunas respuestas para lidiar con este desafío, pero todavía hay mucho por hacer porque este ámbito de la coacción no ha sido un objeto de particular estudio en el derecho privado. Quizás haya algo que aprender aquí de otras disciplinas más familiarizadas con el control de la coacción. Por ejemplo, ¿podría aprender el derecho privado de la forma en que el derecho penal aborda la coacción? Alternativamente –o adicionalmente–, ¿hay alguna lección para el derecho privado a partir del principio de proporcionalidad del derecho constitucional? ¿O debiera el derecho privado cerrar la puerta a estas otras disciplinas?

103 Rendleman, D., “The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction”, *University of Florida Law Review*, vol. 33, n.º 3, 1981, 346.

104 De manera célebre en Fiss, O., *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978, 38 ss. (criticando la idea según la cual hay una “jerarquía remedial”, y que “en esta jerarquía la orden judicial es desfavorecida, categorizada en un lugar inferior”).

105 Dobbs, D. B. y Caprice, C. L., *Law of Remedies*, cit., 100.

106 *Ibid.*

Conclusiones

El derecho es una práctica coactiva, y el derecho privado no es una excepción a ello. Sin embargo, espero haber demostrado que hay muchas maneras mediante las cuales el derecho privado puede ser coactivo, algunas veces más y otras menos. De acuerdo a ello, se ha señalado que en el derecho privado generalmente se prefieren algunos remedios porque ellos son menos coactivos que las demás alternativas disponibles. El argumento, entonces, es que esta preferencia *prima facie* por remedios menos coactivos puede explicar la tradicional preferencia del *common law* por la indemnización de perjuicios por sobre el cumplimiento específico, o la posibilidad siempre abierta de la mayoría de los sistemas de responsabilidad extracontractual para solicitar la indemnización de perjuicios por sobre otros remedios como la reparación en naturaleza. Sin embargo, en algunos casos, remedios más coactivos serán necesarios. Mucha tinta se ha derramado sobre algunos remedios monetarios, como los daños punitivos y la restitución de ganancias ilícitas. A pesar de la importancia de estas discusiones, el marco teórico basado en la coacción aquí desarrollado destaca la importancia de trasladar el interés hacia otros remedios más coactivos. Estas reflexiones sobre el rol de la coacción invitan a la dogmática civil a discutir y analizar las razones que justifican acudir a estos remedios coactivos, y los mecanismos jurídicos para controlarlos. El derecho privado tiene algo de experiencia abordando estos problemas. Pero quizás otras disciplinas más familiarizadas con la coacción –como el derecho penal o el derecho público– pueden proveer de mayor guía.

Referencias

- Bahamondes Oyarzún, Claudia, *El cumplimiento específico de los contratos*, Santiago, Der, 2018.
- Barker, Kit, “Punishment and Private Law – No Such Thing (Any More)”, en Bant, Elise *et al.* (eds.), *Punishment and Private Law*, Oxford, Hart, 2021, 35-62.
- Barnett, Katy, “Gain-Based Damages”, en Halson, Roger y Campbell, David (eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, Elgar, 2019, 309-331.
- Barros Bourie, Enrique, *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, t. I, 2.^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 2020.
- Beever, Allan, “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2023, 87-110.
- Berryman, Jeff, “Mitigation, Apology and the Quantification of Non-Pecuniary Damages”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, n.º 3, 2017, 528-546.
- Birks, Peter, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, Oxford University Press, 1985.
- Birks, Peter, “Civil Wrongs: A New World”, en *Buttersworths Lectures 1990-1991*, Londres, Butterworths, 1992, 55-112.

- Bumke, Christian y Schäfer, Fritz, “Nature and Value of Conceptual Legal Scholarship”, en Kuntz, Thilo y Miller, Paul B. (eds.), *Methodology in Private Law Theory. Between New Private Law and Rechtsdogmatik*, Oxford, Oxford University Press, 2024, 153-177.
- Burrows, Andrew, *Remedies for Torts, Breach for Contract, and Equitable Wrongs*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Caffera, Gerardo, *Responsabilidad civil contractual. Introducción a su estudio en el derecho uruguayo*, Montevideo, FCU – Fundación de Cultura Universitaria, 2010.
- Campos Micin, Sebastián, *Derecho de enriquecimiento injustificado. Estudio a la luz de sus antecedentes históricos y de la teoría de la diferenciación*, Santiago, Der, 2023.
- Carroll, Robyn, “Compensation for Intangible Loss: A Closer Look at the Remedial Function of Apologies”, en Vines, Prue y Akkermans, Arno (eds.), *Unexpected Consequences of Compensation Law*, Oxford, Hart, 2020, 183-202.
- Cartwright, John, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2.^a ed., Oxford, Hart, 2013.
- Chen-Wishart, Mindy, “Specific Performance and Change of Mind”, en Vorgo, Graham y Worthington, Sarah (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 98-126.
- Cohen, Andrew, *Apologies and Moral Repair. Rights, Duties, and Corrective Justice*, Nueva York, Routledge, 2020.
- Corral Talciani, Hernán, *La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*, Santiago, Jurídica de Chile, 2012.
- Corral Talciani, Hernán, “La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del Cono Sur”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, 2000, 469-484.
- Courtney, Wayne y Goudkamp, James, “Punishment and Private Law”, en Bant, Elise et al. (eds.), *Punishment and Private Law*, Oxford, Hart, 2021, 3-31.
- Davies, Paul, “Injunctions in Tort and Contract”, en Virgo, Graham y Worthington, Sarah (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 127-150.
- De la Maza Gazmuri, Íñigo, “El secreto está en la técnica. Los límites a la cláusula penal”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 7, 2006, 19-50.
- Dobbs, Dan B. y Roberts, Caprice L., *Law of Remedies. Damages, Equity, Restitution*, 3.^a ed., St Paul, West Academic, 2018.
- Edelman, James, *Gain-Based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, Hart, 2002.
- Edelman, James, “In Defence of Exemplary Damages”, en Rickett, Charles (ed.), *Justifying Private Law Remedies*, Oxford, Hart, 2009, 225-248.
- European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi, 2008.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

- Fiss, Owen M., *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978.
- Frankfurt, Harry G., “Coercion and Moral Responsibility”, en Frankfurt, Harry G., *The Importance of What We Care About*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 26-46.
- Gardner, John, *From Personal Life to Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Gardner, John, “Torts and Other Wrongs”, en Gardner, John, *Torts and Other Wrongs*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Gold, Andrew S., “Expressive Remedies in Private Law”, en Lichère, François y Weaver, Russell (eds.), *Remedies and Property*, Marsella, Press Universitaires d’Aix-Marseille, 2013, 101-118.
- Gold, Andrew S., *The Right of Redress*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Gold, Andrew S. et al., “Introduction”, en Gold, Andrew S. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, xv-xxviii.
- Goldberg, John C. P., “Two Conceptions of Tort Damages: Fair v. Full Compensation”, *De Paul Review*, vol. 55, 2006, 435-468.
- Goldberg, John C. P y Zipursky, Benjamin C., *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Belknap, 2020.
- Green, Sarah y Gardner, Jodi, *Tort Law*, Londres, MacMillan, 2021.
- Gutiérrez Gallego, Alejandra, “De ‘los chepitos’ y las facultades del acreedor para lograr la satisfacción de sus créditos” [en línea], *UNA. Revista de Derecho. Universidad de los Andes*, 2022, disponible en: <https://una.uniandes.edu.co/blog/303-de-los-chepitos-y-las-facultades-del-acreedor-para-lograr-la-satisfaccion-de-sus-creditos>
- Halson, Roger y Campbell, David (eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, Elgar, 2019.
- Hernández Paulsen, Gabriel y Ponce Márquez, Matías, “Daños punitivos, especialmente para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 38, 2022, 63-107.
- Himma, Kenneth Einar, *Coercion and the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Hodgson, Louis-Philippe, “Collective Action and Contract Rights”, *Legal Theory*, 17, n.º 3, 2011, 209-226.
- Hofmann, Franz y Kurz, Franziska (eds.), *The Law of Remedies. A European Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2019.
- Holmes, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 110, n.º 5, 1997, 991-1009.
- Honoré, Anthony, “La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas”, P. Suárez (trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 10, n.º 1, 2009, 87-108.
- Ibáñez León, Arturo, “Jurisprudencia inglesa comentada. ¿Por qué no te callas?: responsabilidad civil por ruidos molestos y otras interferencias con el uso y goce de

- un inmueble. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en la causa *Coventry and others v. Lawrence and another*”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 23, 2014, 309-332.
- Jansen, Nils, *The Structure of Tort Law*, S. Steel (trad.), Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Keating, Gregory C., “The Priority of Respect Over Repair”, *Legal Theory*, vol. 18, 2012, 293-337.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida, “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?”, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XXXVIII, segunda época, n.º 31, 1993, 24-135.
- Kimel, Dori, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract Law*, Oxford, Hart, 2003.
- Kimel, Dori, “Promise, Contract, Personal Autonomy, and the Freedom to Change One’s Mind”, en Klass, Gregory *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 96-115.
- Kronman, Anthony T., “Specific Performance”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 45, 1978, 351-382.
- Laithier, Yves-Marie, “Exécution Forcée en Nature”, en Cartwright, John y Whitaker, Simon (eds.), *The Code Napoleon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford, Hart, 2017, 257-289.
- Lamond, Grant, “The Coerciveness of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n.º 1, 2000, 39-62.
- Lee, Maria, “The Public Interest in Private Nuisance: Collectives and Communities in Tort”, *Cambridge Law Journal*, 74, n.º 2, 2015, 329-358.
- López Díaz, Patricia, “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 19, 2012, 13-62.
- Markesinis, Basil; Lorenz, Werner y Dannemann, Gerhard, *Markesinis. The German Law of Obligations*, vol. 1, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- Martínez Alles, María, “La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima”, en García Amado, Juan Antonio y Papayannis, Diego M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 107-131.
- Martínez Alles, María, “Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damages”, *Journal of Tort Law*, vol. 11, 2018, 245-303.
- Miotto, Lucas, “Law and Coercion: Some Clarification”, *Ratio Juris*, vol. 34, 2021, 74-87.
- Miotto, Lucas, “What Makes Law Coercive when it is Coercive”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 107, 2021, 235-250.

- Momberg Uribe, Rodrigo y Vidal Olivares, Álvaro, “Economic Limits to Contractual Performance: From Hardship to the Excessive Costs of Specific Performance”, *Uniform Law Review*, vol. 27, n.º 1, 2022, 21-36.
- Morgan, Jonathan, “On the Nature and Function of Remedies for Breach of Contract”, en Virgo, Graham y Worthington, Sarah (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 23-47.
- Morgan, Jonathan, “Reforming Punitive Damages in English Law”, en Meurkens, Lotte y Norden, Emily (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge, Intersentia, 2012, 183-211.
- Murphy, John, “The Nature and Domain of Aggravated Damages”, *Cambridge Law Journal*, vol. 69, n.º 2, 2010, 353-377.
- Papayannis, Diego M. y Pereira Fredes, Esteban, “Introducción: sobre la filosofía del derecho privado”, en Papayannis, Diego M. y Pereira Fredes, Esteban (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 15-42.
- Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Jurídica de Chile, 2003.
- Pino Emhart, Alberto, “El daño moral como remedio expresivo”, en De la Rosa Xochitiotzi, Carlos (coord.), *Derecho de daños. Ideas para iniciar el diálogo*, México D. F., Centro de Estudios Constitucionales, 2021, 127-155.
- Pino Emhart, Alberto, “La protección de la autonomía del deudor frente al incumplimiento contractual. ¿Derecho a cambiar de opinión?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, vol. 40, 2022, 3-20.
- Pino Emhart, Alberto, “La restitución de ganancias ilícitas y la acción de provecho por dolo ajeno”, *Ius et Praxis*, vol. 22, n.º 1, 2016, 227-270.
- Pino Emhart, Alberto, “Los remedios contractuales frente al incumplimiento de obligaciones de no hacer”, en Gómez de la Torre Vargas, Maricruz *et al.* (eds.), *Estudios de derecho civil XIV*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 747-759.
- Pino Emhart, Alberto, “The Value of Apologies in Law and Morality”, *Estudos Institucionais*, 6, n.º 3, 2020, 1396-1416.
- Pizarro Wilson, Carlos, “Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 21, n.º 1, 2014, 203-219.
- Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- Rendleman, Doug, “The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction”, *University of Florida Law Review*, vol. 33, n.º 3, 1981, 346-358.
- Ripstein, Arthur, *Private Wrongs*, Cambridge, Harvard University Press, 2016.
- Rowan, Solene, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Schauer, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.
- Sebok, Anthony J., “Punitive Damages: From Myth to Theory”, *Iowa Law Review*, vol. 92, 2007, 957-1036.

- Severin Fuster, Gonzalo, “Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el *common law*. Perspectiva histórica y aproximación actual”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 1, 2016, 7-37.
- Sharkey, Catherine M., “Trespass Torts and Self-Help for an Electronic Age”, *Tulsa Law Review*, vol. 44, n.º 4, 2008, 677-705.
- Sikorski, Rafal (ed.), *Patent Law Injunctions*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019.
- Smith, Stephen, *Rights, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Spindler, Gerald y Rieckers, Oliver, *Tort Law in Germany*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019.
- Stevens, Robert, *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Van Dijck, Gijs, “The Ordered Apology”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, n.º 3, 2017, 562-587.
- Vidal Olivares, Álvaro, “¿Cumplimiento en equivalencia o indemnización de daños? Desde lo sustantivo a lo procesal”, en Vidal Olivares, Álvaro y Momberg Uribe, Rodrigo (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018, 283-299.
- Weinrib, Ernest J., *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, ed. revisada, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Weinrib, Ernest J., “Two Conceptions of Remedies”, en Rickett, Charles E. F. (ed.), *Justifying Private Law Remedies*, Oxford, Hart, 2008, 3-32.
- Wertheimer, Alan, *Coercion*, Princeton, Princeton University Press, 1987.
- Wijntjens, Lianne, “The (Non-Existent) Legal Risks of Apologising: Courts Do Not See Apologies as a Way to Accept Civil Liability”, *Journal of European Tort Law*, vol. 13, n.º 3, 2023, 271-301.
- Worthington, Sarah, “Penalty Clauses”, en Virgo, Graham y Worthington, Sarah (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 366-389.
- Zakrzewski, Rafal, *Remedies Reclassified*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- Zipursky, Benjamin C., “Civil Recourse, Not Corrective Justice”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2003, 695-756.

