



CARLOS DE CORES HELGUER

Titular de Derecho Civil – Universidad Católica del Uruguay

DAÑOS PUNITIVOS Y FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. REFLEXIONES COMPARATISTAS A PARTIR DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA ITALIANA DE LEGITIMIDAD

SUMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *Pluralidad de funciones de la responsabilidad civil.* – 3. *La función preventiva de los daños punitivos.* – 4. *La matriz anglosajona de los daños punitivos.* – 5. *La circulación del modelo de los daños punitivos hacia el derecho civil.* – 6. *La resistencia del derecho civil.* – 7. *La suerte corrida por los daños punitivos en el nuevo código civil y comercial de la nación argentina.* – 8. *La evolución mas reciente.* – 9. *Conclusion.*

1. — Es un lugar común en el discurso contemporáneo sobre la responsabilidad civil el señalamiento de su función preventiva. Teniendo en cuenta esa premisa, el objeto del presente artículo es volver la mirada al instituto de los daños punitivos, de amplia recepción en los países de *common law*, pero ampliamente resistido en los sistemas de derecho civil. Una reciente sentencia de la Corte de Casación italiana permite vislumbrar una nueva perspectiva en la consideración de este instrumento. La hipótesis es que su aplicación promovería de forma importante la proclamada función preventiva de la responsabilidad civil, mejorando su efectividad. En todo caso, parece innegable la pertinencia del debate.

2. — Si bien la indemnización o reparación del daño constituye el “problema fundamental” la responsabilidad civil,¹ puede cuestionarse que sea su exclusiva razón de ser. El concepto de responsabilidad civil es de una enorme riqueza, pero de gran polisemia, lo que hace necesario – en la medida en que el derecho es por esencia significado – que ajustemos su significación y, sobre todo, convengamos en su perfil funcional.

Se define normalmente a la responsabilidad civil como la obligación de resarcir un daño; pero ello no agota todos los remedios predispuestos por el ordenamiento para la tutela civil de los derechos lesionados, habiendo junto con los remedios indemnizatorios, remedios restitutorios y remedios coercitivos (ejecutorios e inhibitorios). En su obra sobre la responsabilidad civil, Viney utiliza el concepto en un sentido comprensivo de todos los remedios, ya sea ejecutorios o indemnizatorios, dedicando una larga primera parte a tratar y analizar remedios no indemnizatorios.²

¹ TORRENTE-SCHLESSINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 905.

² VINEY, Genevieve, *La responsabilité, conditions*, en *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, JGDJ, Paris, 2013, *passim*.

JUS CIVILE



Sin embargo, la expresión responsabilidad civil es empleada más frecuentemente en sentido más restringido y preciso, para aludir al fenómeno del nacimiento, régimen jurídico y extinción de la obligación de indemnización de daños mediante una suma de dinero. De ahí que Larroumet haya dicho que existen ciertas obligaciones cuyo incumplimiento no plantea un problema de responsabilidad, como es el caso del incumplimiento de la obligación de resarcir un daño, o de la obligación de pagar una suma de dinero.³ El problema de la responsabilidad, en este sentido restringido, se plantea exclusivamente cuando hay que convertir un objeto debido y no cumplido, en un equivalente dinerario por daños y perjuicios.

Por tanto, se parte de que la responsabilidad civil consiste, en su núcleo esencial específico, en la imposición de una condena monetaria. Por ello – sin perjuicio de reconocer la enorme importancia de ampliar el conocimiento de las vías por las cuales el ordenamiento puede incorporar institutos tendientes a imponer haceres o no haceres en función del criterio precautorio – nos proponemos analizar en este artículo, la dimensión preventiva que se desprende de la condena monetaria, demostrando en particular la aptitud de la condena en daños punitivos para un logro eficiente de la prevención.

Connotamos aquí la función preventiva de la responsabilidad civil en cuanto atribución de una suma de dinero, proponiéndonos investigar si, y en qué medida, ella puede cumplir, además de una función reparatoria o indemnizatoria, una función preventiva.⁴

En este sentido, Seguí⁵ ha puesto en evidencia que existe una función preventiva ínsita en la propia resarcitoria, enfatizando la función preventiva indirecta de la reparación, que se concreta de dos modos, es a saber: con carácter preventivo especial o general, al servir, mediatamente, por una parte, para que el autor del daño evite dañar en el futuro, y por otra, para que los potenciales dañadores acepten el deber general de no dañar.

3. — La responsabilidad civil se encuentra en un estadio de revisión en el mundo entero, en un proceso en que se pone en duda sus fundamentos y sus funciones al compás de los cambios producidos por los daños inexorables que el avance del desarrollo tecnológico provoca en la sociedad. Se trata de una institución no está aún estabilizada;⁶ de un instrumento que se encuentra

³ LARROUMET, Christian, *Droit des obligations*, Economica, Paris, 1996, p. 6.

⁴ Alude a ella expresamente el artículo 1710 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015. Puede verse una completa reseña en ESCOBAR TORRES, Sebastián, “El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil. Un intento por descubrir el verdadero rol de la función preventiva en la órbita del derecho de daños”, en Univ. Estud. Bogotá (Colombia), No. 12, enero-diciembre de 2015, p. 33-70. Véase asimismo de CORES, Carlos, “Acerca de las funciones de la responsabilidad civil”, en Estudios jurídicos de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra, López Fernández, Caumont, Caffera (Coord.), FCU, Montevideo, 2001, p. 111.

⁵ SEGUI, Adela, *Prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil de 1998*, trabajo on line en www.alterini.org

⁶ VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, L.G.DJ, Paris, 1982, pág. 75. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, *La Responsabilidad Ci-*

JUS CIVILE



en un "tiempo entre paréntesis" o entre dos eras: la sociedad industrial que concluye y la otra nueva que viene a reemplazarla.⁷

Igual que ocurrió a fines del siglo XIX, cuando juristas con sensibilidad social impulsaron un derecho de daños que retaceaba la indemnización de los daños hacia un derecho protector de los más débiles, a fines del siglo XX, juristas que colocaron en el centro de su preocupación a la persona humana, reaccionaron contra una economía en la que los empresarios calculan los daños para incluirlos en los costos. Así, para poder cumplir su cometido, la teoría de la responsabilidad civil debió acudir al pensamiento económico, como la teoría de los costes de los accidentes,⁸ y con su auxilio considerar que, si para las empresas todo es una cuestión de eficiencia y de costos, las condenas debían ser lo suficientemente representativas para obligar a los autores a tomar las medidas de prevención de modo que les resultara más barato evitar los daños que dañar. Frente a la posibilidad de que luego del estudio de costos, las empresas decidieran que les "conviene" seguir dañando, se creyó necesario acudir en auxilio de la regla de equivalencia y pensar en condenas que, por cumplir con la función de una pena por la conducta ofensiva, descuidada, o indiferente del causante, hicieran posible finalmente la función de prevención general y prevención especial de la indemnización.⁹

El tema desemboca claramente en los daños punitivos, que por sus características resultan sumamente idóneos para enfrentar este tipo de problemática. Es que, en la actual coyuntura posmoderna, el enfoque de la responsabilidad centrado en su función resarcitoria muestra su carácter incompleto e incluso parcialmente inidóneo para lograr el objetivo de reducir los daños, lo que lleva de la mano a considerar compatibles las funciones de reparación, prevención y punición como propias todas ellas de la responsabilidad civil.¹⁰

La doctrina argentina ha reconocido ampliamente que la "reparación" puede leerse también en clave de "prevención",¹¹ lo que lleva de la mano a considerar en la perspectiva la cuestión de los daños punitivos. En el actual pensamiento jurídico rioplatense no se ignora que en el de-

vil en la Era Tecnológica, Abeledo Perrot, 1998, citada por Adela Seguí.

⁷ ALTERINI, Atilio A., "Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era posindustrial", en *Responsabilidad Civil*, de ALTERINI, Atilio A. – LOPEZ CABANA, Roberto, Dike, Medellín, 1995, pág. 83. Id.

⁸ CALABRESI, Guido, *El Coste de los Accidentes, Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil*, Ariel, Barcelona, 1984.

⁹ SEGUI, Adela, *Prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil de 1998*, trabajo on line en www.alterini.org.

¹⁰ DE ANGEL-YAGÜEZ, R., "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)", pág. 233, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, citado por Adela Seguí.

¹¹ UBIRIA, Fernando Alfredo, *Derecho de daños en el Código civil y comercial de la Nación Argentina*, Abeledo Perrot, 2016; COSSARI, Maximiliano N. G., "La necesidad de prevención de daños ante los límites del régimen clásico de reparación argentino", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014), p. 13-40; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, "Función actual de la responsabilidad civil", en *Derecho de Daños. Primera Parte*. TRIGO REPRESAS – STIGLITZ R. (dirs.), *Derecho de Daños*, Segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1989; LORENZETTI Ricardo, "Las Normas Fundamentales...", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, "Jornadas sobre Responsabilidad Civil en homenaje a Roberto H. Brebbia", Rosario, 1986 y "Jornadas Marplatenses sobre Responsabilidad Civil y Seguros", diciembre de 1989.

JUS CIVILE



recho anglosajón hace mucho ya que no se duda en consagrar al trinomio *compensation – deterrence – punishment*, finalidades que por cierto se relacionan o penetran recíprocamente.¹²

Se trata pues de aislar y desarrollar el aspecto no meramente reparatorio, que puede operar allí donde la mera reparación no es disuasivo suficiente, ya sea porque los daños aún no se han verificado y la reparación no es posible, o porque los daños son de difícil prueba, o se encuentran diseminados en una miríada de situaciones individuales que son de pequeño monto, pero mirados en perspectiva constituyen un perjuicio apreciable para la sociedad, que redundo, además, en beneficio exclusivo del sujeto que provoca el daño. La condena en dinero o su amenaza tienen pluralidad de funciones. Por eso se revela capaz de actuar como disuasivo en casos de daños no ocurridos, pero cuyo peligro se generó, o por daños ocurridos en una medida menor a la que es objeto de indemnización, o por daños de difícil prueba.

En efecto, la razón por la cual aparece el tema de los daños punitivos en el derecho civil postmoderno es consecuencia de las limitaciones del modelo resarcitorio clásico propio de la post revolución industrial, que no toma en cuenta la gravedad de la ofensa, gravedad que se mide sobre la base del criterio de la potencialidad dañosa y del desprecio del ofensor ante la eventualidad de la causación del daño o de su magnitud, ni las situaciones en que no se produce daño efectivamente, aunque sí pueda haberse generado un peligro.

Reviste una relevancia particular la creciente conciencia de que la matriz tradicional de cuño exclusivamente reparatorio no es suficiente para proteger al hombre en aspectos que refieren más bien a su dignidad personal que a perfiles patrimoniales, lo que mueve el foco de atención hacia aquellos instrumentos que pudieran ser útiles a ese efecto. El empeño reclama que el problema se aborde desde una perspectiva antropológica y filosófica del hombre que revele lo más humano de él y permita reconstruir las herramientas jurídicas con esta nueva dimensión.¹³

4. — La teoría de los daños punitivos es una creación original del mundo del Common Law.

En el derecho anglosajón, se ha desarrollado el instituto de los daños punitivos o ejemplares (también llamados daños vindicativos o presuntivos), que pueden definirse como sumas de dinero que un sujeto puede ser judicialmente condenado a pagar a otro – aparte de los daños compensatorios o nominales – como castigo o prevención en virtud de una conducta especialmente grave por parte del demandado.¹⁴ Están establecidos con el confesado propósito de dar un castigo al demandado, y no como medida de pérdida o detrimento del actor. Constituyen por tanto

¹² UBIRÍA, Fernando Alfredo, *La responsabilidad civil*, disponible en el repositorio <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/responsabilidad-civil-fernando-ubiria.pdf>.

¹³ NEGRI, Héctor, “La Responsabilidad Civil como problema antropológico”, en *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*. Atilio Aníbal Alterini, Roberto M. López Cabana. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 56.

¹⁴ MALLOR, Jane, ROBERTS, Barry, “Punitive damages: toward a principled approach”, en *The Hastings Law Journal*, vol. 31, 1979-1980, University of California, pp. 639 y ss.

JUS CIVILE



un gravamen pecuniario impuesto por sentencia judicial al autor de un comportamiento ilícito especialmente reprobable, en favor de un sujeto privado, dañado por dicho comportamiento. Va de suyo que nos referimos a daño no exclusivamente en el concepto preindicado de daño patrimonial, sino comprensivo también del daño no patrimonial, abarcando la mera lesión de un derecho o interés protegido.

Su característica más destacada es entonces que tienen por finalidad no la reparación del daño causado a la víctima, sino el castigo al autor de un comportamiento particularmente grave, y la consiguiente prevención, a fin de evitar que se reitere el comportamiento indeseado.¹⁵ Por lo tanto, son en cierto modo independientes de la entidad y aún de la existencia del daño, ya que pueden ser otorgados incluso en ausencia de éste (al menos, en ausencia de daño patrimonial); y a su vez serán tanto mayores cuanto más reprochable sea la conducta del condenado. Se han revelado como un poderoso instrumento de castigo, porque no se admite el seguro contra estos daños, que afectan directamente al condenado (*smart money* significa “dinero que duele”).

Es sumamente relevante considerar el origen remoto de la doctrina de los daños punitivos, para lo cual debemos remontarnos a la Edad Media inglesa, donde el ejercicio de la función jurisdiccional se llevaba a cabo por medio de tribunales locales, integrados por jurados, sujetos elegidos de entre la comunidad, que conocían bien las circunstancias del caso concreto y aplicaban el derecho local consuetudinario.¹⁶

Ello explica la particular fascinación y al mismo tiempo la intriga y la resistencia que el instituto inspira en los juristas formados en la cultura positivista legalista, ya que tiende a una aplicación del derecho por la sociedad civil, y no por órdenes burocráticas o legislación.¹⁷

La actual formulación de los supuestos en que procede aplicar los daños punitivos en el derecho inglés, viene dada por la sentencia redactada en 1964 por Lord Devlin,¹⁸ según la cual los daños punitivos o ejemplares pueden aplicarse fundamentalmente en los siguientes casos:

1. Actuación opresiva, arbitraria o inconstitucional de los funcionarios públicos.
2. Cuando el demandado ha hecho el cálculo de que su conducta ilícita le proporcionaría un provecho que excedería la compensación a pagar a la parte perjudicada. El sentido de estas condenas es enseñar públicamente que “el delito (en este caso, civil) no paga”.
3. En los casos previstos por la ley.

La sentencia de Lord Devlin aporta la formulación específica de dos núcleos fundamentales de los daños punitivos, que representan un verdadero desafío para los juristas del derecho civil.

¹⁵ FELDTHUSEN, Bruce, “Recent developments in the Canadian law of punitive damages”, en *Rev. Can. De Droit de Commerce*, vol. 16, n. 3, mayo 1990, p. 241 y ss.

¹⁶ BODENHEIMER, Karl, *et al.*, *An introduction to the anglo-american legal system*, West Pub. Co., Minn., 1980, p. 23 y ss.

¹⁷ MOMIOKA, Hironari, “Punitive damages revisited: a statistical analysis of how federal circuit courts decide the constitutionality of such awards”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 65, no. 3, julio 2017, p. 379-410. *Academic Search Complete*, EBSCOHOST (accessed June 2, 2018).

¹⁸ Caso *Rookes vs. Barnard*, [1964] UKHL 1, [1964] AC 1129, [1964] 1 ALL ER 367., 21 de enero de 1964.

JUS CIVILE



Primero, en cuando coloca a los daños punitivos como un freno a la arbitrariedad del poder público. Esto tiene el enorme mérito de otorgar a los sujetos de derecho un instrumento para defenderse de las incursiones arbitrarias de los funcionarios públicos en la esfera de los derechos individuales. Esta es, por otra parte, la ratio de la primera sentencia fundadora de los daños punitivos, *Huckle v. Money*,¹⁹ lo que tiñe al instituto de un perfil de defensa de las libertades fundamentales. Es paradigmático el caso jurisprudencial registrado en California, denominado “Zarcone”. Un juez había ordenado a su conserje traerle una taza de café, que éste se procuró de un vendedor ambulante ubicado frente a la puerta del edificio del Tribunal. El café no fue del agrado del magistrado quien, entonces, ordenó traer esposado al vendedor, sometiéndole a una dura reprimenda. Este abuso fue condenado con daños punitivos, indicándose que los mismos “pueden ser invalorable en casos de opresión, ya se trate de opresión gubernamental o económica”.²⁰

En segundo lugar, el desarrollo de Lord Devlin coloca en la palestra otro problema, que ha estado en general ausente de los desarrollos de los civilistas, y que se refiere a la posibilidad de redistribuir no sólo los daños causados (transfiriéndolos del patrimonio de la víctima a la del ofensor) sino también las utilidades producidas por el hecho ilícito. Puede ocurrir que el hecho ilícito haya provocado no sólo un empobrecimiento de la víctima, sino un enriquecimiento del demandado.²¹ Las reglas del derecho civil clásico no dan respuesta satisfactoria a este fenómeno. Las normas de la responsabilidad civil, reducen el derecho a la indemnización al daño causado. El cuasicontrato de enriquecimiento sin causa prevé la situación en la cual “una persona ha hecho mejor su condición en daño de otra”, pero su disciplina prescribe que el derecho del dañado se extiende sólo hasta la concurrencia del empobrecimiento con el enriquecimiento, es decir, que impide que el autor del hecho deba compartir o restituir su enriquecimiento neto.

Si agregamos al cuadro de hecho la hipótesis del sujeto que calcula premeditadamente que su conducta ilícita le reportará un beneficio mayor que la eventual condena al resarcimiento, podemos ver con evidencia que el derecho civil clásico se encuentra inerme para reaccionar contra la injusticia que revela este proceder.

Los daños ejemplares en cambio, son idóneos para contrarrestar los provechos indebidos que un sujeto saca de su infracción a la ley. Este tipo de situaciones, muy vinculada con la protección de la propiedad intelectual y de los derechos de autor,²² se hace cada vez más frecuente en el marco de la contratación masiva y del derecho del consumidor. La normativa más cercana

¹⁹ JOHN, Leslie, “Punitive damages in the borderland of contract and tort”, en *California Law Review*, vol. 75, enero de 1987, No. 1, p. 2033.

²⁰ MALLOR, Jane, ROBERTS, Barry, “Punitive damages: toward a principled approach”, en *The Hastings Law Journal*, vol. 31, 1979-1980, University of California, pp. 639 y ss.

²¹ RAMÍREZ, Juan Andrés, CARNELLI, Santiago, “Responsabilidad por el hecho ilícito que enriquece al sujeto responsable”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXIII, p. 577.

²² GUTIÉRREZ CARRAU, Juan Manuel, *Manual teórico práctico de marcas*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2009, p. 200.

JUS CIVILE



propia del derecho civil es la relativa a la causa ilícita, pero carece claramente de la portada necesaria para enfrentar el tipo de situaciones descrito.

El talón de Aquiles de la doctrina de los daños punitivos es la posibilidad de enormes variaciones en su cuantificación. En el derecho estadounidense, el caso más impactante es el conocido asunto *Grimshaw c. Ford Motor Co.*,²³ en el cual en primera instancia se condenó al demandado a daños ejemplares por la suma de U\$S 125.000.000 (además de los daños compensatorios). En segunda instancia, esta condena fue reducida a US 3.500.000. A primera vista, daría la impresión de que la arbitrariedad en la determinación de los montos es tal que descalifica totalmente el instituto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el caso planteado era de características tan especiales que, sin justificarse la conducta del jurado inferior que otorgó un daño de U\$S 125.000.000, al menos puede comprenderse. La descripción concreta del caso *Grimshaw c. Ford* puede además resultar muy explicativa del concepto de daños ejemplares que estamos analizando. En efecto, la Ford Motor Co. había diseñado un modelo denominado “Pinto”, que se supone debería ser accesible a una amplia capa de consumidores, ya que el valor de la unidad era inferior a U\$S 10.000. Resultó ser que las características del tanque de nafta y del diseño de la parte posterior del auto, determinaban que en caso de choque trasero, el habitáculo del auto se incendiara. Puesto en venta el modelo, se verificaron algunos accidentes, con casos de muerte y quemaduras graves. En uno de los procesos llevados a cabo ante los tribunales de California, el actor pudo probar que los ejecutivos de la compañía con poder de decisión, habían tenido a disposición los informes técnicos que demostraban la peligrosidad del diseño del modelo en la forma especificada, no obstante lo cual, esos responsables de la gestión habían decidido continuar con el proyecto.

De ese proceso surge entonces probado un elemento de temeridad y de desprecio por la vida y la integridad física que justifica plenamente un castigo. Pero el elemento más interesante surge del hecho de que en relación con el referido proceso de toma de decisión corporativa, el actor produjo prueba en el sentido de que se habría evaluado el costo que para la compañía habría tenido cumplir con determinadas exigencias y estándares de seguridad planteados por regulaciones federales, surgiendo de un memorándum interno que se estimaba este costo en U\$S 125.000.000, lo que significaba por tanto un ahorro para la compañía, es decir, un aumento de sus utilidades en ese importe.

Dado que una de las finalidades reconocidas de los daños punitivos es la de servir de elemento preventivo, enseñando que “el crimen no paga”, y sobre la base de que la prueba de tal ahorro era válida es que el jurado en primera instancia condena al pago de U\$S 125.000.000 en daños punitivos. El fundamento conceptual es que la función preventiva se cumple si la condena convierte en inaprovechable para el infractor la conducta violatoria del derecho.

²³ 119 Cal.App.3d 757, RICHARD GRIMSHAW, a Minor, etc., Plaintiff and Appellant, v. FORD MOTOR COMPANY, Defendant and Appellant; CARMEN GRAY, a Minor, etc., *et al.*, Plaintiffs and Appellants, v. FORD MOTOR COMPANY, Defendant and Appellant.



Otro *leading case* en la materia en los Estados Unidos fue el asunto conocido como “MER /29” (caso Toole c. Richardson-Merrel). La compañía farmacéutica Richardson-Merrel puso en el mercado un medicamento denominado MER /29, que se suponía estar indicada para el tratamiento de la arterioesclerosis mediante la disminución del colesterol en la sangre. Pese a que de los análisis efectuados surgieron graves efectos secundarios, principalmente dañosos de la vista, en el proceso de autorización de la comercialización del medicamento llevada a cabo ante la FDA (*Food and Drug Administration*) el laboratorio falsificó y engañó dichos análisis y finalmente lanzó el producto al mercado, con el mayor despliegue publicitario jamás realizado por la compañía.²⁴ El resultado fue el daño a la vista de más de 5.000 personas.

El tribunal de apelaciones de California que entendió en el caso Toole castigó a la Richardson Merrell con daños punitivos por U\$S 250.000. De todos modos, se afirma que la compañía ganó U\$S 7.000.000 con el emprendimiento durante el primer año de ventas.

5. — Como señala documentadamente Aida Kemelmajer,²⁵ la aceptación de los llamados daños punitivos en un sistema jurídico de base continental no es fácil desde que, mayoritariamente, se reconoce que se trata de una “figura perteneciente al Common Law, ajena a la tradición del sistema de derecho civil escrito”. Aún con ley, muchos se muestran opositores netos a los daños punitivos; otros los aceptan con prevenciones y algunos los admiten con entusiasmo.

Para tomar una posición con fundamento, resulta útil mirar cómo el instrumento de los daños punitivos hace su irrupción en el proceso de evolución histórica de la responsabilidad civil propia del derecho continental.

Es paradigmático el pensamiento de Domat y de los redactores del Código de Napoleón, (en particular, Tarrible)²⁶ en el sentido de que los daños en principio deben permanecer donde se han producido, ya que la víctima ha sido elegida por el destino para sufrirlo. Esta sólo puede pretender su traslado a otro sujeto, es decir, que otro sujeto lo indemnice, si ese otro sujeto merece ser castigado con la imputación del daño en virtud de un acto consciente y voluntario, que lo “responsabiliza”. Punición y reparación van – en esta perspectiva – de la mano.

Sin embargo, es sabido que la responsabilidad civil ha sufrido un proceso de transformación esencial en el curso del siglo XX, desde el sistema clásico, en que el resarcimiento era sanción a un comportamiento prohibido, a un modelo que pone en el centro del instituto el hecho dañoso y la función reparatoria; pasaje en que se expresa más que un hecho cultural de refinamiento de los conceptos jurídicos, un cambio completo del modo de entender la función de la responsabi-

²⁴ MALLOR, Jane, ROBERTS, Barry, “Punitive damages: toward a principled approach”, en *The Hastings Law Journal*, vol. 31, 1979-1980, University of California, p. 653.

²⁵ KEMELMAJER, Aida, “Breves reflexiones sobre los mal llamados “daños punitivos” en la jurisprudencia argentina y el fallido intento de su incorporación en el código civil y comercial de 2014”, en www.juscivile.it

²⁶ MERLIN, Philippe, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, J. P. Roret, Paris, 1827, vol. 7, p. 794.

JUS CIVILE



lidad.²⁷ Paulatinamente vamos entonces pasando de un concepto de culpa subjetivo, a uno medido sobre parámetros de disconformidad de la conducta con cierto estándar objetivo.

El modelo basado en la responsabilidad subjetiva, que era idóneo para cumplir simultáneamente la función punitiva y la indemnizatoria, y que a su vez fue funcional al desarrollo de la economía industrial incipiente, va quedando obsoleto frente al desarrollo de la sociedad moderna. En todos los derechos, más tarde o más temprano, se va planteando fuertemente la necesidad de proteger a los damnificados por los accidentes cada vez más frecuentes provocados por las máquinas, frente a los cuales el instrumento de la responsabilidad subjetiva, que requería la prueba de la culpa en el responsable, se revelaba inapropiado, dejando a multitud de víctimas sin remedio, lo que constituía una injusticia que golpeaba la conciencia de los juristas. La responsabilidad por accidentes de trabajo y de circulación de vehículos se va desgajando y asumiendo una connotación objetiva, desvinculada de toda culpa y por tanto de todo reproche. En Francia, Saleilles, Josserand, Sainctelette, desarrollan la teoría del riesgo, y proclaman la necesidad de que se vuelque la atención a la víctima.²⁸ En Italia, Rodotà y Scognamiglio protagonizan un giro copernicano del discurso sobre la responsabilidad civil, poniendo el centro no en el castigo de la culpa del agente, sino en la reparación del daño causado por la víctima. Pasamos así de la concepción individualista a la concepción solidarista. Se llega a enunciar principios generales de responsabilidad objetiva basados en el riesgo o el provecho-beneficio. Se acepta incluso en algunos derechos la responsabilidad del sujeto incapaz.

La consecuencia más importante de este proceso, en lo que tiene que ver con nuestro estudio, es que la responsabilidad deja entonces de implicar un juicio de reprochabilidad de una conducta dolosa o culposa, para configurar una mera circunstancia objetiva en el mecanismo de imputación y transferencia de las consecuencias de un hecho dañoso de uno a otro sujeto, que podía incluso haber obrado con la diligencia de un buen padre de familia.

Va de suyo que, si bien esta inflexión significa un enorme avance en la justicia, la responsabilidad deja de cumplir aquella función normativa y punitiva que la caracterizaba precedentemente, porque no se impone más como castigo. Piénsese en el caso de la responsabilidad por el hecho del dependiente. El que hace frente a la reparación del daño resulta ser el patrón o dueño de un establecimiento comercial o industrial, que muchas veces es una gran corporación, y que a su vez está casi siempre asegurado en una poderosa compañía de seguros. Ninguno de estos responsables experimentan estar siendo castigados cuando son condenados a reparar.

Ahora bien; ¿qué ha ocurrido entonces con la función punitiva y preventiva de la responsabi-

²⁷ SALVI, Césare, *La responsabilità civile*, in Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1998, p. 11. LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, 1ª ed. Consejo Superior de la Judicatura – Módulo de Formación de Jueces y Magistrados, 2011, p. 46; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Las funciones del derecho de daños de cara al Siglo XXI*, Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI, t. IV, v. 2. Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, Bogotá, 2012, pág. 5.

²⁸ De CORES, Carlos et al., *Tratado jurisprudencial y doctrinario sobre incumplimiento de contrato*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, tomo I, p. 105.

JUS CIVILE



lidad? ¿Qué normativa presiona psicológicamente a los sujetos para comportarse como un buen padre de familia para prevenir los daños?

El derecho penal, entendiendo por tal el derecho de los castigos, es un medio de control social, que ordena el comportamiento de los sujetos mediante la dupla “represión – prevención”. Se entiende por pena la aplicación de una aflicción al sujeto que cometió un ilícito, que se justifica no por reparar el daño causado, sino para satisfacer una función de justicia y disuadir al castigado y a los terceros de reiterar ese comportamiento. El caso más claro es el de la pena de penitenciaría por homicidio: la pena de penitenciaría no puede reparar el homicidio perpetrado, porque es imposible volver a la vida al fallecido. Sin embargo, el derecho objetivo castiga al autor del hecho, en primer lugar, para evitar que lo vuelva a ejecutar, para rehabilitarlo, para disuadir a los demás de cumplir esa conducta delictiva, y así encauzar la convivencia social y hacerla posible sobre una base civilizada. Hay una idea de reparación e incluso de proporción, pero en un sentido trascendente: el castigo es proporcional a la gravedad del hecho, y en ese sentido hay un sentido retributivo. El derecho penal busca moralizar los comportamientos castigando al culpable y presionando para que los sujetos se comporten de una manera determinada.

Desde el momento en que la responsabilidad civil se recuesta hacia el resarcimiento del daño a la víctima, se prescinde cada vez más del análisis de la conducta del sujeto, si ella es o no reprochable. La responsabilidad se objetiviza; se hace asegurable, lo que permite que sea la sociedad la que en definitiva se haga cargo de los daños. Ello va provocando paulatinamente la disolución de aquella función punitivo-preventiva propia de la responsabilidad decimonónica. Si todos los daños pueden asegurarse, y no importa quién tiene la culpa, se supone que el standard de conducta va a hacerse más grosero, ya que a los sujetos no les importa conducirse sin culpa, puesto que, de todos modos, actúen con diligencia o con culpa, tienen que responder objetivamente, y además, de la reparación se hace cargo el seguro.

Esto es signo de un avance muy importante en la civilización, porque responde al influjo de la solidaridad humana, valor ciertamente positivo. Pero al mismo tiempo presenta una desventaja, porque tiende a reducir el nivel de diligencia y ello aumenta los daños, con las consecuencias negativas que ello trae para toda la sociedad.

Se hace necesario encontrar elementos que motiven a los sujetos a conducirse con cuidado para no dañar a otros. De lo contrario, invocando el verso de Enrique Santos Discépolo, “todo es igual, nada es mejor”; da lo mismo comportarse en forma diligente que en forma descuidada, y ello no es signo de progreso, sino de decadencia de la sociedad.

Ya en su clásica tesis publicada en 1947,²⁹ Boris Starck consideraba la doble función de la responsabilidad civil como garantía y como pena privada. En su más reciente obra sobre Obligaciones,³⁰ Starck sostiene que la culpa no es condición necesaria de la responsabilidad, ya que

²⁹ STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Editorial L. Rodstein, Paris, 1947.

³⁰ STARCK, Boris, *Droit Civil. Obligations*, Ed. Librairies Techniques, Paris, 1972.

JUS CIVILE



ésta adviene incluso en ausencia de aquella. Sin embargo, sostiene que la existencia de una culpa no puede ser indiferente para el Derecho. En el área del derecho civil, Starck identifica manifestaciones de esta función represiva: la tendencia de los jueces a aumentar las indemnizaciones en casos de faltas graves, siempre que el monto del perjuicio no puede ser exactamente determinado; la reducción de la indemnización en el caso de culpa de la víctima, que en el derecho francés tiene un sentido más marcadamente punitivo que en el uruguayo, ya que no existe – como entre nosotros – un principio legal por el cual se establezca la responsabilidad proporcional entre todos los coautores de un mismo hecho dañoso (incluida la víctima) en función de la idoneidad causal de cada culpa en la producción del resultado; el rechazo de cláusulas de no responsabilidad o el aumento de las primas de los seguros en casos de culpa grave, etc. Concluye Starck que, si la garantía es una de las funciones esenciales de la responsabilidad, la prevención y la sanción de culpas caracterizadas son igualmente necesarias, y abren camino a la función represiva de la responsabilidad.³¹

Más recientemente, Suzanne Carval³² hace una completa reseña de la incidencia de la función que puede cumplir la responsabilidad civil como pena privada. Luego de efectuar un prolijo análisis de los casos en que – a juicio de la autora – la responsabilidad civil cumple una función punitiva en el ordenamiento jurídico, traza dos amplios campos en los que ella se revela como una herramienta indispensable: la protección de la personalidad humana, y la moralización del orden económico.

Es posible señalar que en el esquema de un derecho individualista el incumplimiento contractual es moralmente neutro (*efficient breach of contract*). Sin embargo, el propio derecho del *common law* acepta excepciones, y ha ido elaborando, entre ellas, la situación en la cual el demandado es un proveedor de bienes o servicios consumidos por el público (antiguamente, los fonderos, posaderos, herreros y conductores de carruajes).³³ Se trata de un desarrollo que ha desembocado en el derecho del consumidor: protección del libre consentimiento, buena fe, protección del contratante en situación de inferioridad.

Por otra parte, Carval señala otra gran área en la que se revela la utilidad de los daños punitivos, referida a la protección del mercado y la represión de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas, así como en el área del derecho de autor, donde tan difícil es la liquidación del daño.

Entendemos que es evidente que las profundas transformaciones de la época postmoderna (globalización, consumismo, problemas del medio ambiente) convierten a este tipo de condena en un instrumento muy apto para la defensa de intereses emergentes básicos. Se trata de un modelo a ser seriamente considerado por el legislador, y aplicado en un vasto ámbito del derecho

³¹ STARCK, Boris, *Droit Civil, Obligations*, Ed. Libraires Techniques, Paris, 1972, p. 41.

³² CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Paris, 1996.

³³ JOHN, Leslie, “Punitive damages in the borderland of contract and tort”, en *California Law Rev.*, vol 75, jan. 1987, No. 1, p. 2033, nota 1.

JUS CIVILE



civil, si es que éste aspira a continuar cumpliendo su función natural, que no es otra que – como ya expresó Domat hace más de 300 años – regular las relaciones humanas en vista de la satisfacción de las necesidades.

El hecho mismo de que el daño es colocado en la actualidad como el verdadero centro de la doctrina de la responsabilidad civil aumenta la trascendencia de su conceptualización. En efecto, es presupuesto de la responsabilidad la existencia de un daño resarcible. Pero el concepto de daño resarcible ha ido en progresiva ampliación.

La noción de daño patrimonial se funda en el concepto de equivalencia económica del dinero propio del mercado, que asigna a los bienes un valor de cambio expresable monetariamente. La lesión de un bien es entonces daño si determina una disminución de aquel valor de cambio, que determina el cálculo de la cantidad correspondiente al resarcimiento. Pero la definición del daño como lesión de un derecho o interés protegido expresa la necesidad de ampliar el ámbito operativo de la tutela más allá de las hipótesis de daño económicamente relevante. Hoy día el mercado está fuertemente incidido por regulaciones. Se aprecian los valores personalistas, que generan una necesidad de tutela y garantía frente a hechos lesivos no reducibles a la lógica económica.

Ante esa realidad, queda en evidencia la inidoneidad del modelo monetario para expresar la entidad del daño resarcible. En este mundo nuevo, globalizado, aparecen en forma impactante nuevos comportamientos lesivos de características muy específicas. Se trata de operaciones masivas en el mercado, que provocan pequeños daños individuales pero grandes daños colectivos. Cada sujeto individual, por tanto, no está proclive a reclamar por la lesión de su derecho porque los costos del juicio lo disuadirán de tal conducta. Esta circunstancia es aprovechada por empresarios inescrupulosos.

Lo mismo ocurre con el daño al medio ambiente. No se daña a nadie en particular. Uno o varios empresarios lucran con ello, especulando con que nadie en forma particular va a iniciar una acción, y aun cuando lo haga, el riesgo es que sea condenado a reparar los daños, que, en el caso individual, son pequeños.

6. — No obstante, pese a la indudable funcionalidad del instituto de los daños punitivos en la sociedad postmoderna, el mismo encuentra en los países de derecho civil radicales y viscerales resistencias. En efecto, el instituto de los daños punitivos no es aceptado, como tal, en casi ninguno de los países del derecho civil, estando restringida su aplicación al área del *common law*.

Es significativa la cita de Busnelli, quien ya en la década de los años 30 sostenía la importancia de una rigurosa repartición de roles entre la responsabilidad civil y otros institutos de protección o tutela de intereses lesionados; subrayando en particular, la oportunidad de ordenar los diversos casos de sanciones civiles pecuniarias o penas privadas reconocidas en la legislación, categoría que según Busnelli podía tener una utilidad perdurable a condición de que se la distinguiese, ya sea desde el punto de vista estructural como funcional, de la tutela aquiliana derivada de la regla general de la responsabilidad civil.

Llevando la cuestión al extremo, toda connotación punitiva de la responsabilidad civil es

JUS CIVILE



considerada como una lesión al principio de laicidad republicana y de sumisión del juez al principio de legalidad. Alguna doctrina ha hablado de “secularización” de la responsabilidad civil, aludiendo a su exclusiva función reparatoria.³⁴

Señala Baudouin que la concepción del daño punitivo es extraña al derecho civil clásico, para el cual, en principio, la responsabilidad civil tiene únicamente una función reparatoria y que deja a la responsabilidad penal el cuidado de castigar una conducta juzgada reprobable.³⁵

Es explicable para esta mentalidad civilista, que en el anteproyecto de Código Civil de Québec,³⁶ al incorporar, como instituto de portada general, a los daños ejemplares, se hubiera establecido en su art. 1680, que el Tribunal quedara facultado para designar como beneficiario de los daños ejemplares, a un organismo público o asociación que “estuviera directamente interesada en la prevención del género de hecho perjudicial reprochado al deudor”. La solución proyectada para el Código Civil de Québec finalmente encontró demasiadas resistencias como para ser finalmente incorporada en el texto definitivo, pero es – para nosotros – de suma trascendencia. Implica un verdadero modelo alternativo de la responsabilidad civil, en el que no sólo juega el interés individual, sino que se reconoce un rol importante al interés colectivo, agrupado y organizado para su defensa en una sociedad democrática y pluralista.

El art. 1621 del code civil del Québec no establece los daños punitivos con carácter general, sino que será la ley que los impondrá caso por caso, disponiendo solamente una regla general:

“Lorsque la loi prévoit l’attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s’apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l’étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.”

7. — En el derecho argentino, la forma como la cuestión de los daños punitivos estaba planteada no difería en gran medida respecto de los parámetros culturales propios de la generalidad de los países de derecho civil.³⁷ Sin embargo, ya en ocasión de la sanción de la ley de protección de los consumidores, se había incorporado una previsión al respecto.³⁸ El proyecto de Có-

³⁴ La imagen de la secularización de la responsabilidad civil se encuentra CASTRONOVO, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, 3a ed., Giuffrè, Milano, 2006, 283 y 325.

³⁵ BAUDOUIN, J.L., *La responsabilité civile délictuelle*, Les éditions Yvon Blais Inc., Québec, 1990, p. 113.

³⁶ Para un análisis de la disciplina de los daños punitivos en Canadá, v. DE CORES, Carlos, Los daños ejemplares. Un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, No. 1, Montevideo, 2000, p. 223 y ss.

³⁷ CAUMONT, Arturo, LARRAÑAGA, Luis, SAUX, Edgardo, Los daños punitivos en el sistema civil argentino”, en *Anuario de derecho civil uruguayo*, tomo XXIX, FCU, Montevideo, 1999, p. 413.

³⁸ El art. 52 bis de la ley 24240 relativa a las relaciones de consumo en la redacción dada por la ley 26.361 de 7 de abril de 2008, reza así: “Artículo 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o con-

JUS CIVILE



digo Civil y Comercial de la Nación Argentina elaborado bajo la dirección de Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci contenía un título V relativo a “otras fuentes de las obligaciones”, cuyo capítulo I alude a la responsabilidad civil. Su primer artículo, en el ámbito de las disposiciones generales, bajo el *nomen iuris* “funciones de la reparación”, establecía expresamente que las mismas son aplicables “a la prevención del daño y a su reparación”.

La descripción del supuesto referido a la función preventiva se encontraba en el artículo 1710, donde resulta que toda persona tiene el deber de prevenir el daño, situación pasiva que comprende las siguientes conductas:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.

El art. 1711 menciona a la acción preventiva, que procede toda vez que “una omisión antijurídica haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”. Aquí aparece la idea de la “prevención del daño” que desarrollaba Adela Seguí, coherentes con el principio precautorio y con el de la coordinación de dos derechos: el principio de libertad que puede invocar el demandado, y el principio de prevención de los daños que sostendrá el actor.

Todas estas disposiciones contenidas en el Anteproyecto fueron reproducidas casi sin modificaciones en el texto definitivo sancionado por el Congreso.

Es en relación con los artículos 1714 y 1715 que el Anteproyecto resultó modificado por el código finalmente aprobado, y ello dice relación precisamente con los daños punitivos.

Los art. 1714 y 1715 del Anteproyecto rezaban así:

ARTÍCULO 1714.– Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

tractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

JUS CIVILE



ARTÍCULO 1715.– Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Esta redacción fue sustituida por el texto de los art. 1714 y 1715, que aluden solamente a la punición excesiva:

ARTICULO 1714.– Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

ARTICULO 1715.– Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

De este modo, el legislador argentino, pagando tributo al consabido prejuicio civilista, renunció a consagrar a nivel del sistema general del derecho privado, el instrumento de los daños punitivos, quedando la misma reducida a la previsión del art. 52 bis de la ley 24240 relativa a las relaciones de consumo en la redacción dada por la ley 26.361 de 7 de abril de 2008.

ARTICULO 52 bis: – [Daño Punitivo].

Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

En nuestra opinión, el código argentino perdió una excelente oportunidad de consolidar un instrumento de función preventiva de los daños por medio de la condena punitiva como remedio general del derecho civil, quedando a medio camino, ya que una vez anunciado el principio de que la responsabilidad civil no se reduce a la sola función indemnizatoria, no concretó la consagración con carácter general de un instituto que posee importante aptitud para mejorar el sistema tradicional de la responsabilidad civil continental.

8. — Esta actitud del legislador argentino, aunque no es compartible, es comprensible. Como señalamos, la tradición civilística ha sido siempre radical en rechazar el instituto de los daños punitivos, resistiéndose a admitir confusión alguna entre el estatuto resarcitorio y el punitivo-disuasivo, disminuyendo así – quíerose o no acéptalo – la función preventiva de la responsabilidad civil.

Sin embargo, una reciente jurisprudencia de la corte de casación italiana hace aparecer en el panorama comparado una flexibilización a esta tradicional postura de rechazo propia del derecho continental. Considerando el rol de vanguardia que le es sin duda reconocido al derecho ci-

JUS CIVILE



vil italiano, es de interés considerar en detalle esta evolución. Ella se percibe si se toma en cuenta la mutación operada en el pensamiento de los supremos magistrados italianos en los últimos diez años, que se manifiestan en las sentencias que han resuelto casos de *exequatur* de sentencias extranjeras ejecutoriadas provenientes de países del *common law*.

El caso a referir es AXO Sport SpA c. Nosa Inc., en el cual estaba en juego la homologación para su ejecución en el territorio italiano, de una sentencia de condena en daños punitivos pronunciada en los Estados Unidos.³⁹ Y el cambio de actitud se hace evidente en la evolución del criterio para resolver el problema de si la condena en daños punitivos puede considerarse o no contraria al orden público italiano.⁴⁰

En esa saga, la primera sentencia a considerar, representativa de la posición tradicional, es la Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183. La Sección Tercera había reafirmado en esa oportunidad que la idea de la punición y de la sanción es extraña a la disciplina positiva de la responsabilidad civil, así como le es indiferente la conducta del sujeto que causa el daño: la competencia que se asigna al resarcimiento del daño es la restauración de la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido la lesión, mediante el pago de una suma de dinero que tienda a eliminar las consecuencias del perjuicio producido. Señala Carlotta Demenech en la tesis de doctorado recién citada, que este pasaje es reproducción exacta de la formulación de Salvatore Patti para la voz “pena privada”.⁴¹ Siendo por consecuencia los daños punitivos contrarios a la esencia de la responsabilidad civil, se entendía que una cuestión de orden público obstaba a su ejecución en Italia.

En una segunda sentencia de la Sección Primera, del 8 de febrero de 2012, n. 1781, se mantuvo el criterio indicado, pero evidenciándose una mayor apertura del ordenamiento italiano a valores jurídicos de otras naciones, por cuanto se admitió que el ingreso de productos judiciales extranjeros sólo puede ser obstaculizado por una argumentación adecuada.

El tercer pronunciamiento de la corte de Casación que interesa considerar es de mayo de 2016 (caso AXO Sport SpA vs. NOSA Inc.).⁴² En el mismo, la Primera Sección considera que la cuestión de la o las funciones de la responsabilidad civil es de máxima importancia y amerita un pronunciamiento de las Secciones Unidas, el cual ocurrió finalmente en la sentencia No. 16601 de 5 de julio de 2017.⁴³

³⁹ Es a todas luces obvio que el campo en el cual ha de manifestarse en forma aguda la resistencia del derecho civil a la aplicación de daños punitivos es el de la homologación de sentencias extranjeras que contienen condenas en ese tipo de daños. La misma problemática ha sido informada en relación con las dificultades del ordenamiento jurídico japonés. V. BRASLOW, Norman T., “The Recognition and Enforcement of Common Law Punitive Damages in a Civil Law System: Some Reflections on the Japanese Experience”, 16 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n. 285, 1999, p. 288-299.

⁴⁰ Para un planteamiento actual de la cuestión, v. La questione dei «danni punitivi». uno studio sulla dimensione sanzionatoria del diritto privato. Tesi di dottorato di Carlotta De Menech tutor: Chiar.mo Prof. Carlo Granelli, Università degli Studi di Pavia, dottorato di ricerca in diritto privato, diritto romano e cultura giuridica europea, XXIX ciclo.

⁴¹ PATTI, Salvatore, voce *Pena privata*, in *Dig. it.*, XIII, Torino, 2004, 353.

⁴² Se trata de Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, en *Corr. giur.*, 2016, 912, con nota de C. Scognamiglio; y en *Danno e resp.*, 2016, 827, con nota de P. G. Monateri y G. Ponzanelli.

⁴³ Puede verse un comentario en VENCHIARUTTI, Angelo. “The Recognition of Punitive Damages in Italy: A

JUS CIVILE



La sentencia de la Primera Sección plantea pues el problema en términos de determinar la función de la responsabilidad civil, y las Secciones Unidas admiten el método. En el numeral 5.1, las Secciones Unidas aluden a que, en el 2007, la casación había afirmado que la idea de punición o sanción, así como la conducta del ofensor, eran extrañas e indiferentes al resarcimiento del daño, afirmando que su exclusiva función era la de “restaurar la esfera patrimonial” del sujeto lesionado. Sin embargo, las Secciones Unidas recuerdan asimismo un pronunciamiento del año 2015 (SU 9100/2015, en el tema de la responsabilidad de los administradores) que afirmó que la función sancionatoria no es más “incompatible con los principios generales de nuestro ordenamiento, como se entendía anteriormente, ya que en las últimas décadas se han introducido, aquí y allá, disposiciones tendientes a dar una connotación sancionatoria, en sentido amplio, al resarcimiento”.

Las Secciones Unidas, por tanto, cuestionan la concepción *monofuncional* de la responsabilidad civil, sosteniendo la tesis de la pluralidad funcional.

Aludiendo a la trayectoria recorrida por el instituto de la responsabilidad civil en estos últimos años, afirma la Corte que en una síntesis extrema, puede decirse que junto con la función preponderante y primaria de la compensación reparatoria (que siempre se acerca a la prevención) ha aparecido una naturaleza *polifuncional*,⁴⁴ que se proyecta hacia varias áreas, entre las cuales son principales la preventiva (o deterrente o disuasiva) y la sancionatoria-punitiva. La sentencia enumera una larga lista de hipótesis de sanciones legales que según las Secciones Unidas son un signo de la multiplicidad de funciones que distinguen la actualidad del problemático instituto.

Este carácter polifuncional se nutre fundamentalmente de la exigencia de la efectividad de la tutela, que en muchos casos quedaría sacrificada en la estrechez monofuncional.

Ello no significa – indica la Corte – que el instituto aquiliano haya mudado su esencia y que este desvío preventivo-sancionatorio permita a los jueces italianos imprimir en forma subjetiva una acentuación de los resarcimientos liquidados, ya sea en materia contractual o extracontractual. Toda imposición de una prestación personal exige una “intermediación legislativa”, a instancia del principio del art. 23 de la Constitución, que pone una reserva de ley en cuanto a nuevas prestaciones patrimoniales y precluye un incontrolado subjetivismo judicial.

Lo mismo es exigible para el exequatur de condenas extranjeras, respecto de las cuales se re-

commentary on *Cass Sez Un 5 July 2017, 16601, AXO Sport, SpA v NOSA Inc*.” *Journal Of European Tort Law* 9, no. 1 (April 2018): 104-122. *Academic Search Complete*, EBSCOHOST (accessed May 31, 2018).

⁴⁴ La Corte alude a los análisis de la doctrina, indicando que un autor ha puesto de relieve más de diez funciones. En ese sentido, puede verse ALPA, Guido, *Responsabilità civile*, pág. 6. t. I, Giuffrè, Milano, 1979, que incluye como funciones de la responsabilidad civil: a) la de publicidad negativa de los actos

irregulares conocidos por la gestión judicial; b) la distribución eficiente y justa de las pérdidas causadas por el perjuicio; c) la reducción de los costos de transacción y de los costos judiciales; d) la asignación de una distribución correcta de estos costos sobre las empresas para que este tipo de pérdida lleve a presionar para reducir daños; e) la satisfacción de las necesidades de seguridad de las personas; f) el ejercicio de un control sobre actividades humanas; g) la reafirmación del poder sancionatorio del Estado; h) el aseguramiento al sistema capitalista el máximo de beneficios, incitando a evitar el costo de daños resarcibles; y finalmente i) el desincentivo de actos perjudiciales a terceros.

JUS CIVILE



quiere un anclaje normativo para la condena; o sea que el principio de legalidad postula que toda sentencia extranjera a “resarcimientos punitivos” debe provenir de una fuente normativa reconocible, es decir, que el juez haya pronunciado su condena sobre bases normativas adecuadas, que respondan al principio de tipicidad y previsibilidad. Se requiere por tanto una ley o una fuente de categoría similar, que haya regulado la materia según principios y soluciones con efectos que no resulten contrastantes con el ordenamiento italiano. Lo que significa que deberá existir una definición precisa del perímetro del supuesto (tipicidad) y puntualización de los límites cuantitativos de las condenas (previsibilidad).

Señala Ponzanelli que la sentencia no puede entenderse como un reconocimiento general a la figura del resarcimiento punitivo en manos de magistrado.⁴⁵ Sin embargo, queda abierto el reconocimiento a la singularidad de cada ordenamiento, según la atención que se preste a la figura del autor del ilícito o a la del damnificado, en cuanto a la declinación de los resarcimientos punitivos y su anclaje a perfiles más bien sancionatorios o más estrictamente compensatorios, que responderá verosímilmente al carácter culposo o doloso del ilícito, lo que conecta el tema con el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas.

Ello que implica que los jueces de mérito deberán controlar la proporcionalidad entre el resarcimiento reparatorio-compensativo y resarcimiento punitivo, y entre este último y la conducta censurada, ya que la proporcionalidad del resarcimiento, cualquiera sea su articulación, es sí uno de los elementos cardinales de la responsabilidad civil.⁴⁶

La apertura a la multifuncionalidad es consagrada en el numeral 8 de la sentencia dictada por las Secciones Unidas: en el ordenamiento vigente, no se asigna a la responsabilidad civil la competencia exclusiva de restaurar la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido una lesión, ya que también son propias del sistema la función de prevención (*deterrenza*) y la sancionatoria del responsable civil.

No puede, por tanto, considerarse ontológicamente incompatible con el ordenamiento italiano el instituto de origen estadounidense de los daños punitivos. Sin embargo, el reconocimiento de una sentencia extranjera que contenga un pronunciamiento de tal género, debe no obstante corresponder a la condición establecida en el ordenamiento extranjero, sobre bases normativas que garanticen la tipicidad de las hipótesis de condena, la previsibilidad de la misma y los límites cuantitativos.

⁴⁵ PONZANELLI, Giulio, “Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?”, en www.juscivile.it. En el mismo sentido CORSI, Giorgia, “Danni punitivi: ancora attese le sezioni unite”; DE NOVA, Giorgio, “Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages”; DEMENECH, Carlotta, “Verso il riconoscimento dei danni punitivi?”, loc. cit.

⁴⁶ Es de señalar que esta cuestión de la proporcionalidad no es ajena a la discusión del asunto en los Estados Unidos, donde la Suprema Corte ha planteado en repetidas ocasiones que una condena en daños punitivos que sea “grossly excessive” o “skyrocketing” puede implicar una violación de las reglas constitucionales del debido proceso. V. MOMIOKA, Hironari, “Punitive damages revisited: a statistical analysis of how federal circuit courts decide the constitutionality of such awards”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 65, no. 3, July 2017, p. 379-410. *Academic Search Complete*, EBSCOHOST (accessed June 2, 2018).

JUS CIVILE



9. — Debe aceptarse como una verdad que en la visión del derecho propia de los sistemas continentales, no se admite cómodamente el empleo de la responsabilidad civil en función punitiva.⁴⁷ Señala Gamarra⁴⁸ que podría reprocharse a una política legislativa de estímulo de las penas privadas, el pretender retornar a épocas rudimentarias, resurgiendo institutos ya caducos. Sin embargo, citando a Hugueney concluye que las penas privadas en el presente no sólo “gozan de buena salud”, sino que constituyen un instrumento útil para el cumplimiento de una función intimidatoria tendiente a impedir la violación de la regla de conducta defensora de “valores muy delicados”. Es aquí — enseña Gamarra — donde se encuentra la gran utilidad de la pena privada. Sin llegar al pesado extremo de tipificar delictivamente la violación de algunos deberes, permite sustituir la pena pública por la pena privada, cuando se trata de “pequeños delitos”, tutelando mejor algunos derechos y situaciones (que merecen atención especial).

Lo que dice Gamarra es muy sabio, porque todos tenemos experiencia de que la gestión de la criminalidad no es precisamente el caso en que el Estado demuestra mayor eficiencia. La concesión a los jueces civiles de la potestad de condenar en daños punitivos, por medio de normas legales que precisaran sus límites y condiciones en base al respeto de los principios constitucionales, contribuiría a involucrar al poder judicial en la policía de los comportamientos ciudadanos.

Constituyen, al decir de Clarence Morris, “*a serviceable tool for the protection of the general security*”.⁴⁹ Y en fecha más reciente, concluye Momioka⁵⁰ — desde una visión externa al mundo anglosajón, pues lo hace desde la perspectiva de un observador japonés — que el sistema de los daños punitivos ha servido en forma permanente al propósito de la justicia social, permitiendo a las víctimas de las grandes compañías lograr el reconocimiento de sus derechos por medio de la justicia civil.

La particular utilidad de las penas privadas y de los daños punitivos para proteger derechos fundamentales de rango constitucional, y para proteger los derechos de los más débiles, haciendo efectivo el principio de igualdad, hace que debiéramos considerarlo como tema relevante y punto de discusión en la agenda de las reformas posibles del derecho civil actual. Es posible que su uso pueda ser considerado insoslayable en la sociedad postmoderna.

Naturalmente, no es sostenible que esta herramienta sea empleada *motu proprio* por el Juez, sin previsión legislativa ni control institucional. Pero compete a los juristas promover un debate sin prejuicios, porque en aras de un progreso del derecho, y en particular, como forma de hacer efectiva la función preventiva, no constituye una actitud racional seguir rechazando — en base a

⁴⁷ GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XXV, FCU, Montevideo, 1994, p. 391.

⁴⁸ GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XVIII, FCU, Montevideo, 2006, p. 191.

⁴⁹ MORRIS, Clarence, “Punitive damages in tort cases”, en *Harvard Law Review*, vol. XLIV, Cambridge, Mass., 1931, p. 1187.

⁵⁰ MOMIOKA, Hironari, “Punitive damages revisited: a statistical analysis of how federal circuit courts decide the constitutionality of such awards”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 65, no. 3, July 2017, p. 379-410. *Academic Search Complete*, EBSCOHOST (accessed June 2, 2018).

JUS CIVILE



prejuicios conceptuales que se encuentran desmentidos por la experiencia jurídica contemporánea – el uso del instituto de los daños punitivos, que en los ámbitos en los que se aplica, ha contribuido probada y significativamente a superar la valencia exclusivamente reparadora de la responsabilidad civil, y a alcanzar en forma efectiva su función preventiva.

The regard of prevention as a function of civil liability law is becoming increasingly as a part of common speech. On that basis, the aim of the present study is to focus the institution of punitive or exemplary damages, widely admitted in the common law systems, but strongly resisted in civil law countries. A recent judgement by the Italian Corte di Cassazione allows a new perspective in the consideration of this legal device. The hypothesis is that receiving punitive damages in civil law systems could improve significantly the role assigned to prevention as a function of civil liability, promoting its efficiency. Anyhow, the pertinence of the debate is undoubtful.