

MESA REDONDA N° 11

**TEMA: DERECHO PRIVADO COM-
PARADO: LAS PENAS PRIVADAS**

**RELADORES: ALTERINI, ATILIO A.;
AMEAL, OSCAR J. Y PIZARRO,
RAMÓN D.**

FECHA: 20 DE OCTUBRE DE 1998

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Vamos a dar comienzo a la última de las mesas redondas programadas por el Departamento de Derecho Privado de esta Facultad para contribuir académicamente con las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tendrán lugar en la ciudad de Santa Fe en septiembre de 1999, organizadas por la Universidad Nacional del Litoral.

Para mí es muy agradable presentar en esta última mesa redonda –destinada a la Comisión de Derecho Privado Comparado, que va a tener como tema central el de las penas privadas– a dos profesores de la casa con los cuales estoy entrañablemente vinculado: los doctores Atilio Aníbal Alterini y Oscar José Ameal y, además, a otro profesor no menos querido: Ramón Daniel Pizarro, de la Universidad Nacional de Córdoba. De manera que esta mesa redonda tendrá un valor agregado, que es precisamente la visita de este profesor titular regular de la Universidad de Córdoba, el doctor Pizarro, que ha escrito magistralmente sobre el tema a analizar y será quien cierre la nómina de expositores.

Como los participantes son sobradamente conocidos, tanto en esta casa como en el orden nacional e internacional, me excuso de hacer una presentación formal por considerarla ociosa.

Queda en uso de la palabra el profesor Atilio Aníbal Alterini.

Dr. Alterini

La designación “pena privada” aparece en un libro de la profesora francesa Carval, y es tomada por quien, a mi juicio, es la más grande especialista en responsabilidad civil europea, Geneviève Viney. En Italia ha dado lugar a un libro dirigido por los profesores Busnelli y Scarfa, con lo cual esa expresión ha empezado a tomar cuño.

Una primera aproximación consistiría en afirmar, por oposición, que pena

privada es la que no es pública; otra aproximación sería la de predicar que pena privada es la que deriva de la autonomía de la voluntad, es decir, la que pactan las partes. Creo que su incumbencia es más amplia. Hablamos de pena privada, o de pena civil, por oposición a la pena pública o pena penal, que es aquella en la cual el Estado ejerce sus poderes de persecución de ciertos actos antijurídicos a los que llamamos delitos.

Con ese criterio amplio propongo reflexionar sobre algunas circunstancias que inducen a la existencia de penas civiles en el sistema.

Una de ellas es la cláusula penal; cuando el Código Civil dispone que el acreedor tiene derecho a percibir el importe de la pena independientemente de la prueba del perjuicio y, aunque no lo haya, fija un resarcimiento tarifado, pero resarcimiento al fin, en los casos en que no hay daño que indemnizar o en que el resarcimiento resulta ser superior al daño.

En otro sentido, cuando las *astreintes* tienen un destino distinto de la satisfacción del acreedor, el deudor está precisado a indemnizar, a compensar el perjuicio y, además, a pagar el monto de tales *astreintes*, con lo cual también hay una excedencia respecto de la cuantía real del daño.

El tercer caso, que está también contemplado en el Código Civil, es el de los intereses sancionatorios. Tras la reforma de 1968 establece que los jueces tienen atribuciones para aplicar una sobretasa de intereses frente a la conducta procesal maliciosa.

Esta idea de la pena civil quizá se enanque con la de un cierto retorno a algunos aspectos de autotutela privada. Ustedes recuerdan que en los tiempos más remotos el sistema jurídico funcionaba con esa autotutela privada; cada quien que era agredido en sus derechos ejercitaba una acción –muchas veces de hecho– para sancionar al causante del daño. A veces, en tiempos muy remotos de la prehistoria jurídica, el reclamo de reparación se hacía, no cara a cara con el causante, sino con su grupo de pertenencia, su familia, su tribu. Un día el Estado asumió la tutela jurisdiccional y tomó el monopolio de la jurisdicción, pero en los tiempos que corren hay algunas manifestaciones de abandono parcial de este monopolio. Una de ellas, muy clara, es el auge del arbitraje, institución mediante la cual las partes eligen sus jueces y determinan el procedimiento para dirimir su contienda como mecanismo alternativo del proceso jurisdiccional. Y otro es éste, el de las penas civiles, por lo menos en un aspecto, el de las penas civiles que son consecuencia de un pacto entre las partes o de una disposición de la ley, pero que no conciernen a la indemnización.

Los tres casos mencionados –cláusula penal, *astreintes* e intereses sancionatorios– son ejemplos de autotutela privada, en especial en sistemas como el alemán, que dispone que el monto de las *astreintes* corresponde al Estado; o el de Portugal, que hace una división de su monto por mitades entre el acreedor y el Estado.

¿Para qué todo esto? Esto se conecta de alguna manera con el derecho a la adecuada tutela jurisdiccional, que es uno de los derechos básicos, aunque no se lo enuncie en los cuerpos constitucionales. En Argentina, es una derivación de la garantía de la defensa en juicio y, en todo caso, una de las garantías im-

plícitas en la Constitución Nacional. Es el derecho a obtener que un tribunal ampare la pretensión o interés de la persona.

Ello nos lleva a lo que a mi juicio es uno de los ejes del moderno discurso del Derecho de Daños. De la vieja solución *ex post*, que esperaba la producción del daño y lo resarcía de algún modo –pretendiendo la equivalencia, pero en general sin conseguirla–, hemos pasado a predicar una solución *ex ante*. No es éste el ámbito, ni tenemos el tiempo necesario, para hacer las largas justificaciones desde el punto de vista de la eficiencia, de la ética y de la solidaridad, que explican el auge de la prevención del daño. En la familia civilística estamos de acuerdo en que el tema de la prevención es propio del Derecho Civil, salvo alguna opinión disidente de un especialista de un área que no es la del Derecho Patrimonial, para quien –con error– se trataría de una dependencia del Derecho Administrativo.

El gran cordobés Enoch Aguiar señaló que la omisión del criterio de prevención del daño significa tanto como crear el *derecho* de causar daños. La prevención es la antítesis del derecho de causar daños, y a nadie escapa que la convivencia social exige que sean evitados, cuando menos, los injustos.

Algunas manifestaciones muy notables se han dado en fallos como aquel de la Cámara Federal de La Plata (*La Ley* 1989-C). Se había producido un daño a la persona en función de una excavación en la vía pública y el tribunal de Cámara no sólo condenó a resarcir a la víctima, sino que también dispuso que se procurara un mecanismo de protección para evitar que hubiera nuevos daños a causa de esa excavación.

El mecanismo de las penas civiles es también adecuado para el desiderátum de la prevención. La ley francesa de 1991, con criterio absolutamente compartible, permite que la *astreinte* sea aplicada de oficio; no a pedido de parte, como en el derecho tradicional y en el argentino, sino como emanación de la potestad jurisdiccional.

Aparece asimismo un desarrollo incipiente pero amplio de la idea –que viene sobre todo de Italia y de Brasil– de la tutela inhibitoria, arbitrio tendiente a prevenir la realización de un ilícito o la reiteración de uno ya producido, aunque todavía no haya daño. Es el opuesto contradictorio de la conducta antijurídica en sí misma.

Esta tutela inhibitoria no es igual a la tutela cautelar prevista en las leyes de procedimientos, porque la tutela cautelar es accesoria de una acción principal y tiende a asegurar la ejecución de la sentencia que vaya a ser dictada, en tanto que la tutela inhibitoria, por exigencia conceptual, tiene autonomía: puede ir al lado del proceso principal –tutela inhibitoria cautelar– o como pretensión única –tutela inhibitoria principal–.

Los autores reconocen dos facetas en la tutela inhibitoria: una, positiva o mandatoria, cuando se impone un hacer; otra, negativa o prohibitiva, cuando se impone una abstención o un no hacer. Por ejemplo, cuando el juez ordena el cierre de una fábrica que causa polución ambiental hasta tanto se coloque un filtro para evitarla, aplica las dos tutelas: la tutela inhibitoria negativa –cie-

rrer de la fábrica— y la tutela inhibitoria positiva —orden de colocación del filtro antes de que la fábrica vuelva a ser puesta en funcionamiento—.

¿Cómo funciona esta tutela inhibitoria? Probablemente, se trata en esencia de lograr la justa medida del equilibrio de intereses contrapuestos entre quien está en situación antijurídica y quien pretende evitarla, para lograr la equidad como justicia del medio.

Otra manifestación sobre la cual es experto el profesor Ramón Daniel Pizarro, ilustre colega cordobés que nos acompaña, es la de los daños punitivos. Algunos han observado con razón que éstos no serían daños, porque el daño o su indemnización deben corresponder al monto del perjuicio, con lo cual habría una contradicción terminológica. Eso no me preocupa mayormente; llámenlo como quieran, indemnización punitiva, multa civil, o lo que sea. Me importa señalar que, conforme a la regulación que resulta del *Restatement of Torts 2nd* (recopilación del derecho norteamericano), tomando raíces del derecho inglés y con apoyo en la doctrina continental europea, cumple una función de prevención general y otra de prevención especial. Prevención especial en la medida en que quien está sujeto a una indemnización punitiva seguramente no volverá a incurrir en la misma conducta, para no estar precisado a pagar una nueva indemnización. En tanto que los demás integrantes de la comunidad, cuando ven que el sistema funciona efectivamente y que los transgresores son condenados a indemnizaciones punitivas, seguramente van a evitar incurrir en el desajuste de conducta que las hace aplicables (prevención especial).

Todo esto de las penas privadas o civiles, de las penas o multas no penales, vuelve a hacer eje en el tema del juez. Una de las características centrales del derecho de este siglo es la expansión de los poderes de los jueces. Desde fines del siglo pasado, a partir de “*Marbury vs. Madison*” en la jurisprudencia norteamericana, los jueces se atribuyeron la facultad de invalidar las normas contrarias a la Constitución. La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad surge, pues, de ese pequeño caso, que tuvo una influencia importantísima en el desarrollo ulterior de la teoría de la función judicial.

La Comunidad Europea —hoy Unión Europea— tiene como uno de sus mandatos fundantes la supranacionalidad, es decir, la existencia de un sistema normativo por encima de los sistemas singulares de los Estados parte, así como un tribunal de Justicia con imperio para hacer aplicar sus decisiones. Todos sabemos que no es así en el Mercosur, que sólo es un mercado común en el nombre, pues no pasa por ahora de ser un área de libre comercio imperfecta y una unión aduanera también imperfecta, con sólo rastros o propósitos de mercado común.

Quiero señalar como paradigmático un caso judicial de esta década en la Comunidad Europea, que muestra cómo los jueces tienen una enorme influencia respecto de los sistemas de los Estados parte: el caso *Francovich*. Una Directiva de la Unión Europea dispone que los Estados parte creen fondos de garantía para resarcir a los empleados de empresas quebradas que, por su insolvencia, no pueden satisfacer los créditos derivados del cese de la relación la-

boral. Italia no constituyó ese fondo de garantía; una empresa italiana quebró, Francovich perdió su trabajo y, por la insolvencia del quebrado, no pudo obtener su indemnización. ¿Qué resolvió la Corte de Justicia de la Unión Europea? Condenó a Italia a pagarle la indemnización, porque había omitido adecuarse a las reglas de la Unión.

El propio sistema del derecho comunitario, en el que las normas son supranacionales y los jueces tienen supremacía, produce una exaltación de éstos. Lo cual es adecuado pues –digo para terminar con apoyo en Aristóteles– ir al juez es ir al medio, y en el medio están la verdad y la virtud. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Agradecemos profundamente al doctor Atilio Aníbal Alterini por su erudita exposición. Queda en uso de la palabra el doctor Oscar Ameal.

Dr. Ameal

El tema que hoy nos convoca es el de penas privadas y daños punitivos, que se enrola directamente con la nueva visión que nosotros tenemos del derecho de daños. El Derecho de Daños ya dejó de ser aquel que se ocupaba de la responsabilidad civil, castigando al que había pecado o al que era culpable, para buscar de alguna manera la reparación del daño, con el punto de mira puesto en la víctima y no en el victimario.

En la misma lista de pensamiento, la Comisión reformadora del Código Civil –de la que forma parte el doctor Alterini–, se ocupa de las penas privadas, con lo que introduce una institución novedosa en el derecho positivo argentino.

Seguramente, para algunos es una osadía tratar de impulsarla. En efecto, hay autores que creen que el daño se debe reparar teniendo en cuenta nada más que ese daño, sin ir más allá; así, afirman que cuando hablamos de la pena privada o del daño punitivo y pretendemos la reparación o la prevención, estaríamos violando el principio del enriquecimiento sin causa, porque habría un enriquecimiento por parte de quien se beneficia con la imposición de la pena a expensas de aquella persona que la debe pagar. Junto con el doctor Roberto López Cabana, estamos en desacuerdo con esta línea de pensamiento, como también lo estábamos hace bastante tiempo cuando interpretábamos la institución de las *astreintes* que mencionaba el doctor Alterini.

Las *astreintes*, que podemos entender como antecedente de estas penas privadas, tuvieron en nuestro derecho un tratamiento disímil. Ciertos autores se inclinaban por la no acumulabilidad de las *astreintes* en la reparación de los daños, porque consideraban que había un enriquecimiento sin causa. Aducían que cuando había un daño, debía ser reparado y si era superior a las *astreintes*, correspondía percibir su monto y no el de las *astreintes*; en cambio, si el monto de éstas era superior al daño, se abonaban las *astreintes* pero no el daño, pues ellas no se acumulaban ni superponían, de lo contrario, habría un enriquecimiento y una doble sanción por un mismo hecho.

Como dije, con el doctor López Cabana disintimos desde hace tiempo de

esto, ya que afirmábamos que no había enriquecimiento sin causa sino que se trataba de la aplicación sensata de una institución, porque el damnificado, por un lado, obtenía la reparación del daño, con fuente en el hecho ilícito o el incumplimiento contractual y, por otro, obtenía las *astreintes*, con fuente legal, porque la ley establecía que él era el beneficiario de las *astreintes* cuando no se cumplía con el mandato judicial. Por lo tanto, creemos firmemente que la acumulabilidad de las *astreintes* y los daños y perjuicios se imponen.

Aunque descontamos que en el Derecho de Daños debe existir una reparación plena, que está dada por la adecuación a la normativa legal, creemos positivamente que a los daños debe agregarse la pena privada. Hay veces, cuando el daño es ínfimo, cuando no tiene significativa trascendencia y el beneficio del autor del daño es sustancialmente superior al daño infligido a la víctima, que no sería correcto ni justo ni lícito no imponer al dañador una pena privada. Más allá del enriquecimiento sin causa, creemos con Daniel Pizarro que se trata de dismantelar los efectos de un ilícito, lo que se logra no sólo con la reparación del daño sino también, como función preventiva, *ex ante* y no *ex post*, imponiendo una pena privada. Esto es lo que tenemos que entender como válido y justo.

Si bien es cierto que no surge de *lege lata*, en una ponencia en las Jornadas de Derecho Civil, Procesal, Comercial, Tributario y Laboral de Junín sostuvimos la aplicación de las penas privadas.

No me parece que haya que creer que el juez civil no puede aplicar penas privadas o que tiene que estar ocultándolas a través de la reparación del daño. No me convengo de que el juez tenga que indemnizar pura y simplemente para que el dañado esté satisfecho, porque a veces no puede estarlo enteramente y entonces, además, se pueden aplicar las penas privadas. Llámelo punitivo o retributivo, como quieran, pero no me convence que se pueda subsumir la pena privada en la indemnización del daño. Uno de los maestros del Derecho Civil, cuyo reciente fallecimiento lamentamos –el doctor Bustamente Alsina–, se inclinaba por descartar la pena privada porque había un enriquecimiento y se pronunciaba pura y simplemente por la indemnización del daño porque allí había una equivalencia. No me hago problemas por ese argumento sino que quiero buscar que no se deba reparar el daño a aquel que se beneficie injustamente a través de un ilícito y, además, que se lo sancione como prevención, para que el resto de la comunidad vea que esa forma de conducirse no es correcta. Ésa es la función preventiva del nuevo Derecho de Daños. No estamos en presencia de la responsabilidad sino del Derecho de Daños, y tenemos que tratarlo en forma general.

Mal que le pese a algunos, un antecedente de esto es la postura, en alguna medida compartida por nosotros y en otra no, que sustentaba Llambías en relación con el daño moral. Ustedes saben que nuestros jueces a veces reparan el daño moral comparándolo con el daño material. Esto es un dislate, es reírnos del daño moral. El daño moral no tiene nada que ver con el daño material; no podemos decir que es el 20 o el 50 por ciento del daño material. Al reparar el daño moral, tampoco puede comparárselo con ciertos baremos o estándares,

sino que hay que ver las circunstancias del caso. Cuando alguien agravia moralmente a otra persona –para mí el daño se presume, lo que se debe probar son las circunstancias que lo rodean, a fin de que el juez valúe la reparación– se puede aplicar la institución de las penas privadas, que tendría algún antecedente –quizás un tanto arriesgado a mi parecer, pero creo que es así– en la famosa sanción ejemplar de Llambías, que para Alterini, López Cabana y quien habla es una sanción, porque en nuestro viejo *Curso de Obligaciones* involucrábamos tanto la culpa como el dolo, y no sólo hablábamos de agravio sino de daño moral genérico, que, entendíamos, debía ser reparado.

No encontramos ninguna objeción viable al andamio de esta institución en la nueva normativa de daño. Lo que sí creemos es que de una vez por todas tenemos que encontrar una fuente de *lege ferenda*, porque de *lege lata* está, por más que nos hacemos los distraídos, y así la propusimos en esas jornadas bonaerenses. Tampoco podemos guiarnos por la corriente que dice que es una institución del *Common Law* que no tiene nada que ver con el derecho continental europeo. Si bien es cierto que en Francia, Italia y España la doctrina parece no receptorlas, estamos viendo que en la regulación de algunos estatutos privados, por ejemplo en Italia o en España, cuando se protegen los derechos personalísimos o el daño ambiental se están teniendo en cuenta las penas privadas, pero –desgraciadamente para mi gusto– como una indemnización. Me parece que hay que llamar a las instituciones con el nombre que tienen. Entiendo que además de la indemnización del daño tiene que existir esta pena privada.

En el nuevo proyecto, el beneficiario de la pena privada –me acabo de enterar hoy, porque se lo pregunté hace un instante al doctor Alterini– sería determinado por el juez. Me parece perfecto, porque el problema de la acumulabilidad de las *astreintes* era que aquellos autores que estaban en contra de dicha acumulabilidad sostenían que era injusto que hubiera acreedores que se beneficiaran doblemente y, por otro lado, que el acreedor fuera el beneficiario de ello. Estaban de acuerdo en que fuera el Estado, como en Rusia; el fisco, como en Alemania, o quizás alguna institución de beneficencia. Si fuera el fisco, el Estado o alguna institución de beneficencia, evidentemente el que incumpliera un mandato judicial tendría que resarcir el daño y pagar el monto de las *astreintes* a quien correspondiera. Por lo tanto, la acumulabilidad se produciría.

Es por eso que considero que debemos ver esto en sus justos términos: no por ver el árbol debemos perder el bosque. No tenemos que pelear por quién sea el beneficiado. En algunos casos puede ser perfectamente el acreedor o el damnificado, porque justamente es el que tiene mayor ímpetu para poder acusar y pedir la imposición de una pena. Por eso es que para mí ésa no es una objeción valedera.

Además, considero que también se pueden imponer penas privadas a las instituciones, a las entidades o, mejor dicho, a las personas ideales; algunos hablan de la personalidad de la pena, con lo que dificultarían la imposición de

ellas a personas de existencia ideal. Yo creo que no existe ningún argumento de peso como para que no se pueda aplicar o legislar sobre esta institución.

El año que viene, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil –como lo dijo el doctor López Cabana– esta institución va a ser tratada, y yo estoy convencido, porque creemos que estamos todos en ese camino, de que vamos a encontrar una recepción positiva en nuestro derecho. De esta manera podemos tener, con fundamento, el principio de legalidad, el desmantelamiento del hecho ilícito y restablecer este ideal de justicia que perseguimos todos y por el cual estamos interesados no sólo nosotros, la docencia universitaria –en esto que tomamos como una vocación– sino también los alumnos, en esta carrera que han adoptado no sólo como modo de vida sino también en la búsqueda de la solidaridad social.

Por todo ello creemos conveniente e imprescindible legislar sobre el tema que hoy nos ocupa. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Para finalizar, el doctor Ramón Daniel Pizarro, a quien nos hemos referido en forma coincidente como nuestro invitado de honor, nos va a ilustrar sobre el tema de la convocatoria, respecto del cual ya ha escrito con gran autoridad. Para nosotros es un placer que la Universidad de Buenos Aires le abra las puertas a este representante tan “docto” de “la Docta”.

Dr. Pizarro

Distinguidos colegas, señoras y señores: sean mis primeras palabras para agradecer la invitación que me han formulado para participar de este ciclo tan prestigioso, que va en vías de convertirse en un clásico del derecho argentino. Agradezco también las cálidas expresiones de presentación de mis amigos, que son atribuibles al afecto que nos une desde hace muchos años.

Quiero felicitar también al Departamento de Derecho Privado por esta actividad que ha emprendido. Quizás en Buenos Aires no tengan conciencia cabal de la difusión que a nivel nacional tienen estas jornadas preparatorias, que para nosotros se plasman mucho más impersonalmente en las publicaciones que luego se efectúan y que sirven de guías muy útiles para todos aquellos que en distintos temas tienen pensado realizar trabajos de preparación y ponencias para las jornadas del año que viene. Encuentro que este tipo de actividad es fundamental, sobre todo para los docentes jóvenes y para quienes necesitan orientación a la hora de acometer ciertos temas. Es por eso que en Córdoba, con mucha modestia, hemos copiado la iniciativa y el año que viene haremos nuestras jornadas preparatorias, en las que esperamos contar con ustedes.

El tema que me han propuesto mis queridos amigos es de Derecho Comparado; vamos a hablar de daños punitivos. Temo que ya a esta altura alguno de ustedes pueda estar preocupándose, porque cuando uno habla de Derecho Comparado tiene la sensación de que va a entrar en una materia árida, en una temática para eruditos. ¿Qué nos interesa lo que pueda estar sucediendo en otros países si en definitiva son normativas que no se aplican aquí? Sin embar-

go, creo que a veces el estudio del Derecho Comparado, en temas como el que vamos a abordar, tiene una importancia mayúscula para el hombre de derecho, no tanto por lo que puede significar conocer, en mayor o menor profundidad, cómo funcionan ciertas instituciones en sistemas distintos sino, con miras a tratar de reflexionar si determinadas experiencias jurídicas que otros han vivido pueden ser trasladadas a nosotros, con ligeras adaptaciones –sin perder de vista el contexto temporal y las circunstancias de cada país–. Se trata, en definitiva, de precisar si las buenas experiencias ajenas pueden ser proyectadas a nosotros, y en qué medida.

Lo atinente a las penas privadas y a los daños punitivos se inserta en esta temática. Es un tema, por sobre todo, sugerente. Tanto más cuando uno advierte que buena parte de los estudios de Derecho Comparado que solemos utilizar, y que son nuestras pautas de referencia cuando realizamos este tipo de actividades, apuntan fundamentalmente a nuestras raíces, especialmente en Derecho Privado: el derecho continental europeo y el sistema latinoamericano de derecho.

Los estudios sobre instituciones del *Common Law* son menos frecuentes. Creo que la necesidad de aproximarnos a algunas instituciones que útilmente son aplicadas en ese sistema tiene su importancia desde un doble punto de vista: algunas de ellas, como es el caso del daño punitivo, han funcionado eficientemente, con resultados satisfactorios muy evidentes. Al mismo tiempo, nuestro país se ha encolumnado económicamente dentro de un bloque que tiene como cabeza a los Estados Unidos, con lo cual nos hallamos en una curiosa situación: nuestro sistema de Derecho Privado está más próximo al sistema europeo, pues allí están sus raíces y, por otro lado, el mundo de los negocios en crecimiento apunta directamente al país del norte, que tiene instituciones no siempre coincidentes, que requieren de una nueva cosmovisión de nuestra parte. No digo que debamos necesariamente incorporarlas, pero sí, cuanto menos, conocerlas y, en su caso, adaptarlas.

¿Qué son los daños punitivos? Son sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a favor de la víctima de ciertos ilícitos calificados por su gravedad, que se suman a las indemnizaciones por daños ordinarios que eventualmente puedan corresponder, y que tienen como finalidad, primero, prevenir futuras inconductas similares; segundo, punir, castigar, sancionar pecuniariamente a quien las ha realizado, en la convicción de que ellas merecen, por su gravedad, algún tipo de sanción por el Derecho Privado, que vaya más allá de los meros parámetros resarcitorios.

Visto con una elevada dosis de abstracción, el sistema estadounidense tiene dos notas salientes.

En primer lugar, la pena privada se destina a la víctima. Esto constituye un dato que puede chocar con nuestra sensibilidad, ligada a la idea de adecuada relación entre el daño y su reparación, y a no enriquecer a la víctima como consecuencia de un ilícito; perspectiva correcta si se enfoca desde una óptica resarcitoria, y absolutamente incorrecta, como bien decía Oscar Ameal, si el tema es emplazado donde corresponde: en el plano de las sanciones punitivas.

En segundo lugar, se enmarca dentro de lo que denominaríamos las penas privadas, que son penalidades que impone el Derecho Privado, lo que significa que no están alcanzadas por las garantías constitucionales que brinda el Derecho Penal a las sanciones que se imponen dentro de ese ámbito, tales como *non bis in idem*, prohibición de autoincriminación, principio de personalidad de la pena, de intransmisibilidad de la pena, principios propios de un sistema penal que en esta materia se diluyen sensiblemente.

Se habla de daños punitivos, daños ejemplares, daños agravados, terminología que desde nuestra perspectiva no es aceptable, porque lo que se pune no es un daño sino graves inconductas. Más allá de que no sea correcto hablar de indemnización punitiva, utilizaremos la expresión “daño punitivo” porque es la que usa el derecho estadounidense.

Respecto de los orígenes y evolución de los daños punitivos, los primeros antecedentes rudimentarios se localizan en la Inglaterra medieval, hacia el año 1275, donde algunos estatutos preveían la aplicación de una penalidad equivalente al duplo del daño cuando el damnificado de un ilícito fuese un religioso. Sin embargo, recién hacia 1773, la jurisprudencia inglesa comenzó a aceptar con mucha amplitud la idea de daños punitivos, que se expandieron a todo el sistema del *Common Law*: Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Sudáfrica y, sobre todo, a los Estados Unidos de Norteamérica.

Un dato interesante a tener en cuenta dentro del derecho inglés es que a partir de 1964 la jurisprudencia experimenta un cambio en la valoración de esta figura y, si bien los daños punitivos continúan siendo aceptados con un criterio relativamente amplio, se restringe su órbita, fundamentalmente porque se considera que su aplicación indiscriminada podría afectar lo que ellos llaman las funciones civiles y penales de la ley. Se consagra como criterio que los daños punitivos sólo se aplican: 1) cuando haya comportamientos omisivos o arbitrarios de funcionarios públicos; 2) en los supuestos de ilícitos lucrativos, o sea, cuando alguien realiza una actividad ilícita con el objeto de obtener beneficios económicos, aun pagando las indemnizaciones que pudieran corresponder; 3) en los casos previstos en los estatutos sobre discriminación racial, donde expresamente se contempla la aplicación de los daños punitivos.

En Estados Unidos la aplicación de los daños punitivos ha sido mucho más fructífera. Los primeros precedentes, que datan de 1784, han merecido la aceptación de la mayor parte de los Estados de la Unión e, incluso, un fuerte respaldo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de otros grandes tribunales de ese país, como la Suprema Corte de California, que en reiterados pronunciamientos han reconocido no sólo la legitimidad y constitucionalidad de estos daños punitivos, sino también que no están alcanzados por las garantías y límites propios del proceso penal.

Con cierta dosis de generalización y abstracción vamos a enfocar la cuestión a la luz del derecho estadounidense, tratando de detectar los principales caracteres, para luego plantearnos si sería conveniente pensar en su traspolación al derecho argentino sin modificaciones o adaptados a nuestra realidad.

¿Cuándo proceden los daños punitivos? En primer lugar, es necesario que

haya un grave reproche subjetivo en la conducta alcanzada por los daños punitivos. Se exige una particular subjetividad, y me he permitido traer algunos términos utilizados por la jurisprudencia americana, para mostrar que es menester algo más que una simple negligencia: “temeridad”, “mala fe”, “malignidad”, “intencionalidad”, “perversión”, “actitud moralmente culpable”, son algunos de los términos que se suelen usar para justificar la aplicación de daños punitivos.

Sin embargo, algunos tribunales exigen criterios algo más flexibles. Hay fallos que hablan de indiferencia consciente respecto de ciertos resultados y, en algunos extremos, ya en el ámbito de las relaciones de consumo, muchas veces se han aplicado daños punitivos, aun sin la prueba de esos elementos subjetivos, cuando de los antecedentes del caso se hubiera detectado un abuso de poder de la posición en el mercado. Esto es interesante porque abre vías realmente relevantes en las relaciones entre proveedores profesionales y consumidores o usuarios.

La Corte de Estados Unidos ha dicho que no es necesario que existan otros daños; esto es, daños compensatorios o nominales –lo que serían nuestros daños patrimoniales y morales–. Con daño o sin daño, si se produce una grave inconducta, pueden aplicarse los daños punitivos.

La tercera característica interesante dentro del sistema es que, como regla general, no rigen en materia de contratos, lo cual es bastante discutible, salvo cuando el incumplimiento degenera en un delito de derecho criminal, en cuyo caso sí se abren las vías de los daños punitivos.

Existen antecedentes importantes en esta materia, sobre todo en lo que se refiere al *overbooking* o sobreventa de pasajes de avión. El año pasado regresaba de los Estados Unidos con mi mujer y mi hijo de tres años; como el vuelo de *American Airlines* estaba completo y sobrevendido, a los pasajeros les ofrecían quedarse esa noche en Miami, con todos los gastos pagos y un equivalente de mil dólares en millaje a cada uno, para utilizarlo cuando quisiera, sin vencimiento alguno. Durante el desarrollo del vuelo tuve oportunidad de hablar con el capitán. El comandante me dijo que se utiliza ese sistema porque sale mucho más barato pagar mil dólares en millas a volar que soportar los daños punitivos que se aplican en caso de reproche. A través de un ejemplo de la vida real se advierte que el sistema tiene una finalidad disuasiva concreta de ciertas inconductas contractuales.

¿En qué ámbito se han aplicado los daños punitivos en los Estados Unidos?

En materia de responsabilidad por productos han tenido gran utilidad, particularmente cuando el productor introduce en el mercado productos, de cuyos defectos tenía conocimiento o de los que debía tener razonablemente al momento de ponerlos en circulación; o cuando, detectando ese tipo de deficiencias, no realizó los actos necesarios para rescatar los productos y mitigar los niveles de dañamiento.

Hay un célebre caso en el cual una Corte de California condenó a Ford a pagar a una niña que había resultado quemada 2.800.000 dólares por daños compensatorios y 125 millones de dólares por daños punitivos. A comienzos

de la década del 80 Ford introduce en el mercado un automóvil -el Ford Pinto-, y luego advierte, por estudios complementarios, que el vehículo tiene una falla de construcción en el tanque de combustible y en el sistema de electricidad por la cual, al ser impactado desde atrás, a determinada velocidad y en determinadas circunstancias, puede explotar. La empresa hace un estudio de costos y de probabilidades de riesgo, y llega a la conclusión de que económicamente conviene resarcir los daños que se produzcan en los pocos casos que marca ese riesgo estadístico, antes que rescatar los vehículos y repararlos. Sin perjuicio de ello, se elimina el vicio en la fabricación en los nuevos vehículos. Tiempo después, se produce un accidente y una niña queda seriamente afectada por quemaduras. A la hora de condenar a la empresa, la Corte utilizó el argumento de que no puede lucrarse a expensas de la salud de los consumidores. Se trata de un criterio de un fuerte tono moral que contrasta curiosamente con las doctrinas que propician el análisis económico del derecho.

Otro supuesto de aplicación, en materia de *copyright* y patentes de invención, es el caso de grave atentado contra la dignidad de la persona, como por ejemplo, discriminación racial mortificante, privación ilegítima de la libertad o graves injurias cometidas a través de medios masivos de comunicación. La Corte de los Estados Unidos aplica a la prensa los daños punitivos. Es precisamente para proteger a los medios de la incidencia de los daños punitivos que la Corte de Estados Unidos, a partir del célebre precedente “New York Times v. Sullivan” de 1964, construye la teoría de la real malicia (*actual malice*), que nuestra Corte Suprema ha importado equivocada y fraccionadamente de dicho sistema. También se aplica en caso de afectar los derechos electorales de los ciudadanos, o de fraude o estafa grave cuando media abuso de confianza, en supuestos de ruptura de promesa matrimonial realizada de manera perversa y de daño al medio ambiente.

¿Cómo se determina el daño punitivo? Éste es el primer tema crucial. En el sistema estadounidense, como regla general, los daños punitivos pueden ser determinados por jurados. Algunos jurados son famosos por no temblarles el pulso a la hora de fijar indemnizaciones, a tal punto que han provocado algunos efectos ciertamente perniciosos en áreas de la economía. No obstante, la determinación efectuada por jurado puede ser luego controlada por la Corte, que siempre tiene facultad para revisar los montos y eventualmente dejarlos sin efecto.

Para valuar los daños punitivos y su cuantía se toman en cuenta: gravedad de la falta; situación particular del dañador, especialmente su condición económica -en este aspecto hay un estrecho parentesco con las *astreintes*-; los beneficios procurados u obtenidos por el dañador a través de su conducta; la posición de mercado del sancionado; la finalidad disuasiva futura que se quiera traslucir a través de la sanción; los sentimientos de la víctima, lo que puede explicarse por el criterio muy restrictivo que existe en los Estados Unidos respecto del daño moral y, fundamentalmente, el carácter socialmente disvalioso que tenga la conducta. Hay una marcada discrecionalidad en esta materia y, en ese sentido, la Corte ha puesto un límite muy flexible: las penas que se apli-

quen no pueden ser irrazonables o excesivas, con lo cual todo queda sujeto a una cuestión de apreciación judicial de marcado pragmatismo.

¿Cuáles son las finalidades de los daños punitivos? Se suelen mencionar varias, y yo creo que todas ellas pueden estar presentes en función de las circunstancias. En primer lugar se menciona: punir graves inconductas y alcanzar de tal manera objetivos de retribución social. Se pretende que quienes obedecen la ley no soporten una carga desproporcionada en ese juego de sacrificios recíprocos frente a quienes la transgreden alegremente.

Hay una frase de Goodhart –que me voy a permitir leer– que constituye toda una declaración de principios. Dice así: “Sin el sentido de retribución habremos perdido el sentido de lo malo. La retribución mediante una punición es una expresión social de desaprobación hacia un ilícito, y si esta punición –retribución– no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación comunitaria prácticamente desaparece. Una comunidad que está presta a perdonar al que transgrede la ley puede finalmente terminar condonando los crímenes”.

También tiene una función eminentemente preventiva, orientada a disuadir a quien pretenda efectuar conductas futuras semejantes, con lo cual se satisface este doble juego de prevención-punición tan relevante en la hora actual.

Esta finalidad preventiva y punitiva se potencia si tenemos en cuenta un dato fundamental: en el sistema estadounidense los daños punitivos no son susceptibles de ser cubiertos por seguro, con lo cual quien pretende, por ejemplo, lucrar a través de un ilícito nunca tendrá la certeza de la proyección económica de sus cálculos, porque un daño punitivo no asegurable puede terminar desbaratándolo todo.

Me parece que también en el ámbito específico de las decisiones económicas los daños punitivos tienen una gran importancia como un instrumento jurídico y económico de equilibrio de mercado. La cuestión asume especial relieve frente a distintas trampas que se advierten en la actividad económica de mercado. Es el caso de muchos proveedores inescrupulosos que obtienen beneficios a expensas de los usuarios y de los competidores honestos, efectuando micro incumplimientos que se traducen en micro lesiones. Por ejemplo, venden una caja de fósforos como de cien unidades, aunque en realidad sólo tiene 80 lo cual, proyectado en una importante cantidad de cajas de fósforos, genera una gran diferencia. Además, insertado esto en una relación de equilibrio de mercado, el efecto se potencia porque no solamente se perjudica al consumidor, a quien se le vende menos, a sabiendas de que éste no irá a reclamar ante la Justicia por una nimiedad semejante, sino también –y esto es un principio del sistema de mercado– al competidor honesto que no trampea a su consumidor y que entrega los cien fósforos que promete.

En suma, se procura tener una herramienta apta para evitar los efectos de ciertos ilícitos, para sancionar graves inconductas y, al mismo tiempo, prevenir otras semejantes.

Me parece interesante remarcar la temática de los daños punitivos en el sistema de Europa continental y en el sistema latinoamericano. Como recién de-

cía el doctor Ameal, poco a poco las puertas se van abriendo. Nuestro sistema, imbuido de criterios racionalistas y muy apegado a encasillar esta cuestión en el plano puramente resarcitorio, se ha resistido durante mucho tiempo a considerar la posibilidad de receptar los daños punitivos.

En Europa continental, por ejemplo en Francia, cierta jurisprudencia va abriendo las puertas de a poco, pero la Corte de Casación todavía es reacia a ello, por entender que el daño marca el tope del derecho a la indemnización de la víctima y que no deben confundirse las funciones propias de la responsabilidad civil con otras retribuciones que deberían estar a cargo del Estado a través de las puniciones características del Derecho Penal.

Autores como René Savatier y Boris Starck hablaban hace años de la necesidad de castigar la culpa abriendo en materia resarcitoria las vías a la ponderación de aspectos sancionatorios de la responsabilidad civil.

La ley española de 1982, de protección del honor, intimidad e imagen, abre las puertas tímidamente a los daños punitivos cuando contempla, entre los parámetros a tener en cuenta para la reparación del perjuicio, fundamentalmente al enriquecimiento obtenido por el dañador como consecuencia de ese agravio. Si ese enriquecimiento supera el daño que la víctima ha sufrido, ese plus entre el daño y el enriquecimiento tiene un sentido punitivo. En Italia hay normas del Derecho Ambiental que consagran soluciones similares.

Me parece que el mejor ejemplo, que podría servir de antecedente directo a la Comisión que está preparando el nuevo Código de Derecho Privado, es el Código de Quebec, del que no puede decirse que sea un código anglosajón. Ese Código contiene ocho artículos que regulan los daños punitivos, uno de los cuales es una norma general que luego se proyecta a los casos particularizados. Esto muestra cómo una institución de raigambre anglosajona poco a poco va penetrando en los sistemas continentales sin afectar en absoluto la esencia de nuestras tradiciones.

¿Conviene introducir en nuestro derecho las penas privadas en cualquiera de sus modalidades?

El derecho argentino no tiene todavía normas adecuadas, y todos los esfuerzos que podamos hacer para modernizarlo en este aspecto son duros, sacrificados, y llevan muchas veces a hacer decir a las normas lo que quizás no dicen.

No obstante, conviene destacar que autores muy prestigiosos han rechazado la idea de los daños punitivos en el derecho argentino, caso de Jorge Bustamante Alsina y Aída Kemelmajer de Carlucci.

Quienes impugnan la posibilidad de aplicar los daños punitivos, quizás con un excesivo celo conceptual, sostienen que este tipo de retribuciones son propias de sanciones de carácter penal, que deben ser acompañadas con garantías propias del proceso penal, y no de un ilícito civil cuyos límites transitan en la idea de reparación del daño, más allá de la cual no se podría ir. Se dice que el Derecho Penal debe efectuar este tipo de sanciones; que es el adecuado para ello porque es el más igualitario de todos los derechos, que no es para ricos ni para pobres.

El tema es opinable. El punto de partida, que debe estar mucho más allá de las concepciones dogmáticas, tiene que emplazarse en torno a nuestra realidad socioeconómica y, fundamentalmente, a la posible eficacia que el sistema proyectado tenga a la luz de la experiencia que estamos viviendo hoy.

Desde ese punto de vista no caben dudas acerca de la utilidad de este tipo de sanciones y de que sería un gravísimo error emplazarlas en el Derecho Penal. El motivo más importante es que nuestro sistema penal está virtualmente colapsado; es caro, lento e ineficiente y, sobre todo, porque en delitos de esta categoría difícilmente se podría alcanzar el objetivo de retribución social que se persigue.

Éste no es un dato tomado caprichosamente. En el derecho europeo existe una tendencia a despenalizar ciertos ilícitos de poca gravedad –robos a supermercados, libramiento de cheques sin fondos, injurias y calumnias– ya que se ha comprobado que la sanción penal es absolutamente ineficiente y termina, en la mayoría de los casos, en el insalvable camino de la prescripción. Trasladar ese tipo de penalidades fuera del campo del Derecho Penal, sin las garantías de ese proceso, hacia el Derecho Administrativo –caso de Alemania– o hacia el Derecho Privado –caso de Quebec–, muestra que es posible retomar caminos que no fueron desconocidos en otra época y que hoy renacen con nueva dimensión.

Soplan nuevos vientos en nuestro país, estamos próximos a abrir las puertas a un nuevo código, y estoy convencido de que va a traer soluciones realistas que, en muy buena medida, contribuirán a llenar un vacío de nuestro sistema, originado en una profunda crisis no sólo jurídica sino también moral. (*Aplausos.*)

Sr. Director del Departamento de Derecho Privado.- Agradecemos especialmente al doctor Daniel Pizarro por su aporte.

Como cierre de este ciclo de mesas redondas del Departamento, quiero rescatar, dentro de las soluciones modernas que mencionó el doctor Pizarro, la del Código de Quebec, obra legislativa que admiro profundamente, porque es el único código en el cual he leído que la persona humana es inviolable, y ello viene desde el siglo pasado, de su versión como Código del Bajo Canadá.

Agradezco la presencia de todos ustedes y la colaboración brindada al Departamento, durante el transcurso de este ciclo, por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal y por el Centro de Estudiantes de Derecho de la Facultad.

– *Con lo que terminó el acto.*