

En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino

Fernando M. Racimo *

I. Introducción

Los daños punitivos constituyen un instrumento con plena vigencia en el sistema normativo anglosajón. Tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos de América han sido utilizados –sobre todo a partir de fines del siglo XIX- como un eficaz método al que recurren los jueces y los jurados para alcanzar dos objetivos claros: el castigo y la disuasión (*punishment and deterrence*) de las personas que cometen cierto tipo de actos ilícitos.¹ Sin embargo, los montos desmesurados establecidos en algunos veredictos llevaron a que la Corte Suprema de los Estados Unidos interviniera para revocar decisiones de tribunales estatales con el objeto de establecer pautas para limitar el alcance de las indemnizaciones.²

En la República Argentina el derecho civil se sustenta en la tradición continental y fundamentalmente es heredero de la tradición civil francesa.³ Sin embargo, en los últimos tiempos se ha desarrollado una fuerte corriente que propicia la introducción de los daños punitivos en el marco del sistema de responsabilidad civil argentino para castigar cierto tipo de conductas particularmente aberrantes.

Este artículo examina la posibilidad del trasplante de esta institución a nuestro sistema normativo y se divide en tres partes.

En la primera parte, brindaré un panorama general del instituto de los daños punitivos en el derecho norteamericano. Me centraré, esencialmente, en dos aspectos. Por un lado, detallaré los rasgos generales del sistema y los problemas que se han originado en su aplicación en diversas situaciones. En segundo lugar, detallaré la tarea desplegada por la Corte Suprema norteamericana que elaboró en los últimos años un conjunto de instrumentos para limitar los exorbitantes montos consagrados por jueces y jurados en casos de daños punitivos. En tercer término, reseñaré las opiniones de algunos autores que proponen reformar el sistema de daños punitivos y las posiciones de otros estudiosos que sugieren mantener el régimen actual.

* Abogado UBA (1980) y Licenciado en Historia UBA (1997). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales UMSA (2003) y Master en Derecho UP (2004). Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Profesor Adjunto de Obligaciones (UCA).

1. David G. Owen, *Punitive damages in products liability litigation*, 74 Michigan Law Review 1257 (1976). La Corte Suprema de los Estados Unidos también ha hecho referencia a la historia y características de los daños punitivos en los fallos *Louis Pizitz Goods Co., Inc. v. Yeldell*, 274 US 112 (1927); *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 US 323, 350 (1974), *Electric Workers v. Foust* 442 US 42, 48 (1979); *Browning –Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 US. 257, 274 (1989); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 523 U.S. 424 (2001).

2. La Justice O'Connor señalaba en su disidencia del fallo *Browning* que “las indemnizaciones por daños punitivos se están disparando (*skyrocketing*)... La amenaza de tales enormes indemnizaciones tiene un efecto perjudicial en la investigación y desarrollo de nuevos productos”, pág. 282 (1989).

3. Abelardo A. Levaggi, *MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO*, 3ª. Ed. Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004 y Gustavo A. Bossert, *Influencia del Código Civil Francés en el Código Civil Argentino y otros códigos de Hispanoamérica*, LL 2005-A-1452.

En la segunda parte detallaré las propuestas de la doctrina que sugieren la incorporación de los daños punitivos al sistema de responsabilidad civil argentino. También indicaré la reforma propiciada en 1998 al Código Civil argentino⁴ en donde se sugiere incorporar una reforma para que los daños punitivos sean asumidos como una especie de multa civil cuyo destino será asignado por el juez de la causa.

La tercera parte del trabajo indicará los problemas de traslación que eventualmente podrían producirse por la incorporación de los daños punitivos al derecho argentino. En particular, señalaré las diferentes concepciones que surgen de ambos sistemas normativos y propondré el ámbito limitado en que podría ser de mayor utilidad la incorporación de esta figura.

II. Los daños punitivos en los Estados Unidos de América

Los daños punitivos han sido definidos como multas privadas impuestas por jueces o por jurados civiles con el objeto de castigar ciertas conductas reprochables y para evitar que dichos comportamientos se reiteren en el futuro.⁵ Los daños punitivos se originan en el sistema del *common law* británico. Existen algunos pronunciamientos que parecen contemplar esta figura desde el siglo XIII,⁶ pero las decisiones que delimitan este tipo de sanciones respecto de otras reparaciones sólo se asientan a fines del siglo XVIII.⁷ El derecho británico consideraba apropiado imponer una compensación adicional en los casos en que el ofensor actuaba con dolo o con una negligencia grosera en perjuicio de los derechos de terceros.

Los jueces de los Estados Unidos de América aceptaron este instituto y lo utilizaron para castigar algunas conductas reprochables.⁸ La imposición de los daños punitivos corresponde cuando el jurado o el magistrado advierten que la actitud del ofensor implica una conducta ultrajante y los mismos daños son una expresión de la condenación moral causada en la sociedad por la conducta reprehensible.⁹ Incluso ya desde fines del siglo XIX es posible advertir que la misma Corte Suprema de los Estados Unidos admitió sin reservas la posibilidad de imponer daños punitivos.¹⁰

La doctrina y la jurisprudencia han considerado que los daños punitivos proceden cuando existe una clara y convincente evidencia que el demandado ha sido culpable de opresión, fraude o dolo (*malice*). Pero también se han concedido por daños al consumidor

4. El texto puede encontrarse en <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/proycofciv-1998-doc>

5. *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 US 323,350.

6. Los que cometieran abusos contra los religiosos debían pagar daños duplicados. Estatuto de Westminster, I, 3 Ed., 1 (1275). Ver también *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers*, Michael Rustad y Thomas Koenig, 42 *American University Law Review* 1269 (1993).

7. *Huckle v. Money*, 2 Wils. 1805 (KB 1763) y *Wilkes v. Wood* (1763), según Rustad, pág. 1287.

8. He aludido a este instituto en mi artículo *Panorama actual de los daños punitivos en los Estados Unidos de América*, J.A. 2004-III-1031 y también consideran el tema Aída Kemelmajer de Carlucci, *¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, año XXXVIII, n° 31, pag. 71, Félix. A Trigo Represas y Marlo J. López Mesa, *TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, Ed. La Ley, T., II, pág. 556 (2004) y Juan C. Díaz, José S. Elías y Augusto M. Guevara (h.), *¿Los 'daños punitivos' aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio*, J.A. 2003-II-961.

9. *Lake Shore & M.S.R. Co. V. Prentice*, 147 US 101 (1893)

10. La Corte Suprema ha llamado a la fijación de daños punitivos como "un bien establecido principio del *common law*", 54 US (13 How), 363, 371 (1851).

cuando el fabricante ha actuado en forma desaprensiva y desconsiderada, como por ejemplo cuando pudo haber evitado fácilmente el daño y a pesar de eso no lo hizo.¹¹

a) Los objetivos de los daños punitivos

Los daños punitivos tienen dos objetivos principales:¹²

- a. La punición del responsable.** El primer objetivo de los daños punitivos es castigar al responsable de un hecho ilícito (aunque esto se ha ido modificando en los últimos decenios para incluir cuestiones relativas a incumplimientos contractuales severos).¹³ La imposición de los daños punitivos no resulta equivalente a los daños compensatorios que se imponen habitualmente para restaurar los daños causados a la víctima de un hecho ilícito. En realidad, la concepción básica de los daños punitivos es que estos se dirigen a imponer al ofensor un excedente que se encuentra más allá de la mera reparación por los daños realmente causados.¹⁴ El instituto, analizado desde esta perspectiva, guarda alguna relación con el derecho penal y ha llevado a considerar, en algunas ocasiones, que se trata de una sanción cuasi penal.¹⁵
- b. La disuasión.** El rasgo más característico de los daños punitivos es su imposición a fin de evitar la reiteración de conductas similares. El juez o el jurado que calculen los daños punitivos deben tener en cuenta que el monto que eventualmente establezcan se dirija eficazmente a evitar que se repitan comportamientos igualmente reprochables. Desde esta perspectiva –y en una observación puramente preliminar- el cálculo de los daños punitivos implica la consideración de la riqueza del causante del daño para provocar en éste una reacción de tal entidad que lo lleve a modificar su conducta en el futuro.¹⁶ Existe, en este sentido, un objetivo derivado: la magnitud de los daños punitivos impuestos al causante del daño disuadirá eventualmente a otros que se encuentren en una similar situación de proseguir con esos comportamientos reprochables.

Este instituto también se dirige a satisfacer otros objetivos subsidiarios. A partir de la multiplicación de veredictos por daños punitivos –originada en la década del 60 e intensificada en la década del 90- se ha llegado a considerar en los últimos tiempos que existe un tercer objetivo principal que es la reparación de los daños societales (*societal damages*).¹⁷ Estas ideas se basan también en la legislación de ocho estados que contemplan la formación de fondos para destinar la indemnización por daños punitivos a rentas generales o a fondos específicos para compensar a víctimas que no han participado de los procesos.

11. Shane Sorenson y Hugo D. Maciel, *La responsabilidad jurídica por el producto en los Estados Unidos de Norteamérica y en nuestro país*, LL 1996-E-350.

12. Missouri Pacific R. Co. v. Humes 115 US. 512, 521 (1885), Smith v. Wade 461 US 30,54 (1983) y Memphis Community v. Stachura, 477 US 299, 306, nota 9 (1986).

13. Ver Owen, *Punitive Damages*, pág. 1271.

14. La perspectiva tradicional considera a los daños punitivos como sirviendo a los mismos propósitos que las penas del derecho criminal. Conf. State Farm (2003).

15. Esa es la expresión que se usa en *Cooper Industries*, pág. 432.

16. Ver Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 Georgetown Law Journal 421 (1998).

17. Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 Yale Law Journal 347 (2003) y *Punitive Damages: Should Juries Decide?*, 82 Texas Law Review 381 (2003).

Por ejemplo, el estado de Alaska –a raíz de montos exorbitantes impuestos en diversos procesos- reformó la legislación correspondiente a daños punitivos para fijar una especie de recuperación dividida de la indemnización, por la cual el 50% de todos los daños punitivos concedidos a los demandantes civiles debe ser depositado en los fondos generales del estado.¹⁸ Desde otras perspectivas es posible señalar también objetivos secundarios más tradicionales como la protección de la probidad de las sentencias¹⁹, el control de las actividades internas de las empresas²⁰ o la protección del derecho al honor.²¹

b) El factor de atribución subjetivo

La doctrina y la jurisprudencia estadounidenses consideran que los daños punitivos no proceden en todos los casos en que corresponde la imposición de daños compensatorios. La actitud del causante del daño debe ser particularmente reprochable. El *common law* requiere este factor de atribución subjetivo agravado para conceder una indemnización por daños punitivos. Se encuentra incluido, desde luego, el dolo del autor del daño, pero también es posible considerar como factores agravantes la negligencia grave o la despreocupación temeraria (*gross negligence o reckless disregard*).²² También se encuentra dentro de esta categoría la despreocupada indiferencia hacia los derechos de los otros, lo que se configura especialmente cuando los daños causados tienen una fuerte repercusión social o ambiental.²³ Los daños punitivos son, asimismo, impuestos cuando el juez estima que se configura una situación de opresión respecto de la víctima.

Resulta claro que los jueces consideran –desde una perspectiva prudencial– que existen ciertos límites a la imposición de daños punitivos que impiden la expansión ilimitada de este instituto a todos los casos en los que sólo se advierte una actitud negligente del causante del daño.

c) El problema de la exorbitancia de los montos

Los jueces y jurados del *common law* han fijado los daños punitivos en situaciones excepcionales para castigar y disuadir a los causantes de daños relevantes en el marco social cuando actúan con una negligencia grave o con dolo. Ahora bien, desde mediados

18. Scott Dodson, *Assessing the Practicality and Constitutionality of Alaska's Split Recovery Punitive Damages Statute*, 49 Duke Law Journal, 1335 (2000).

19. *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw*, 486 US. 71, 82 (1988).

20. *Pacific Mutual Insurance Co. v. Haslip*, 499 US. 1, 14 (1991). Sobre las posibilidades de este tipo de control ver Steven Garber, *Punitive damages and deterrence of efficiency-promoting analysis: a problem without solution?* y Robert MacCoun, *The costs and benefits of letting juries punish corporations: comment on Viscusi*, 52 Stanford Law Review 1809 y 1821 respectivamente (2000).

21. La imposición de daños punitivos en este aspecto se encuentra limitada a ciertos supuestos señalados en Gertz.

22. En este orden de ideas, la Corte Suprema norteamericana ha dicho en Gore que las cortes deben considerar “el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado”. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 575. Ver también *Willow Inn Inc. v. Public Service Mutual Insurance Co.*, No. 03-2837, 2005 WL 334200 (3d Cir. Feb. 14, 2005).

23. Al menos desde la década del 60 ha existido una proliferación de montos concedidos por daños punitivos basados incluso en la existencia de una conducta indiferente (*Sharkey... Punitive Damages as Societal Damages*, pág. 364).

de la década de 1980 se ha producido un doble fenómeno.²⁴ Por un lado se ha expandido la imposición de daños punitivos respecto de áreas que habitualmente estaban excluidas de la mirada de los jueces o que apenas eran consideradas a la hora de fijar este tipo de daños. Por otra parte, las sumas concedidas en concepto de daños punitivos empezaron a crecer exponencialmente hasta llegar a sumas difíciles de concebir. A ello se agregaba el hecho de que estos montos exorbitantes se multiplicaron de tal modo que originó una reacción en la doctrina que empezó a considerar la posibilidad de imponer límites a este tipo de indemnizaciones.²⁵ En este sentido existieron algunos trabajos que proponían diversos medios para que la Corte Suprema de los Estados Unidos resolviera la cuestión y un sector de la doctrina proponía reducir estos montos exorbitantes con sustento en la Enmienda Octava.²⁶

d) Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos

La Corte Suprema consideró en diversas oportunidades el instituto de los daños punitivos, aunque se limitó a formular consideraciones que se vinculaban a aspectos relacionados con su procedencia o la forma en que debía limitarse su imposición en ciertos casos (por ejemplo en el marco de la libertad de prensa).²⁷

Mayor importancia revistió la decisión recaída en la causa *Browning Ferris Industries v. Kelco Disposal*²⁸ en la que desestimó el intento de aplicación de la Enmienda Octava para reducir la cuantía de los daños punitivos establecidos en un tribunal estadual.

En la década de 1990 la Corte Suprema entró de lleno en la cuestión de la fijación de los daños punitivos. La decisión en el caso *Haslip*²⁹ importó cerrar una etapa: allí la Corte dejó abierta la posibilidad de considerar la ponderación en casos futuros en algunos supuestos. En particular la Corte señaló que “la discreción ilimitada del jurado –o la discreción ilimitada del juez– para el cálculo de los daños punitivos puede llevar a resultados que

24. Un panorama general de este fenómeno en George L. Priest, *Modern Tort Law and Its Reform*, 22 Valparaiso University Law Review 1 (1987).

25. “Por consiguiente, la cuestión central no es más si debe haber una revisión del cociente entre los daños punitivos y compensatorios. Más bien, la cuestión es si los límites deben ser sistemáticamente definidos por las legislaturas, o aplicados sobre una base *ad hoc* por las cortes como una materia de derecho constitucional federal”. Theodore Eisenberg y Martin T. Wells, *Punitive Damages After BMW, a New Capping System, and the Reported Opinion Bias*, 1998 Wisconsin Law Review 387, 388 (1998).

26. Se ha sostenido que contrariamente a la noción de que la Octava Enmienda está confinada estrictamente a los casos penales, la cláusula por multas excesivas de la Octava Enmienda debería aplicarse a la imposición de daños punitivos y a todas las sanciones monetarias judicialmente impuestas en casos civiles. *The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history*, 40 Vanderbilt Law Review, 1233, 1234 (1987). También Andrew M. Kenefick, *The constitutionality of punitive damages under the excessive fines clause of the Eight Amendment*, 85 Michigan Law Review 1699 (1987).

27. Ver por ejemplo *Gertz v. Robert Welch*.

28. Ver especialmente 492 US. 257 (1989). La posibilidad de limitar los daños punitivos por la cláusula Octava había sido también planteada por Andrew M. Kenefick, *The constitutionality of punitive damages under the excessive fines clause of the Eight Amendment*, 85 Michigan Law Review 1699 (1987) y sus fundamentos históricos habían sido reseñados por Calvin R. Massey, *The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from history*, 40 Vanderbilt Law Review, 1233 (1987). Debe señalarse que la Corte Suprema norteamericana había examinado la cuestión en *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw* 486 US 71 (1988) pero prefirió no entrar al fondo porque la cuestión no había sido planteada ante los tribunales inferiores.

29. *Pacific v. Haslip* 499 US 1(1991).

sacudan las sensibilidades constitucionales.”³⁰ El caso TXO se vincula con Haslip al precisar la Corte que la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda impone límites sustanciales respecto a la eventual imposición de daños punitivos³¹. Posteriormente en el caso Honda³² el mismo tribunal estableció que un monto excesivamente grande (*grossly excessive*) violaba la cláusula del debido proceso, de modo que correspondía examinar si el componente procesal adoptado en los estados afectaba o no esa cláusula de la Declaración de Derechos.

La segunda etapa intervencionista de la Corte Suprema de los Estados Unidos se afianzó con el fallo Gore.³³ Allí el tribunal estableció claramente tres indicadores (*guideposts*) para determinar los indicios de razonabilidad establecidos por los tribunales y por los jurados.

1. Reprochabilidad de la conducta.
2. Cociente entre los daños punitivos y el daño real o el daño potencial determinados en el caso.
3. Diferencia entre los daños punitivos y las penas civiles autorizadas para casos similares.

En una tercera etapa la Corte Suprema aplicó concretamente los indicadores de Gore en dos nuevos fallos: Cooper³⁴ y State Farm.³⁵ El tribunal persiguió en estos fallos que se adecuaran las decisiones de los tribunales inferiores a los preceptos de Gore, que debía considerarse la posibilidad de que los jurados estuvieran errados en el cálculo del daño potencial y en esta tarea tuvo en cuenta que no era posible imponer daños punitivos cuando ni siquiera estaba demostrado que la conducta del demandado fuera incorrecta, y que era útil considerar las multas civiles que pudieran haberse considerado para casos similares (Cooper). En State Farm estableció que la conducta de la demandada debía examinarse a nivel estadual sin que fuera posible ponderar su conducta en otros estados. Asimismo, indicó que la proporción entre daños compensatorios y punitivos no podía exceder, como regla, de un dígito y que las sentencias debían evitar el uso del proceso civil para imponer sanciones penales sin el empleo de las correlativas garantías que se aplican en los procesos criminales.³⁶

De esta forma la Corte estableció una armazón que buscaba limitar la discreción de los jurados y de los jueces en la determinación de montos exorbitantes por daños punitivos. En particular, ello provocó un efecto a nivel nacional sobre el modo en que debían ser calculados los daños punitivos acentuándose una tendencia en el sentido de que aquellos no podían ser, como principio, superiores a un múltiplo de un dígito en el cociente entre

30. Haslip 18.

31. 509 US 443, 473 (1993). Empero la corte prefirió no descalificar la sentencia apelada, a pesar de que la disidencia de los jueces O'Connor, White y Souter consideraban que los inaceptables procedimientos escogidos en las instancias inferiores habían transformado una disputa comercial en un veredicto de u\$s 10.000.000. por daños punitivos.

32. Honda Motor Co., Ltd. v. Oberg, 512 US. 415 (1994).

33. Gore, 517 US 559 (1996).

34. Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc. 523 US 424 (2001).

35. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell 538 US 408 (2003)

36. La Corte también ha afirmado que la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda prohíbe la imposición de castigos excesivamente grandes o arbitrarios a quien causó un hecho ilícito. State Farm v. Campbell.

aquellos y los daños compensatorios concedidos en la sentencia.³⁷ Sin embargo, también resulta claro que existieron tribunales que no consideraron que la Corte hubiera fijado un criterio inequívoco en este sentido, en particular cuando se presentaban conductas socialmente reprochables.³⁸

e) La perspectiva de la doctrina

Cuando se trata de analizar el modo en que eventualmente pudiera efectuarse una traslación del instituto de los daños punitivos al sistema normativo argentino es necesario tener en cuenta también el modo en que la doctrina norteamericana ha considerado los problemas originados por los montos excesivos concedidos por jueces y jurados.³⁹ Tal como se verá más adelante, estos problemas de traslación no suponen solamente la incorporación de la institución misma sino también la exclusión de algunos de los aspectos propios del sistema normativo importado por diversos motivos. Esta exclusión se refiere tanto al recorte de parte de la institución importada (por ejemplo el recorte de límites cuantitativos legales o jurisprudenciales establecidos en el país de origen) como a la desestimación implícita de todo el trasfondo del sistema normativo sobre el que aquélla se asienta (por ejemplo el sistema del *common law* o el procedimiento por jurados en causas civiles).

Por ser ello así, un análisis sólo centrado en las normas legislativas (*statutes*) o en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y de la Corte Suprema norteamericana sería insuficiente porque, precisamente, el debate principal en este aspecto ha girado en torno a la doctrina.

Este debate tiene dos centros neurálgicos. En primer término, las discusiones en torno a la existencia del problema mismo, esto es, si existe verdaderamente una amplia tendencia respecto a la imposición de daños punitivos exorbitantes o se trata, en realidad, de una ilusión creada por algunos sectores afectados en general y por las grandes corporaciones en particular. En segundo lugar, la discusión de los autores se centra –admitido o no el problema de la cuantía– en los modos de perfeccionar el sistema de imposición de los daños punitivos.

Este capítulo se focalizará, por consiguiente, en el examen de los aspectos descriptivo y normativo de la doctrina.

37. *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*, (2003) Cal. Ct. App. 2003. Ese cociente ha sido usado, por ejemplo, en *Daka, Inc. v. McCrae*, 839 A.2d 682, 700-01 (D.C. 2003); *Liggett Group, Inc. v. Engle*, 853 So.2d 434, 469 (Fla. App. 2003); *Henley v. Philip Morris Inc.*, 9 Cal. Rptr. 3d 29, 73 (Cal. Ct. App. 2004) (donde se sostuvo un cociente de 6 a 1).

38. Para la aplicación por los tribunales inferiores de las pautas fijadas por la Corte Suprema, ver la nota *Developments in the law – The path of civil litigation*, 113 Harvard Law Review 1752, 1790 (2003).

39. Se pueden reseñar en este sentido diversos artículos que contemplan el modo en que deciden los jueces y los jurados en general, y la forma en que algunas de estos planteos repercuten sobre la imposición de daños punitivos. W. Kip Viscusi, *Jurors, judges and the mistreatment of risk by the Courts*, 30 Journal of Legal Studies 107 (2001); Theodore W. Eisenberg y otros, *Juries, judges and punitive damages: an empirical study*, 87 Cornell Law Review 743 (2002); Gregory C. Sisk, Michael Heise y Andrew P. Morris, *Charting the influences on the judicial mind: and empirical study of judicial reasoning*, 73 New York University Law Review 1377 (1998); Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski y Andrew J. Wistrich, *Inside the judicial mind*, 86 Cornell Law Review 777 (2001); David Schake, Cass R. Sunstein y Daniel Kahneman, *Deliberating about dollars: the severity shift*, 100 Columbia Law Review 1139 (2000); Jeffrey J. Rachlinski, *The uncertain psychological case for paternalism*, 97 Northwestern Law Review 1165, 1185 (2003). Para un estudio concreto sobre los jurados, ver el libro de Cass R. Sunstein y otros, *PUNITIVE DAMAGES: HOW JURIES DECIDE*, Chicago The University of Chicago Press, 2002.

f) ¿Existe realmente un problema en el cálculo de los daños punitivos?

La Corte Suprema de los Estados Unidos decidió intervenir desde comienzos de la década de 1990 al advertir serios quebrantos en el sistema de imposición de los daños punitivos a nivel estadual⁴⁰ y resulta claro también que posteriormente ha descalificado muchos fallos que fijaban montos supuestamente excesivos. Tales decisiones presuponen, en realidad, que existe un problema de tal magnitud que ha obligado al tribunal a fijar pautas que fueran aplicables para todos los tribunales del país. Ello ha importado también una unificación de la jurisprudencia como un método para salvar el hecho de que las legislaturas estatales no pudieron arbitrar medidas que evitaran estas decisiones exorbitantes.

Ahora bien, parte de la doctrina norteamericana ha puntualizado que el problema de la exorbitancia no existe. En este sentido se destacan los trabajos de Eisenberg⁴¹, Luban⁴² y Galanter.⁴³

Estos autores sostienen que los daños punitivos no son concedidos en todos los casos en que los actores reclaman daños compensatorios, que cuando aquéllos son impuestos por la presencia de alguna conducta reprochable ello sólo ocurre en un número mínimo de precedentes y que los montos exorbitantes resultan muy pocos en el contexto general de los pronunciamientos judiciales.⁴⁴ Eisenberg ha efectuado cálculos al respecto con el objetivo de demostrar que no existen tantos casos en los que se imponen daños punitivos y que, de todos modos, es posible predecir en qué casos y con qué alcances pueden imponerse daños ejemplares.⁴⁵ La reacción contra los daños punitivos se habría originado, en realidad, por tácticas de distracción realizadas por grandes empresas que han utilizado diversos instrumentos para promover en la opinión pública una reacción que promueva una restricción de los tribunales mediante el uso de diversos argumentos.⁴⁶

Asimismo, la postura tradicional reivindica la actividad de los individuos privados que pueden utilizar la promoción de acciones para que se impongan daños punitivos con el

40. La decisión de la Corte Suprema para involucrarse en este tipo de casos y el uso de la Decimocuarta Enmienda para limitar los daños punitivos (como en *State Farm*) se encuentran actualmente bien establecidos. Se puede comparar así esta posición con la perspectiva tradicional que había sido adoptada en *Minneapolis & ST. L. R. Co. v. Beckwith*, 129 U.S. 26 (1889): "La imposición de daños punitivos o ejemplares en tales casos no puede ser considerada como en conflicto con la prohibición con la privación de propiedad sin el debido proceso legal. Este es sólo un modo de imposición de una pena por la violación de un deber, y su propiedad y legalidad han sido reconocidas, como ha sido decidido en *Day v. Woodworth*, 13 How. 363, 371."

41. Theodore M. Eisenberg, *Juries, judges and punitive damages: an empirical study*, 87 *Cornell Law Review* 743 (2002) y *Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages*, 87 *The Georgetown Law Review* 347 (1998).

42. David Luban, *A Flawed Case Against Punitive Damages*, 87 *The Georgetown Law Review* 359 (1998).

43. Marc Galanter y David Luban, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 *American University Law Review* 1393 (1993).

44. Theodore W. Eisenberg y otros, *Juries, judges and punitive damages: an empirical study*, 87 *Cornell Law Review* 743, 745, notas 5 y 7.

45. Theodore Eisenberg y otros, *The predictability of punitive damages* 26 *Journal of Legal Studies* 623 (1997).

46. La idea de la politización de los daños punitivos es la clave para comprender cómo y por qué el debate sobre los daños punitivos ha cambiado en los años recientes. El debate se modificó en la década del 80 como parte de una intensa y bien financiada campaña política de grupos de interés que buscaban reformas fundamentales en el sistema de la justicia civil para su propio beneficio. Es necesario anticiparse a impedir los esfuerzos de los antirreformistas, como los grupos de consumidores y de actores, que combaten las reformas deseadas. (Daniels y Martin, *Mith and Reality in Punitive Damages*).

objetivo de remediar los defectos u omisiones de la administración en el control de actividades riesgosas de las grandes corporaciones.

g) Los planteos normativos

No existen, pues, respuestas concluyentes respecto al real alcance sobre la economía en general y sobre las finanzas de las empresas en particular por la imposición de daños punitivos excesivos. De todos modos, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado que la tendencia a un aumento se convirtió en incontrolable hasta un grado tal que creyó necesario intervenir fuertemente en esta cuestión.⁴⁷

Frente a ello, la doctrina se ha centrado en la búsqueda de instrumentos dirigidos a superar estas dificultades.⁴⁸ Esta reseña también resulta necesaria a la hora de considerar las eventuales ventajas e inconvenientes de su traslación a la Argentina, ya que –como se verá– la doctrina nacional soslaya estas otras facetas del mundo jurídico norteamericano.

Un examen estrictamente limitado de la cuestión permite advertir que las sugerencias giran en torno de tres propuestas básicas:

- a. La supresión de los daños punitivos.
- b. La búsqueda de reglas limitativas de la responsabilidad.
- c. La dirección de la conducta de los jueces y de los jurados.

a. La supresión de los daños punitivos

Sostiene Viscusi⁴⁹ que la mejor solución para paliar las dificultades referentes a los montos exorbitantes consiste en su supresión lisa y llana. El planteo se sostiene en que los daños punitivos no tienen efecto disuasivo real, que no se reflejan finalmente en las decisiones de las empresas y producen consecuencias perjudiciales tanto para el control de gestión de las empresas mismas como para el sistema económico en general. Viscusi muestra, por ejemplo, que no existen diferencias sustanciales respecto a la conducta de las personas entre aquellos estados que imponen daños punitivos y los que no contemplan este tipo de castigos en su legislación estadual. También se ha cuestionado que los daños punitivos tengan el efecto disuasivo que a menudo se considera como su objetivo fundamental para el castigo de los demandados en estos casos. George L. Priest⁵⁰ ha señalado

47. TXO 509 US. 456

48. Un panorama respecto a estos posibles instrumentos en Cass R. Sunstein, *What Should be Done en PUNITIVE DAMAGES. HOW JURIES DECIDE* 242-258.

49. W. Kip Viscusi, *The social costs of punitive damages against corporations in enviromental and safety torts*, 87 *The Georgetown Law Journal* 2985 (1998). También son útiles sus trabajos *Why There is No Defense of Punitive Damages*, 87 *The Georgetown Law Journal* 381 (1998) y especialmente *Punitive damages: how juries and judges perform*, 33 *Journal of Legal Studies* 1 (2004) escrito con Jone Hersch donde critica la posición de Eisenberg y *The challenge of punitive damages mathematics* 30 *Journal of Legal Studies* 313 (2001) donde cuestiona las posibilidades de aplicación real de las teorías de Shavell y Polinsky. Tendré en cuenta el trabajo de Viscusi porque es uno de los pocos autores que realizan trabajos verdaderamente empíricos en el marco de trabajos jurídicos desarrollados en facultades de derecho (según lo sostiene William M. Landes, *The Empirical Side of Law & Economics*, 70 *The University of Chicago Law Review*, 167, 179, nota 18 (2003).

50. *Punitive Damages Reform: The Case of Alabama*, 56 *Louisiana Law Review* 825, 831 (1996),

que la concesión de daños compensatorios que satisfagan íntegramente la totalidad de los daños es un mejor procedimiento disuasivo que la imposición judicial de daños punitivos, por lo que resulta innecesario incluirlos en un moderno sistema de responsabilidad civil.⁵¹

Por otro lado, indican que las decisiones de las grandes empresas no se encuentran, en realidad, condicionadas por la imposición de daños ejemplares. En este sentido, se sostiene que en ocasiones las decisiones internas de las sociedades en las que se alude al control del riesgo son consideradas erróneamente por los jurados como cálculos cínicos por parte de tales directivos. Desde esta perspectiva, se puede presentar la paradoja de que se condene en exceso a los empresarios que habrían intentado prever sincera –aunque infructuosamente- las contingencias relativas a la producción de un daño.⁵²

b. La limitación de los daños punitivos

Los autores que proponen la búsqueda de métodos limitativos de la responsabilidad aceptan el objetivo disuasivo del instituto de los daños punitivos⁵³ pero plantean, al mismo tiempo, la instrumentación de procedimientos que permitan mantener la eficiencia del instituto a la vez que no cause un costo social innecesario. La escuela del Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics* o *Economic Analysis of Law*) se ha centrado particularmente en este aspecto y el trabajo central en este sentido es el artículo *Punitive Damages: An Economic Analysis* de A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell.⁵⁴

El punto de partida en estos casos consiste en ponderar cómo responderán individuos racionales a la amenaza de los daños punitivos y si, además, esa respuesta promoverá el bienestar general o se frustrará al provocar un costo social inconveniente.⁵⁵

Los autores proponen la adopción de una fórmula que busca que los daños sean fijados, en caso de encontrarse responsable al demandado, según el cálculo del monto del daño compensatorio multiplicado por la recíproca de la posibilidad de ser encontrado responsable.⁵⁶

51. "Si los daños punitivos son simplemente inefectivos y no causan consecuencias adversas, deberían ser eliminados. Sin embargo, su rendimiento global puede ser incluso peor cuando simplemente fallan en fomentar incentivos de seguridad constructivos; los daños punitivos aleatorios e impredecibles pueden de hecho causar daños económicos concretos." Kip Viscusi, *The social costs...* pág. 322. Este autor destaca también que los daños punitivos promueven un gasto improductivo y precauciones antieconómicas que pueden llevar a incrementar incorrectamente el riesgo y a desalentar la innovación.

52. Ver en este sentido, Kip Viscusi, *Corporate Risk Analysis. A Reckless Act?*, 52 *Stanford Law Review* 547(2000)

53. La posibilidad de alcanzar un grado de disuasión eficiente en estos casos ha sido cuestionada por Cass R. Sunstein, David Schkade y Daniel Kahneman, *Do people want optimal deterrence*, 29 *Journal of Legal Studies* 237 (2000).

54. 111 *Harvard Law Review* 869 (1998) y también *Corporate risk analysis: A reckless act?*, 52 *Stanford Law Review* 547 (2000). Desde una perspectiva distinta, ver Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 *University of Southern California Law Review* 79 (1982). El artículo ha sido patrocinado por la Corporación Exxon. La influencia que ejerce este patrocinio económico en los autores hostiles a los daños punitivos ha sido puntualizada por Gregory Mitchell, *Taking behavioralism too seriously? The unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law*, 43 *William and Mary Law Review* 1907, nota 42 (2002).

55. Ver RICHARD A. POSNER, *EL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO*, México, FCE, 1998 pág. 201.

56. Shavell and Polinsky, pág. 887. Esta fórmula ha merecido posteriores análisis como el de Richard Craswell, *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives*, 97 *Michigan Law Review* 2185 (1999).

Los jurados y jueces en estos casos deberán acceder a la información necesaria para determinar la posibilidad de que el causante del daño escape a una condena judicial por su responsabilidad en el hecho ilícito. Implica, de este modo, un criterio ciertamente refinado en torno a la ponderación de las chances de escape y de eventual punición. Shavell y Polinsky excluyen de este modelo a aquellas conductas profundamente reprochables respecto de las cuales no es posible considerar que tengan alguna utilidad social. No existen en estos casos consideraciones válidas para limitar la magnitud de los daños, fuera de la discreción del juez o del jurado.⁵⁷

La riqueza del causante del daño pierde –en este cálculo económico– la relevancia que se le concede habitualmente porque el objetivo fundamental de los jueces y jurados consistirá en determinar las posibilidades de escape en el caso particular.⁵⁸ La riqueza sólo podría considerarse en casos excepcionales (la mayor proclividad de los ricos al riesgo o una conducta socialmente reprochable como ocurre en los casos de demandas por difamación). Tampoco tienen particular relevancia en estos casos el costo de los litigios, la gravedad producida por la ruptura de los contratos, la externalización de los riesgos o la protección del mercado mismo.

Corresponde tener en cuenta que la perspectiva del análisis económico del derecho se centra esencialmente en la actividad de las grandes corporaciones y no considera minuciosamente el tema relativo al objetivo sancionatorio de los daños punitivos.⁵⁹

c. La conducta de los jueces y de los jurados

Los montos exorbitantes fijados en causas vinculadas con daños de gran magnitud también han sido atribuidos a ciertas distorsiones cognitivas que afectan a los jurados.⁶⁰ La teoría que se propone en estos casos –que actúa como correctora del análisis económico del derecho– plantea que los montos exorbitantes son concedidos fundamentalmente por los jurados y que las causas de estas distorsiones se hallan en ciertas tendencias (*biases*) que se acentúan en estas circunstancias. El análisis conductista del derecho (*behavioral law and economics*) sostiene que existen algunas inclinaciones de los seres humanos que, especialmente en situaciones de riesgo o incertidumbre, llevan a que las decisiones no se sostengan en pautas racionales sino que se edifican sobre atajos mentales.⁶¹ A partir de esa comprobación, el análisis conductista insiste en que es posible encontrar sistematicidades en el apartamiento de estos patrones racionales.⁶² Existen múltiples

57. Shavell and Polinsky, pág. 909.

58. Shavell and Polinsky, pág. 910.

59. En este orden de ideas, la juez O'Connor cuestionó el Análisis Económico del Derecho en el campo de los daños punitivos ("La Octava Enmienda no incorpora las perspectivas de la Escuela del Análisis Económico del Derecho"; Browning Ferris pág. 300 (1989). Ver también O'Connor, Souter y White en TXO pág. 492 (disidencia) y O'Connor Breyer y Souter, en Gore (disidencia).

60. Para un panorama sobre estas distorsiones cognitivas, ver Cass R. Sunstein, Christine Jolls, y Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 Stanford Law Review 1471 (1997).

61. Estas teorías fueron criticadas por Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50 Stanford Law Review 1551 (1998) y Roselle Wissler, Allen J. Hart and Michael J. Saks, *Decisionmaking about General Damages: a comparison of jurors, judges and lawyers*, 98 Michigan Law Review 751 (1999).

62. Daniel Kahneman, David A. Schkade and Cass R. Sunstein, *Shared Outrage, Erratic Awards* en HOW JURIES DECIDE 31-42 (originalmente publicado como *Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology or Punitive Damages*, 16 Journal of Risk and Uncertainty 47 (1998).

explicaciones para estas distorsiones entre las cuales pueden citarse la racionalidad limitada, la tendencia retrospectiva, el anclaje, la atribución sustitutiva, la heurística afectiva y la disponibilidad, entre otros.⁶³ En particular, se advierte que el problema no se halla en la ponderación del ultraje moral causado por la conducta sino en el modo en que esta calificación se traslada a la determinación de montos dinerarios.⁶⁴

El análisis conductista propone en estos casos dos soluciones, por un lado, la búsqueda de procedimientos que permitan trasladar la relativamente uniforme calificación entre los jurados y jueces de los supuestos en los que se configura el ultraje moral a montos menos divergentes entre sí de los que se traducen en los veredictos.⁶⁵ En estos casos, surgen profundas diferencias entre jueces y jurados respecto a la transformación en montos dinerarios para castigar conductas reprochables. El segundo aspecto, se centraliza en promover mejores métodos para evitar que las decisiones de los jurados se vean afectadas por estas tendencias distorsivas.⁶⁶

De todos modos, las controversias que se han originado en la doctrina y en la jurisprudencia norteamericana desde principios de la década del 90 respecto a la utilidad de los daños punitivos no han podido todavía ser superadas. Sin embargo, resulta claro, por otra parte, que el estándar fijado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la secuencia Gore-Cooper-State Farm ha repercutido sobre los tribunales estatales. En particular se va asentando una regla que postula –como principio básico– que no debe haber entre los daños compensatorios y los daños punitivos un múltiplo que sea superior a un dígito.⁶⁷

63. He examinado este tema en mis artículos *Análisis conductista del derecho (Sobre algunas correcciones al análisis económico del derecho)*, ED 207-549 y 947. La bibliografía general es abundante y vale la pena citar, entre otros, a Christine Jolls, Cass R. Sunstein y Richard A. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stanford Law Review* 1471 (1998). BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS (Cass R. Sunstein ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000; HEURISTICS AND BIASES: THE PSYCHOLOGY OF INTUITIVE JUDGEMENT, edit. por Thomas Gilovich, Dale Griffin y Daniel Kahneman, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 y un resumen sobre sus hallazgos en Russell B. Korobkin B. y Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 *California Law Review* 1051 (2000) y Samuel Issacharoff, *Can there be a Behavioral Law and Economics?*, 51 *Vanderbilt Law Review* 1729, 1743 (1998). Ver también, MARIO BUNGE, EMERGENCIA Y CONVERGENCIA. NOVEDAD CUALITATIVA Y UNIDAD DEL CONOCIMIENTO, Barcelona, Ed. Gedisa, 2004; 210, 261, 284 y 289.

64. Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman y David Schkade, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 *Yale Law Journal* 2071 (1998).

65. Edward J. McCaffery, Daniel J. Kahneman and Matthew L. Spitzer, *Framing the Jury: Cognitive Perspective on Pain and Suffering Awards*, en BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS (Sunstein ed.) págs. 259-287.

66. Existen, por supuesto, otras perspectivas respecto a la adopción de mejores soluciones. Así Kip Viscusi afirmaba que “la más efectiva forma de disciplinar estas decisiones erróneas es a través de las fuerzas del mercado, la regulación gubernamental y los daños compensatorios y no por los daños punitivos”. *Why there is no Defense to Punitive Damages*, pág. 389.

67. *Henley v. Philip Morris Inc* (2004) 114 Cal. App. 4th 1429 (cociente de 6 a 1 de los daños punitivos respecto a los daños compensatorios); “A la luz de *Campbell* no creemos que el cociente 17 a 1 reflejado en el presente juicio pueda soportar el escrutinio judicial. Como nosotros leemos el caso, un cociente de dos dígitos sólo se hallará justificado raramente, y quizás nunca en un caso donde el actor haya obtenido un monto considerable por daños compensatorios”, 1480); *Diamond Woodworks, Inc. v. Argonaut Ins. Co.* (2003) 109 Cal. App 4th 1020 (cociente de 4 a 1; “con respecto al cociente entre daños punitivos y daños compensatorios... no tenemos duda que cualquier excedente sobre 4 a 1 no se adecuará al debido proceso bajo *Campbell*” 1455); *Zhang v. American Gem Seafoods Inc.* (9th Cir 2003) 339 F. 3 1020 (cociente de 7 a 1); *Bogle v. McClure* (11th Cir. 2003) 332 F.3d. 1347 (cociente de 4 a 1); *Rhone-Poulenc Agro S.A. v. DeKalb Genetics Copr.* (D.C. Cir 2003) F.3d 1366 (cociente de 3 a 1).

Desde luego que no pueden establecerse claros criterios a ese respecto pero el respeto del principio sentado por la corte federal por parte de los tribunales estatales supone una especie de regla federal de mayor eficacia que las dificultades que habría importado la conformación de múltiples sistemas de topes en los diferentes estados.⁶⁸

III. El sistema normativo argentino y los daños punitivos

Nuestro país adoptó un sistema de responsabilidad civil que se encuentra sustentado en el derecho continental. El Código Civil se funda sustancialmente en el Código Civil de los Franceses de 1804 y en la obra del jurista brasileño de mediados del siglo XIX Augusto Teixeira de Freitas. Su texto original ha pasado por diversas reformas, la más importante de las cuales es la sancionada con la ley 17.711 de 1968 que ha impuesto responsabilidades por el riesgo o vicio de las cosas apartándose del puro sistema de responsabilidad subjetiva del código original.⁶⁹

No existe en la legislación positiva argentina disposición alguna que contemple la imposición de daños punitivos al estilo del orden normativo norteamericano.⁷⁰ La responsabilidad civil se funda esencialmente en el deber de reparación, esto es, en la obligación de reintegrar las cosas al estado en que se encontraban antes del incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) o del hecho ilícito (responsabilidad extracontractual).⁷¹ La indemnización se satisface habitualmente en dinero y sólo tiene una función compensatoria: se pagan sólo los daños comprobados y ciertos y en algunas ocasiones se repara la pérdida de la chance. El daño potencial no es resarcido y no existen multas civiles o daños punitivos que busquen un objetivo de castigo y disuasión.⁷²

Los autores argentinos –especialmente de derecho civil– consideraban a los daños punitivos como un instituto propio del derecho anglosajón que no debería ser recibido en el sistema normativo argentino.⁷³ Desde principios de la década

68. También se ha señalado otro efecto restrictivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema ya que se sostiene que sus fallos prohíben implícitamente múltiples indemnizaciones y hacen exigible, en consecuencia, la agregación de demandas (*claim aggregation*). Semra Mesulam, *Collective Rewards and Limited Punishment: Solving the Punitive Damages Dilemma with Class*, 104 *Columbia Law Review* 1114, 1132 (2004).

69. El Código Civil –en su texto original– establecía el principio de responsabilidad extracontractual por culpa, pero desde la reforma de 1968 se han incorporado diversas normas que establecen supuestos de responsabilidad cuasi objetiva, sobre todo en lo que se refiere a los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113).

70. Algún autor discute esta afirmación (ver Jorge Mario Galdós, *Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa*, *Revista de Derecho de Daños* vol. 6, 1999, 113, 134), pero la doctrina considera en su mayoría que el instituto no se encuentra incorporado a nuestro sistema normativo.

71. La Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que este deber de reparar surge del art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto esa norma dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe (conf. Ponzetti de Balbín Fallos: 306:1892 de 1984).

72. Las reglas que rigen la responsabilidad civil en la Argentina son, desde luego, mucho más complejas (las obras clásicas en este sentido son Jorge J. Llambías, *OBLIGACIONES*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, Guillermo A. Borda, *OBLIGACIONES*, 5ª ed. Buenos Aires, Ed. Perrot, 1983 y Jorge Bustamante Alsina, *TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, 5ª. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987).

73. Se destacan los trabajos de Jorge Bustamante Alsina, *Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, XXIX, 32, 1994, pág. 125 y *Algo más sobre los llamados 'daños punitivos'*, LL 1994-D-863.

de 1990⁷⁴ esta tendencia se invirtió y existen autores que consideran que sería beneficiosa la incorporación de ese tipo de daños para hacer frente a actitudes altamente reprochables. La posición de los autores es, en la actualidad, ampliamente favorable a su incorporación en el marco de la responsabilidad por hechos ilícitos en general⁷⁵ y en particular se propicia su aceptación en tan diversos campos como el daño ambiental⁷⁶, el daño a la intimidad⁷⁷, la protección del derecho de autor⁷⁸, el daño al consumidor⁷⁹, el daño causado por la emisión de informaciones inexactas para incluso alcanzar otros aspectos como el daño moral⁸⁰ o la punición por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias.⁸¹

Asimismo, el proyecto de Código Civil de 1998—elaborado por una Comisión de Juristas⁸²—propuso la incorporación de un texto expreso que recibía el concepto de daños punitivos. En efecto el art. 1587 del proyecto propone el siguiente texto. “Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.”⁸³

74. Puede decirse que la corriente comenzó con el trabajo de Alfredo J. Kraut, *Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva*, JA 1989-III, pág. 909, III-d) 1).

75. La exposición más amplia es la de Ramón D. Pizarro, *Daños punitivos* en Derecho de daños: homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, Vol. 2, 1989/2000, Buenos Aires, La Rocca, 287. Ver también Virginia Simari, *Daños punitivos: una herramienta eficaz* en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Vol. XI, 1998, pág. 159 y Augusto R. Sobrino, *Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad*, J.A. 1996-III-1976; Federico M. Álvarez Larrondo, *Los daños punitivos*, LL. 2000-A-1111 y Félix Trigo Represas, *Daños punitivos en La responsabilidad (homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

76. Carlos E. Camps, *De los daños punitivos al enriquecimiento sin causa en el derecho civil ambiental*, J.A., 2001-I-1105. En realidad, este autor repudia, por un lado, a los daños punitivos pero, al mismo tiempo, recomienda que el afectado reciba una indemnización que va más allá de lo compensatorio y que se dirige a trasladar el monto del enriquecimiento del demandado a favor del perjudicado.

77. Patricia E. Castro, *Libertad de prensa. Real malicia y daños punitivos*, Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, vol. 6, 2002, pág. 151.

78. Jorge Andrés Sierra, *La cuantificación de los ilícitos en el derecho de autor: los daños punitivos*, en Carlos A. Ghersi coordinador, *Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación* Vol. 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2000, pág. 457.

79. Augusto Sobrino, *Los daños punitivos: su posible aplicación a la industria alimenticia*, en Carlos A. Ghersi compilador. *La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos*, Buenos Aires, Eudeba, 1998, pág. 219.

80. Jorge Mario Galdós, *Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa*, Revista de Derecho de Daños vol. 6, 1999, pág., 113.

81. Augusto Roberto Sobrino, *Alimentos: algunas propuestas para su cumplimiento. La aplicación del daño moral, daños punitivos, astreintes y la teoría de las cargas probatorias* en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro, Vol. 5, 1999, pág. 17.

82. Esta comisión se encontraba integrada por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

83. No es el objetivo de este trabajo analizar esa norma, pero de su lectura se desprende que se han tomado términos propios del derecho estadounidense. Así, la referencia del proyecto es una traducción de expresiones similares del derecho norteamericano que califican a una conducta como gravemente negligente (*grossly negligent*) cuando es intencional o supone un temerario desinterés de los derechos de los otros (ver, por ejemplo, United States Court of Appeals 5° Circ. Bernard M. Barrett v. United States of América del 27 de noviembre de 1996 con la cita Marré v. United States, 38 F.3d 823, 826 (5° Circ. 1994) y Miller v. Pannell, 815 So. 2d. 1117 de la Corte Suprema de Mississippi, 2002)

El proyecto de Código Civil aun no ha sido aprobado por el Congreso Nacional y no existen perspectivas de que así lo sea en un futuro cercano. Sin embargo, resulta claro que existe una fuerte corriente de opinión que propone la incorporación al derecho argentino de los daños punitivos como un remedio para disuadir a los autores de ciertas conductas reprochables en el marco de la responsabilidad civil.⁸⁴ Cabe tener en cuenta, además, que no existen decisiones de la jurisprudencia argentina que hayan incorporado a los daños punitivos⁸⁵, razón por la cual me detendré en el examen de las propuestas en miras a una eventual incorporación de la mencionada norma del Proyecto de 1998.

Sorprendentemente, la mayoría de estos autores ha concebido a la institución casi sincrónicamente sin considerar las dificultades que han surgido en la última década en Estados Unidos y que han llevado, como quedó dicho, a cuestionar la existencia misma del instituto en el marco de la responsabilidad civil. Los comentarios se dirigen, en general, a examinar el tema sólo desde los problemas que originan los excesos cuantitativos y a plantear la cuestión en términos duales, casi al modo en que se considera una indemnización de daños compensatorios: exceso en la cuantía o monto ínfimo.⁸⁶

Ahora bien, tal como he relatado en el punto II la cuestión dista de ser sencilla. Las ventajas e inconvenientes de los daños punitivos han sido examinados en algunos trabajos.⁸⁷ El enfoque en estos casos ha consistido, por lo general, en reseñar el estado de la cuestión en el sistema norteamericano, compararlo con el sistema argentino y plantear las ventajas o inconvenientes de la incorporación del instituto a nuestro país. Debo destacar que la perspectiva con la que se examina el sistema estadounidense es fundamentalmente estática y sólo se señalan las dificultades en la determinación de la cuantía de los daños.⁸⁸ La comparación se efectúa así con un examen de ambos sistemas como estáticos.⁸⁹ Mi visión intenta ser más dinámica. No supone descartar la incorporación de los daños punitivos. Implica, en cambio, destacar las dificultades de su traslación no porque sean intrínsecamente inadmisibles en un sistema continental sino porque pueden ser usados para fines no previstos en el *common law* o porque su traslación se insertará en un entramado en el que existen rasgos procesales que deberán llevar a un estudio más cuidadoso por parte de los jueces.

84. Para un apoyo crítico al Proyecto, ver Jorge Mosset Iturraspe, *La 'multa civil' o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998*, LL 2000.-B-1277.

85. Por el contrario los tribunales han señalado expresamente que no se aplican los daños punitivos en la Argentina (CNCiv Sala D del 28 de febrero de 1996 en LL 1996-D-451 y CNFed Civ y Com, Sala III ED 180-378).

86. Menos aún se ha examinado la cuestión desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Un esbozo en este sentido se encuentra en el trabajo de Alberto Biglieri y otros, *Las multas civiles: análisis económico de la cuestión y su constitucionalidad*, XIII, Conferencia Nacional de Abogados (Jujuy 2000).

87. Un excelente trabajo al respecto en el trabajo de Juan C. Díaz (ver nota 8).

88. Una excepción a este procedimiento se encuentra en el citado trabajo de Jorge Bustamante Alsina, *Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, citado en la nota 73.

89. En su trabajo *Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil de 1998* (LL 2001-F-1316) Diego F. Martinotti destaca con precisión las dificultades que se advierten en el proyecto: la inconstitucionalidad de la sanción de los daños punitivos, el problema de la doble punición, la arbitrariedad en la determinación del monto, la violación al derecho de propiedad, la escasa efectividad disuasoria y el efecto social y económicamente negativo.

IV. Los problemas de la traslación

Existen recientes estudios que han permitido comprender más claramente el préstamo (*borrowing*) o trasplante de instituciones de un país a otros.⁹⁰ En este caso realizaré algo distinto. En efecto, enfocaré mi atención al período intertemporal entre el conocimiento de una institución foránea y su aceptación concreta en el derecho positivo del país importador. No me limitaré a examinar las desventajas del instituto en el país de origen, esto es, la ponderación del instituto tal como funciona en el país exportador. Ello es un presupuesto de este estudio intertemporal pero el examen tendrá en cuenta, además, los aspectos dinámicos de la cuestión. Un ejemplo en este sentido es cómo se concibe el concepto del reparto de la indemnización entre otras personas distintas del actor. Frente a la concepción individualista propia de los Estados Unidos es posible contraponer la concepción argentina más propensa a la intervención del Estado para superar las desigualdades económicas y sociales.

Asimismo, uno de los problemas que surgen de la introducción de elementos legales foráneos es que ellos son adoptados en un estadio primitivo, esto es, los legisladores y autores incorporan un sistema que ya no se corresponde en algunos aspectos con el sistema actualmente vigente en el país “exportador”. No es posible pasar por alto, en este sentido, el modo en que la jurisprudencia norteamericana ha ido restringiendo el ámbito de la aplicación de los daños punitivos. Esto se aprecia claramente en las decisiones de las cortes estatales que aplican los criterios de Gore, Cooper y State Farm.

Baste citar, como ejemplo, la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Quinto Distrito del Estado de California en el caso *Romo v. Ford*.⁹¹ Al examinar un caso reenviado por la corte federal que había revocado una decisión anterior, la cámara se adecuó a las pautas señaladas por Gore y los fallos consecuentes con su criterio. En concreto, la cámara llegó a la conclusión de que en State Farm se había implícitamente rechazado la perspectiva amplia sobre los objetivos y la medida de los daños punitivos. De ello, resulta que en el análisis sobre los daños punitivos debe atenderse primariamente a lo que el demandado hizo al actor, más que a la riqueza del demandado y a su incorregibilidad en general. De un modo similar, la cámara interpretó que la corte federal había establecido un límite que restringía el monto de los daños punitivos. Este límite a los daños punitivos consistía en un multiplicador –dado entre el cociente entre daños compensatorios y punitivos– que no debía ser superior a un dígito para que las sentencias en estos casos no afectaran el debido proceso legal.⁹²

Existe otro aspecto que consideraré y que podría denominarse el aspecto negativo del préstamo, esto es, lo que el ordenamiento positivo importador *decide* no incorporar u *omite* incorporar. Existen presupuestos en el país exportador que apenas son considerados en el país importador y que es bueno poner de resalto a fin de evitar los problemas del país exportador (jurados) o la destrucción del objetivo del instituto por las deformaciones propias del sistema normativo de fondo o procesal del país importador.

90. Ver en este sentido los trabajos de Carlos F. Rosenkrantz, *En contra de los "Préstamos" y de otros usos "no autoritativos" del derecho extranjero*, publicado en este número y Daniel Berkowitz, Katharina Pistor y Jean-Francois Richard, *The Transplant Effect*, 51 *American Journal of Comparative Law* 163 (2003).

91. Dis. 2003 6 Cal Reprtr.

92. *Ibid.*

A la luz de estas consideraciones es posible realizar una contraposición entre la figura como funciona actualmente en los Estados Unidos y el instituto tal como pretende ser introducido en nuestro país para poner de resalto las divergencias o similitudes entre ambos sistemas normativos.

a) Objetivos

La pauta distintiva de los daños punitivos en los Estados Unidos que los distingue de otro tipo de indemnizaciones o multas civiles es que este instituto contempla dos objetivos básicos: punición y disuasión. No basta con compensar a la víctima o castigarla, sino que es importante tener en cuenta que el monto de la indemnización sea suficientemente relevante en el patrimonio del ofensor para que no repita sus conductas. Se presenta otro objetivo subsidiario cual es que otros eventuales ofensores se miren en el espejo de estos castigos para evitar que incurran en una conducta semejante. Como he señalado, las distorsiones respecto de estas funciones ha exigido de parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos el establecimiento de algunos patrones determinados para evitar la exorbitancia de los daños.⁹³ En esta tarea gradual, la Corte Suprema norteamericana actuó de acuerdo a pautas propias del *common law* mediante un proceso de acomodamiento que ha tenido en cuenta las diversas situaciones fácticas de los casos para elaborar un estándar en Gore que pueda ser de utilidad para los tribunales inferiores.⁹⁴

En principio no se advertirían mayores dificultades en la Argentina para la traslación de esos objetivos. Es más, uno de los autores del Proyecto de Código Civil señala concretamente que este instituto se encuentra destinado a cumplir funciones de prevención especial y de prevención general.⁹⁵ Ahora bien, resulta necesario considerar en este caso un objetivo que no es ponderado habitualmente en los Estados Unidos. En efecto, la Constitución Argentina –especialmente desde su Reforma de 1994– impone fuertemente el cumplimiento de ciertos derechos positivos que ha llevado a una nutrida jurisprudencia a favor de los ciudadanos que reclaman al Estado la satisfacción de ciertas necesidades básicas.⁹⁶

93. Shavell y Polinsky han criticado el uso del concepto del “daño potencial” para el cálculo del valor de los daños punitivos en el trabajo citado, pág. 917.

94. La mera mención de los indicadores en Gore, pág. 575, fue enfatizada en *State Farm* (parte II) donde se instruyó a las cortes para que revisaran las indemnizaciones por daños punitivos de acuerdo con esos indicadores.

95. Atilio A. Alterini, *Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998* (LL 1999-C-860) quien indica, además, que la regulación propuesta está emparentada con la idea de pena privada y en particular con la de daños punitivos –o mejor dicho, condenaciones punitivas– indicadas en el *Restatement of Torts 2nd* 908 apart. 1 y 2.

96. Una exhaustiva e incisiva investigación sobre estas posibilidades se encuentra en el artículo de Christian Courtis y Víctor Abramovich, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales* (pub. en LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES, Buenos Aires, Ed. Del Puerto/CELS, 1997, págs. 283-350). Se destacan últimamente en este sentido diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que imponen, por ejemplo, el cumplimiento de prestaciones médicas básicas o suministros de medicamentos por el Estado (ver en este sentido caso *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Estado Nacional* del 18 de diciembre de 2003 y nota de Susana Cayuso, *El derecho a la salud: un derecho de protección y un derecho de prestación*, La Ley Suplemento de Derecho Constitucional del 2 de abril de 2004, pág. 37). Las dificultades de los ciudadanos argentinos para hacer frente a necesidades básicas ha llevado en los últimos años a utilizar procedimientos judiciales para que el Estado asuma el costo del ejercicio de estos derechos (la situación es similar a la reseñada por Cass R. Sunstein, especialmente respecto de la Corte Suprema de Sudáfrica en *WHAT CONSTITUTIONS DO*, Oxford University Press, 2001).

Esta jurisprudencia nacional responde estrictamente a los mandatos constitucionales – especialmente después de la Reforma de 1994- y nada cabe objetar al respecto. El problema puede llegar a configurarse si se entiende que la imposición de daños punitivos se enmarca en esta corriente protectora de los derechos económicos y sociales para cumplir fines no previstos por la institución. La traslación de los daños punitivos podría ser considerada como un remedio para transferir sumas de dinero de las grandes empresas a los actores con el fin de reparar las desigualdades existentes. Tal presunción puede verse afirmada por el hecho de que el citado art. 1587 del Proyecto de Código Civil permite la recepción de la indemnización por otra persona distinta del afectado. En resumen, la asignación de una especie de “impuesto por dañar” –sin las garantías provenientes del derecho tributario- no se encuentra dentro de los objetivos de los daños punitivos y es susceptible de originar graves trastornos en el patrimonio de los individuos y de las personas jurídicas.

b) Marco de control

La imposición de daños punitivos –sobre todo en los casos de daño ambiental- resulta, en algunas ocasiones, un remedio frente al déficit de las agencias administrativas norteamericanas en cumplir con su cometido.⁹⁷ Ahora bien, resulta claro que en el sistema jurídico norteamericano las agencias administrativas cumplen un rol amplísimo y se encuentran altamente especializadas para el cumplimiento de sus fines. Agencias como la *Environmental Protection Agency* (EPA) y la *Food & Drug Administration* (FDA) despliegan un amplio rol de prevención y de punición respecto de las actividades riesgosas.⁹⁸

Las secretarías en la Argentina –que son los departamentos gubernamentales similares a las agencias administrativas- carecen de los recursos económicos necesarios para tutelar el espacio ambiental.⁹⁹ Esta situación se ha visto mejorada por la incorporación del art. 41 de la Constitución Nacional¹⁰⁰ que amplía en grado notable la legitimación a favor de ciudadanos y de asociaciones para proteger al medio ambiente.

De todos modos, el peligro que se advierte en este sentido es que la imposición de daños punitivos –que resulta extremadamente útil para castigar a los responsables por

97. “Para un amplio rango de actividades regulatorias, el nivel de salud y de seguridad -según lo disponen las regulaciones del gobierno- es demasiado seguro, comparado con el nivel económicamente eficiente.” Kip Viscusi. *Why there is no Defense to Punitive Damages*, at. 389. Un panorama respecto a las diferencias entre Viscusi y el análisis conductista en Robert J. MacCoun, *The Costs and Benefits of Letting Juries Punish Corporations: Comment on Viscusi*, 52 *Stanford Law Review* 1821, 1822 (2000).

98. Ver Kip Viscusi *The social costs of punitive damages*, pág. 317 (1998).

99. Existe aquí un problema: la distancia entre los mandatos legislativos y la practicabilidad de ellos en los países no desarrollados (Ver acerca de las implicaciones constitucionales y legislativas a este respecto en Guido S. Tawil, *La cláusula ambiental en la Constitución Nacional*, LL 1995-B-1291).

100. El texto dispone que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

desastres ambientales- pueda convertirse en un sucedáneo de la ineficacia gubernamental general. Surge aquí un nuevo problema de traslación: lo que se da por supuesto y existente en los Estados Unidos es un departamento que funciona con dificultades en la Argentina y que expandirá posiblemente el rango de aplicación de los daños punitivos.

c) Factor de atribución subjetivo

La jurisprudencia norteamericana se ha enfrentado con algunas dificultades para determinar cuán grave debe ser la conducta del ofensor para hacer admisible la imposición de daños punitivos.¹⁰¹ Resulta claro que está comprendido el dolo y también un comportamiento culposo con desprecio para terceros. Pero aquí las cortes ingresan en un territorio gris cuya delimitación depende esencialmente de la tradición anglosajona mediante la elaboración de estándares judiciales que puedan ser seguidos en el futuro por otros jueces.¹⁰²

En el derecho continental argentino, la culpa es definida por el art. 512 del Código Civil¹⁰³ y son contadas las situaciones en las que se admite una gradación intermedia entre la culpa y el dolo.¹⁰⁴ Es más, la aceptación de la doctrina de la real malicia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰⁵ ha originado diversas discusiones en torno al modo en que ésta debe ser entendida.¹⁰⁶

La mención del proyecto respecto a la “grave indiferencia” respecto de los derechos ajenos es, en realidad, una traducción de precedentes norteamericanos.¹⁰⁷ Supone la introducción de una graduación de culpas no contemplada en el mencionado art. 512 y que hará necesario que el juez remodele sus patrones de examen del comportamiento desde una perspectiva distinta, con la circunstancia agravante de que carecerá de las flexibilidades propias del derecho anglosajón.

101. La Corte Suprema norteamericana ha señalado expresamente que “el indicio más importante de la razonabilidad de una indemnización por daños punitivos es el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado”, Gore pág. 575.

102. Benjamín Cardozo, *LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL*, Buenos Aires, Arayú, 1954, p. 11 y 81, Roscoe Pound, *The theory of judicial decision*, 36 Harvard Law Review 641, 649 (1923) y Julio César Cueto Rúa, *EL COMMON LAW*, Buenos Aires, La Ley 1957, pág. 89.

103. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

104. Un ejemplo es el art. 70 de la ley de seguros 17.418 que dispone que el asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave.

105. Esta doctrina ha sido citada en diversas sentencias. Entre otras puede citarse a Costa (Fallos: 310:508); “Triacca”, (Fallos: 316:2417); “Morales Solá”, (Fallos: 319:2741); “Ramos”, (Fallos: 319:3428); “Amado C. Menem”, (Fallos: 326: 2491); “Guerineau” (Fallos: 327:943).

106. Los constitucionalistas defienden la incorporación directa de la doctrina mientras que algunos civilistas cuestionan fuertemente la ruptura que ha supuesto la traslación de este concepto al sistema de responsabilidad civil tradicional. Un ejemplo de estas dificultades se encuentra incluso en la traducción de la expresión *reckless disregard* que la Corte Suprema misma ha vertido mediante diversos conceptos (para estas versiones ver mi trabajo, *Los contenidos mínimos de la doctrina en el marco de la real malicia en la responsabilidad civil*, ED 209-972). Para el impacto de la real malicia en las decisiones de las cortes argentinas, Enrique T. Bianchi y Hernán V. Gullco, *EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN. ANÁLISIS DE LOS FALLOS NACIONALES Y EXTRANJEROS*, Librería Editora Platense, La Plata, 1997.

107. Ver nota 83.

d) Daño

i. Naturaleza

El derecho positivo argentino no tiene indemnizaciones similares a los daños punitivos. Los casos más cercanos son los de las cláusulas penales,¹⁰⁸ las astreintes¹⁰⁹ y el daño moral.¹¹⁰ La cláusula penal es sólo una indemnización anticipada prevista por las partes, las astreintes son multas civiles fijadas por los jueces para el cumplimiento de una orden judicial –y no tienen una finalidad directamente indemnizatoria y disuasoria– y el daño moral contempla sólo la reparación del menoscabo sufrido en el valor íntimo de las personas. Las astreintes son fijadas arbitrariamente por los jueces y pueden ser reducidas o aumentadas para forzar el cumplimiento y aun ser dejadas sin efecto.¹¹¹ La reparación del daño moral no se vincula necesariamente con el daño compensatorio y habitualmente los tribunales se refieren a circunstancias particulares de cada causa (edad de la víctima, sufrimiento padecido por sus parientes, etc.) para determinar el monto indemnizatorio a favor de la víctima.

La determinación de los daños punitivos en los Estados Unidos guarda vinculación con los daños compensatorios (más acentuada desde *Gore y State Farm*)¹¹² y se relaciona mediatamente con el daño potencial (aspecto que no se considera habitualmente en la Argentina en donde sólo el daño cierto o la pérdida de chance dan lugar a un daño compensatorio).¹¹³

ii. Daño potencial

El cálculo de los daños punitivos se relaciona en algunas ocasiones no sólo con el daño real causado, sino también con el daño potencial que podría haberse originado de haber continuado el demandado en su curso de acción reprochable.¹¹⁴ Este tipo de cálculos no se realiza en la Argentina –y tampoco se propone en el Proyecto de Código Civil– razón por la cual habría un dato objetivo que favorece la importación del instituto en este caso.

108. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación (art. 652 del Código Civil).

109. Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial (art. 666 bis del Código Civil).

110. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas o intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima (art. 1078 del Código Civil). Una parte de la doctrina sostenía que la imposición de estas indemnizaciones revestía un carácter punitivo (ver LLAMBÍAS, OBLIGACIONES, T. I, n° 269), pero la posición predominante en la doctrina y en la jurisprudencia actuales considera que el daño moral tiene un objetivo meramente resarcitorio.

111. OSCAR J. AMEAL en AUGUSTO C. BELLUSCIO, CODIGO CIVIL, COMENTADO ANOTADO Y CONCORDADO, Buenos Aires, Astrea, 1981, T. III-247.

112. La Corte Suprema afirmó que “reconocimos en *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424, que en nuestro sistema judicial los daños compensatorios y punitivos, aunque usualmente concedidos al mismo tiempo por quien toma la decisión, sirven a diferentes objetivos” (pág. 432). Los daños compensatorios “están dirigidos a reparar el daño concreto que el actor ha sufrido con motivo de la conducta ilícita del demandado” *Ibid.* (citando el Restatement (Second) of Torts §903, pp. 453-454 (1979)). Por el contrario, los daños punitivos sirven a una función más amplia; están dirigidos a la disuasión y al justo castigo (*retribution*)” (*State Farm. v. Campbell*, parte II).

113. Este es el panorama general de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

114. Ver en este sentido las consideraciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos *Gore* 517 U.S. pág. 580 y *Cooper Industries*.

Los daños potenciales deberían excluirse, pues, de la consideración de las circunstancias de la causa. De admitirse la ponderación del daño potencial, lo que creo difícil que se produzca, los costos de los litigios se incrementarían porque la determinación de los daños potenciales requeriría de cálculos de peritos para determinar, por ejemplo, el costo que podría originar el daño potencial respecto de una fábrica que ha empezado a contaminar un río pero que no siguió en ese curso de acción por la promoción de la demanda o por la intervención de una agencia como la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Cabe señalar que el Proyecto de 1998 no contempla este aspecto del daño potencial sino esencialmente el enriquecimiento concreto o eventual que podría obtener el demandado en este tipo de casos.

Debe tenerse en cuenta, además, que el eventual uso de los daños punitivos como control subsidiario en defecto del control administrativo de las agencias puede llevar a convertir a estos peritos precisamente en un sucedáneo de los expertos administrativos que debieron haber controlado el riesgo de la actividad desarrollada.¹¹⁵ En otros términos, existe el peligro de que una labor específicamente administrativa (el control de los riesgos en general y el de los problemas ambientales en particular) sea asignada a los jueces que carecen, naturalmente, de los medios para desplegar eficazmente ese tipo de tareas.

iii. Cuantía

El art. 1587 del Proyecto de Código Civil permite a los jueces establecer la cuantía de los daños punitivos teniendo en cuenta las circunstancias de la causa aunque, al mismo tiempo, establece una directa vinculación entre aquellos y el enriquecimiento real o eventual del demandado.

Dentro de la categoría de las “circunstancias” probablemente puedan llegar a insertarse las pautas que ha elaborado la jurisprudencia estadual y federal en Estados Unidos. De acuerdo con esta consideración, existe la posibilidad de que a mediano plazo y de incorporarse esta figura, los jueces argentinos construyan un estándar similar al expresado en Gore y su progenie.

iv. Límites

El cálculo de los daños punitivos se encuentra sujeto a controles severos en el caso de los jurados. Un ejemplo de ello se encuentra en las instrucciones que reciben los jurados del Estado de California.¹¹⁶ Las razones por las cuales se imponen montos tan altos se vinculan, sobre todo en el caso de los jurados, con cuestiones tales como las distorsiones cognitivas ya citadas. Debe tenerse en cuenta además, que la Corte Suprema ha impuesto una especie de sistema de topes (*capping system*).¹¹⁷ En otros términos, el sistema normativo actual de los Estados Unidos ha impuesto en realidad una limitación a este instituto que la jurisprudencia tiende a representar por un cociente no superior a un dígito entre los daños compensatorios y los daños punitivos.

115. Jorge E. Barberá, *La teoría de la captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos*, LL 1996-E- 875.

116. El capítulo correspondiente a la imposición de daños punitivos tiene más de 130 páginas del manual respectivo creado por el Consejo Judicial de ese Estado que puede ser consultado en www.courtinfo.ca.gov/reference/documents/civiljuryinst.pdf

117. Theodore Eisenberg y Martin T. Wells, *Punitive Damages After BMW, a New Capping System, and the Reported Opinion Bias*, 1998 Wisconsin Law Review 387.

Casi nada se menciona en los trabajos doctrinarios en la Argentina sobre estas limitaciones¹¹⁸ y la ponderación del art. 1587 se relaciona con las “circunstancias” del caso y la libre ponderación del juez al respecto. Para el cálculo de los límites de los daños punitivos también debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no examina habitualmente los montos de las indemnizaciones. Sólo lo hace en supuestos excepcionales y generalmente para aumentar los montos ínfimos y en muy contadas excepciones para limitar montos considerados exorbitantes.¹¹⁹ Es de suponer que los tribunales podrían establecer pautas –como la corte norteamericana en Gore o como hizo nuestra Corte Suprema en Campillay–¹²⁰ en lo que supondría la incorporación de una pauta más del *common law* para traducir la indemnización por los daños punitivos.

e) El costo de los litigios

En los Estados Unidos rige un sistema en el cual cada parte paga sus costas, los peritos son presentados por las partes y existe amplia autonomía contractual para fijar los honorarios mediante el pacto de cuota litis.

La situación en la Argentina es distinta. Rige el denominado principio objetivo de derrota (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) por el cual el vencido paga los honorarios del letrado de la contraria y los suyos.¹²¹ En algunas ocasiones, los tribunales distribuyen las costas en el orden causado, esto es, cada parte paga los honorarios de sus respectivos letrados y los honorarios de los abogados se fijan de acuerdo a un arancel legal, sin perjuicio de que se establezcan pactos entre las partes superiores a estos límites normativos.

Existe, sin embargo, un instituto procesal que se ha difundido, quizás en demasía, por el cual se permite –incluso al vencido– no pagar los honorarios de los letrados de la contraria. Este mecanismo –titulado beneficio de litigar sin gastos– introduce una variable peligrosa en estos casos y puede permitir la promoción de las denominadas demandas frívolas.¹²² Demostrada la ausencia de bienes para hacer frente a los costos del proceso es posible pedir la concesión del beneficio de litigar sin gastos y reclamar, sin peligros a la vista, la imposición de daños punitivos exorbitantes. Existen mecanismos de control como el art. 52 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,¹²³ pero es necesario tener en

118. Algunas pautas acerca del modo en que se limitan los daños punitivos en Estados Unidos se encuentra en Elena Highton, Gladys Álvarez y Carlos G. Gregorio, *Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico*, LL 1997-C-1045.

119. “Evangelista” (Fallos:318:2072); “Caamaño”, (Fallos:319:1086); “Tkachuk” (Fallos: 320: 2230).

120. En Campillay, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado un estándar que dispone que cuando un medio de difusión reproduce una noticia falsa y difamatoria, queda liberada de responsabilidad si inequívocamente señala que está citando a otra fuente, utiliza el modo potencial o no individualiza a las personas que pudieran sentirse eventualmente afectadas.

121. Lino E. Palacio, DERECHO PROCESAL CIVIL, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1979, III-379

122. Ver en este sentido Facundo Viel Temperley, *El equilibrio en la concesión del beneficio de litigar sin gastos*, LL 2005-A-1333.

123. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha intervenido en algún caso para considerar que para regular honorarios a los abogados y los peritos que debe abonar el demandado vencedor cuando se rechaza la demanda interpuesta por quien obtuvo beneficio de litigar sin gastos corresponde apartarse del desmesurado monto reclamado en la demanda para evitar consecuencias absurdas y tener en cuenta, en cambio, el máximo que puede estimarse habría representado la indemnización en caso de haber prosperado la acción (Fallos: 318:558).

cuenta este aspecto porque también es una rugosidad en el proceso de traslación del sistema estadounidense al sistema jurídico argentino.

f) El papel de los jurados

Los jurados establecen habitualmente los daños punitivos en los Estados Unidos (aunque también resulta claro que los jueces tienen facultades para restringir los montos respectivos). Tal como señalé anteriormente, el problema de los montos exorbitantes ha sido atribuido generalmente a la actitud de los jurados influidos por aspectos que son descartados o refinados por la especialización técnica de los jueces.

Estas dificultades no se reproducirán en la Argentina donde no existe el juicio por jurados para causas civiles. Los montos son fijados siempre por los magistrados de primera instancia y de cámara y pueden ser excepcionalmente revisados por los tribunales superiores de provincia y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

g) El alcance de los daños punitivos

La responsabilidad civil se encuentra dividida en la Argentina en dos grandes campos: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.¹²⁴ El proyecto de Código Civil en su art. 1587 contempla especialmente la posibilidad de imponer daños punitivos para proteger “intereses de incidencia colectiva”. Se trata de una expresión copiada del art. 43 de la Constitución Nacional según la Reforma de 1994 con la cual se permite la protección de intereses difusos que no tengan una legitimación subjetiva específica.¹²⁵ Esta norma impone profundas diferencias con el restrictivo régimen de la legitimación en los Estados Unidos de América para la protección del medio ambiente.¹²⁶ Los jueces tendrán especialmente en cuenta la protección de este tipo de intereses. Este es un aspecto probablemente beneficioso de la propuesta efectuada en el Proyecto de Código Civil ya que permitirá a los individuos participar en el control del medio ambiente.

Sin embargo, la lectura de los artículos mencionados en el punto III pone de manifiesto un aspecto que no se reproduce en Estados Unidos. En efecto, la idea que campea en algunos de estos artículos es que los daños punitivos pueden ser usados para castigar no sólo incumplimientos ilícitos en los que surja una conducta profundamente ultrajante sino también aspectos tales como el incumplimiento de una obligación alimentaria o la

124. Jorge Bustamante Alsina, *TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, 5ª. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987.

125. El texto dispone que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo.. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

126. La legitimación (*standing*) para la protección del medio ambiente es mucho más amplia en la Argentina a partir de la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional que en los Estados Unidos (ver Jorge Barraguirre, *La opinión del juez Scalia y la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional (El concepto de 'afectado')* LL 1997-F-1273.

violación del derecho del consumidor.¹²⁷ La tendencia que se observa en este aspecto es que los daños punitivos se miran como una categoría residual a la cual podría recurrir el intérprete para sancionar conductas que considera reprochables. No es éste el objetivo en los Estados Unidos donde los daños punitivos se conceden en un limitado rango de asuntos y donde sólo son concedidos en un estricto número de casos.¹²⁸ Una de las tareas de la traslación será pues limitar estos alcances para evitar que los daños punitivos se conviertan en un comodín que los jueces utilicen para cumplir objetivos políticos o sociales en vez de decidir concretamente el caso en cuestión.¹²⁹

h) La predictibilidad del derecho y los daños punitivos

El análisis de los daños punitivos en Estados Unidos gira también en torno a las posibilidades de predictibilidad por las partes respecto de la cuantía de los montos,¹³⁰ esto es, las dificultades no se limitan solamente a la cuantía misma sino a determinar patrones básicos de conducta de las cortes para que los litigantes –reales o eventuales– puedan desarrollar sus conductas. Este problema es serio en lo que se refiere a las empresas que actúan en algunos ramos que originan riesgos a la población en general.¹³¹

La doctrina argentina no examina habitualmente estos aspectos con lo que también quita un componente relativamente negativo que tienen los daños punitivos. Debe tenerse en cuenta, además, que en la República Argentina el examen acerca de la predictibilidad de las conductas en general y de los tribunales en particular no se encuentra desarrollada. En realidad, los cambios de gobierno y las alteraciones en la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación convertirían en irracional cualquier tipo de previsión basada en comportamientos periódicos y que dependen de cambios políticos sorpresivos que tienen directa repercusión sobre el modo en que son decididos los casos por los tribunales de justicia.¹³² Pese a ello, en

127. Con una perspectiva similar la jurisprudencia ha aplicado las astreintes para castigar a personas que no pagan alimentos (Carlos A. Carranza Casares y Patricia E. Castro, *Las astreintes y el cumplimiento puntual e íntegro de la prestación alimentaria* LL 1987-C-594).

128. “En la mayor parte de las áreas de la responsabilidad por daños ilícitos (*tort law*), deberíamos esperar que la imposición de daños punitivos sea no frecuente. En las áreas relacionadas con una conducta intencional, los daños de este tipo deberían ser más frecuentes. En todas las áreas, los jurados, en caso de duda, probablemente se equivoquen del lado de no conceder daños punitivos”. Theodore Eisenberg y otros, *The predictability of punitive damages* 26 *Journal of Legal Studies* 623, 628 (1997).

129. Una crítica a la conducta de los jueces argentinos respecto a la excesiva extensión del concepto pérdida de la chance (*loss of chance*) puede leerse en Fernando de Trazegnies, *Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad*, *Revista de Responsabilidad y Seguros*, La Ley, año VI, n° 8, septiembre de 2004, pág. 10. La tendencia a ver a los daños punitivos como una especie de instrumento social no es ajena a la doctrina norteamericana. Ver también Starkey en su artículo *Societal Damages*.

130. “La regla que prohíbe los daños punitivos por la ruptura del vínculo contractual quizás pueda ser explicada por la búsqueda perpetua por la certeza y por la predictibilidad en las transacciones comerciales”. Owen, *Punitive Damages*, pág. 1274. Priest también ha afirmado que “los grupos que están más interesados en la impredecibilidad de los juicios sobre daños... han presionado exitosamente por límites en los daños morales y punitivos y por cambios en los procedimientos para la concesión de tales daños” (*Modern Tort Law*, pág. 4).

131. Theodore Eisenberg y otros, *The predictability of punitive damages*, 26 *Journal of Legal Studies* 623 (1997).

132. Ver Jonathan Miller, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its Collapse in Argentina*, 21 *Hastings International and Comparative Law Journal* 77 (1997) y *The Constitutional Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Practice as Authority in 19th Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, 46 *The American University Law Review* 1483 (1997) .

la norma propuesta el margen de previsibilidad de la cuantía estará dada por el nexo con el enriquecimiento del causante del daño.¹³³ El problema es que la norma no fija un límite en ese sentido, de modo que la arbitrariedad eventual de los magistrados no resulta constreñida por la relación con el concepto de enriquecimiento. De todos modos, más que el texto de la norma en particular, el problema es la posibilidad de que los jueces adopten pautas distribucionistas sin considerar las cuestiones concretas del caso. Por otro lado, el respeto al principio del *stare decisis* a nivel de tribunales ordinarios es mucho menor que en el sistema angloamericano.¹³⁴

i) La cuestión de la expansividad de los daños punitivos

Cuando se examinan institutos propios del *common law* se pasa por alto que allí la creación gradual por las cortes de estándares básicos se adecua a pautas relativamente estrictas (al menos en su tipo ideal) y que los tribunales que se apartan de estos principios son severamente cuestionados por la doctrina.¹³⁵ De algún modo, podría decirse que el cuestionamiento al incremento de los daños punitivos es un reflejo condicionado de la doctrina (y también de la misma Corte Suprema) al advertir que se produjo una ruptura con el criterio relativamente restrictivo con que se aplicaban estos daños ejemplares.

Ahora bien, la cuestión es muy distinta en un sistema de derecho continental en el cual se incorpora una norma de alcance general.¹³⁶ No es que la diferencia se produzca por la existencia

133. Julio César Rivera. *Ideas directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998*, Academia Nacional de Derecho 2000, pág. 70. Este autor afirma que la norma limita los daños por la relación con el enriquecimiento, ya que el texto del art. 1587 propone considerar ese dato entre las circunstancias que debe considerar el juez. Los jueces futuros deberían tener en cuenta, pues, este límite no explícito respecto a la imposición de los daños punitivos. Sin embargo, tengo algunas dudas respecto de que la norma proyectada establezca inequívocamente un tope con lo que el causante del daño ha lucrado. Algunos límites a la cuantificación de los daños punitivos pueden encontrarse en *Reglas, funciones y objetivos de la responsabilidad civil. Especial referencia al límite cuantitativo de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil para el año 2000* por Leandro Vergara, L.L. 1999-E-1135.

134. El mejor examen sobre el uso del sistema de precedentes por la Corte Suprema en la doctrina argentina corresponde a Alberto F. Garay, *El precedente judicial en la Corte Suprema*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo año 2, abril 1997, nº 1 y 2, pág. 51. Para una discusión sobre los alcances de los precedentes de las cortes supremas y las potestades del poder legislativo, ver Víctor Ferreres Comella, *Una defensa de la rigidez constitucional en LA RELEVANCIA DEL DERECHO* (Pablo E. Navarro y María C. Redondo comp.), Barcelona, Ed. Gedisa, 2002, págs. 236 a 238; Richard H. Fallon, *Stare decisis and the Constitution: an essay of constitutional methodology*, 76 *New York University Law Review*, 570 (2001) y Michael Stokes Paulsen, *Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove The Precedential Effect of Roe and Casey*, 109 *Yale Law Journal* 1535 (2000).

135. Ronald Dworkin sostiene esta posición en cuanto propone el derecho como integridad, esto es, que ciertas proposiciones jurídicas son verdaderas si derivan de principios de justicia, equidad y debido proceso de acuerdo con la práctica de una comunidad legal en una sociedad democrática. *EL IMPERIO DE LA JUSTICIA*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1988.

136. Existe otro problema: la educación legal. Se ha señalado que "mientras que el estudiante de derecho americano típicamente pasa sus primeros días en las facultades de derecho leyendo casos y dirigiendo su atención una y otra vez sobre los hechos de aquéllos, un estudiante del derecho continental es proveído al comienzo de sus estudios con un panorama sistemático del armazón de todo el sistema legal". Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon y Christopher Osakwe, *COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS*, West Publishing. Co., Minn., 1994, 131. Una interesante pintura de las diferencias entre la educación en el derecho continental y el *common law* se puede hallar en Henry Adams, *THE EDUCATION OF HENRY ADAMS*, Oxford, Oxford University Press, 1999, Berlín (1858-1859), 67. A pesar de este paradigma tradicional, la educación legal se encuentra en un profundo proceso de cambio en nuestro país (ver Martín F. Böhmer, *Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula*, Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho en Buenos Aires, 2003, Buenos Aires Facultad de Derecho, Departamento de publicaciones, pág. 13).

de la norma en sí –el proceso de codificación también existe en los Estados Unidos-¹³⁷ sino que el punto esencial se sitúa en el modo en que la ley es considerada por el juez. Particularmente en la Argentina la sanción de una norma como la sugerida en el Proyecto de 1998 daría vía libre a los tribunales para imponer daños punitivos en múltiples contextos.¹³⁸ En resumen, lo que en los Estados Unidos se considera una excepción podría convertirse en regla en la Argentina.

El problema, repito, no se halla en la norma misma sino en el modo en que ella tiende a ser aplicada por los jueces del sistema continental mediante un proceso deductivo y por el cual se tratará eventualmente de hacer incluir la conducta examinada en el campo general de aplicación de estas normas.¹³⁹ Este proceso puede convertirse –por intereses políticos- en un programa deductivo para sancionar conductas sin buscar el cumplimiento de los objetivos de punición y disuasión sino para reprochar con un castigo excesivo algunos comportamientos por ocultos motivos económicos o localistas.¹⁴⁰ Sumado a la consideración de los citados principios redistribucionistas¹⁴¹ o a las discusiones en torno al alcance de las decisiones de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación,¹⁴² la imposición de daños punitivos en múltiples contextos puede dar lugar a serios problemas económicos en un contexto sociológica y políticamente impredecible como es el sistema jurídico argentino.

137. Existe un conjunto de leyes –a nivel federal y estadual- que utilizan a los daños punitivos para castigar y disuadir a quienes cometen ofensas. Por ejemplo, el Código de los Estados Unidos dispone que en los casos de discriminación intencional en el marco laboral “una parte quejosa puede obtener daños punitivos..., contra un demandado (que no sea el gobierno, una agencia gubernamental o una subdivisión política) si esa parte demuestra que el demandado se comprometió en una práctica discriminatoria o en prácticas discriminatorias con dolo o indiferencia temeraria respecto a los derechos federalmente protegidos de la persona agraviada” 42 USC 1981 (b) (1).

138. Un ejemplo: el art. 522 del Código Civil dispone que el juez podrá imponerlo facultativamente en los casos de responsabilidad contractual. Pese a ello, una de las más afamadas estudiosas del sistema de responsabilidad propone convertir a la norma en obligatoria para el juez (ver Matilde Zavala de González, *Amplitud resarcitoria del daño moral contractual*, Responsabilidad Civil y Seguros La Ley, septiembre 2004). De este modo lo que se encontraba limitado textualmente se expande en una interpretación *contra legem*.

139. La perspectiva clásica sobre este problema se puede encontrar en John Merryman, *LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA*, México, F.C.E., 1980. En realidad, la conducta real de los jueces argentinos no se adecua estrictamente al modelo jurídico lógico-formal. No obstante, esta apertura a consideraciones extrajurídicas no necesariamente conduce a sentencias más predecibles (sobre estas modificaciones en el fundamento de las sentencias, ver Felipe Fucito, *Algunos aportes al perfil del juez y al diseño de la escuela judicial* LL 1999-D-1117).

140. Corresponde destacar que en los Estados Unidos ha sido sostenido que los daños punitivos estaban influenciados por la ubicación geográfica del actor y del demandado. Con idénticas evidencias y circunstancias financieras, los daños concedidos para los actores locales eran superiores en catorce millones de dólares al promedio, a pesar de que desde la perspectiva de un sistema legal, los montos por indemnizaciones por daños punitivos no deberían ser afectados por la geografía. Reid Hastie, David A. Schkade, y John W. Payne, *Do Plaintiffs' Request and Plaintiffs' Identities Matter?* en PUNITIVE DAMAGES. HOW JURIES DECIDE, 64, 74.

141. Mosset Iturraspe en el texto citado *La 'multa civil' o daño punitivo...* destaca la posibilidad de que los jueces destinen los fondos a su arbitrio para estos fines distribucionistas y sugiere, para evitarlo, que se destinen las indemnizaciones por daños punitivos a la creación de fondos de garantía y que no se entreguen al perjudicado por la acción reprochable.

142. El 26 de octubre de 2004 la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la normativa de emergencia que había pesificado los depósitos en el caso “Bustos, Alberto y otros c/ Estado Nacional s/ amparo.” Esta decisión contradijo los anteriores pronunciamientos “Smith”, Fallos: 325:28 y “Provincia de San Luis”, Fallos: 326:417 decididos el 1º de febrero de 2002 y el 5 de marzo de 2003, respectivamente. En el caso Bustos la Corte se refirió al fallo Smith como un “funesto precedente”. Existen autores que favorecen esta postura (por ejemplo, Juan José Casiello, *Un nuevo y acertado enfoque sobre el derecho del ahorrista convalida la pesificación (A propósito del fallo “Bustos”)* LL 2004-F-1401) y otros lo cuestionan severamente (José S. Elías, *El caso “Bustos”: algunos problemas de teoría constitucional*, LL 28 de enero de 2005).

j) Las acciones de clase

Los daños punitivos y las acciones de clase (*class actions*) se encuentran profundamente unidas en algunos casos, como en los litigios contra las compañías tabacaleras.¹⁴³ Sin embargo, las acciones de clase no han sido suficientemente estudiadas en la doctrina nacional. La perspectiva intertemporal resulta necesaria si se toma en cuenta que en Estados Unidos se generaliza la tendencia a considerar que resulta inconveniente un múltiplo superior a un dígito entre los daños compensatorios y punitivos. En ese contexto, la acumulación de las demandas es necesaria en las acciones masivas (*mass tort actions*) donde las múltiples indemnizaciones por daños punitivos amenazan con sobredisuar a los demandados y a subproteger sus derechos fundados en el debido proceso.¹⁴⁴

Cabe señalar, además, que los daños punitivos en Estados Unidos están vinculados con las acciones de clase mientras que en nuestro país no existe aún ese tipo de ligazón. Esto puede ser fácilmente explicado: no se ha desarrollado en la Argentina una cultura de las acciones de clase. El poder judicial (o sus entes administrativos) no ha preparado manuales o para la conducción de litigios en casos complejos o que requieren conocimientos técnicos¹⁴⁵ como en Estados Unidos de América y los artículos sobre acciones de clase son relativamente pocos.¹⁴⁶ Por otro lado, los procedimientos para la certificación de las acciones de clase no existen en los códigos de procedimientos federal y provinciales.

La falta de relación entre las acciones de clase y los daños punitivos en nuestro país es probablemente un aspecto beneficioso para el país importador ya que corta un nexo que podría llevar a la fijación de condenas exorbitantes en perjuicio de los demandados.

V. La diferencia de los sistemas

El trasplante de un instituto de un sistema normativo a otro ofrece más dificultades de las que se advierten a primera vista. Existen, desde luego, problemas de traducción, interpretación, integración y aceptación que entorpecen el juego aceitado de la institución al introducirla en el sistema receptor. Ello se ve agravado, en el caso de los daños punitivos, por la circunstancia de que la aplicación de estos daños en el país de origen se encuentra en un proceso de reducción a raíz de los montos exorbitantes dispuestos por algunos jurados y jueces en los Estados Unidos. No se transmite un instituto jurídico estático sino un concepto sometido a continuas reelaboraciones en el país de origen.

Es posible, entonces, realizar una lista basada en una perspectiva dual para evidenciar las disyunciones que se advierten entre ambos sistemas normativos en este caso. Señalaré,

143. Ver Brian H. Barr, *Engle v. R.J. Reynolds: The Improper Assessment of Punitive Damages for an Entire Class of Injured Smokers*, 28 Florida State University Law Review 787 (2001).

144. Semra Mesulam, *Collective Rewards and Limited Punishment* citada en nota 68.

145. Ver por ejemplo REPORT OF THE ADVISORY COMMITTEE ON CIVIL RULES AND THE WORKING GROUP ON MASS TORTS. REPORT ON MASS TORT LITIGATION, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, 1999, el *CIVIL LITIGATION MANAGEMENT MANUAL* 2001, The Judicial Conference of the United States o el REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE, 2a. ed., Federal Judicial Center, 2000.

146. Un artículo exhaustivo es *Las Acciones de Clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala (En busca de un mecanismo que asegure economía judicial, eficacia y certeza en las decisiones)*, Revista de la Administración Pública n° 235, pág. 13 (1998) por Alberto B. Bianchi.

en primer lugar, la nota distintiva norteamericana y luego contrapondré la situación actual o eventual del derecho argentino respecto al punto en concreto.

1. En los Estados Unidos rige un sistema gradual de aceptación e integración del instituto mediante el examen caso por caso propio del *common law*.¹⁴⁷ Frente a ello, el problema que puede surgir en nuestro país es el despliegue con fuerza expansiva del instituto a partir de una interpretación deductiva respecto de una norma de alcance general.
2. La existencia de decisiones judiciales que imponen una especie de sistema de topes (*capping system*) o el estándar de la Corte Suprema federal que limita prácticamente a un múltiplo de un dígito la relación entre daños compensatorios y daños punitivos se ha ido consolidando en Estados Unidos.¹⁴⁸ La propuesta del art. 1587 del Proyecto contiene algunas restricciones cuantitativas que deberían consolidarse para evitar que los daños punitivos se conviertan en un castigo difícilmente controlable.
3. La presencia de un doble sistema de control: el de los jurados por el juez y el de los jueces de las cortes estadales mediante la Corte Suprema. En el caso argentino, no existe el problema del jurado pero no es de esperar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación examine, en el marco del recurso extraordinario, una condena por montos exorbitantes (la práctica es que resuelva –y sólo pocos casos- cuando los jueces imponen montos ínfimos).
4. La estructura de un conjunto de agencias administrativas que operan como mecanismos de control frente a la actividad de empresas que afectan la salud pública o el medio ambiente. En la Argentina, los recursos de control son mucho más limitados por lo que puede ocurrir que ese contralor sea asumido por las cortes que no tienen por objetivo la realización de tareas administrativas.
5. En los Estados Unidos existe una correlación tradicional del factor de atribución subjetivo agravado con el sistema general de responsabilidad civil. En la Argentina ello es una anomalía frente al sistema general de culpa sin grados donde sólo se considera la existencia de culpa o dolo (o eventualmente los supuestos del art. 1113 del Código Civil). Por consiguiente, la ponderación de conductas reprochables intermedias –tales como el temerario desinterés o la culpa grave- entre esos dos polos dependerá de factores que resultan de más difícil consideración ante la falta de definiciones tan claras como la que surge de los arts. 512¹⁴⁹ y 1072 del Código Civil.
6. El cálculo de los daños punitivos en los Estados Unidos se realiza a veces con sustento en el daño potencial. En nuestro país la única pauta comparativa concreta –más allá de las circunstancias del caso- es el enriquecimiento real o potencial del

147. El *common law* no favorece en verdad la expansión de la disponibilidad de los daños punitivos. *Romo v. Ford. Motor Co.* (2002) Cal. App., 5 th. June 28 2002 revocada por la corte federal el 19 de mayo de 2003.

148. La Corte Suprema del Estado de Utah estableció el cociente entre los daños punitivos y los daños compensatorios en la razón de 9 a 1 (*Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co (Campbell III)* (2004) 2004 Ut. 34:498). Ver también los fallos indicados en la nota 67.

149. Este artículo ha sido importado por el Código Civil Español en su artículo 1104 (“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”) y recibe, en general, la aprobación de nuestra doctrina. Sobre este proceso de importación o traslación a otro sistema normativo, ver Alberto J. Bueres, *DERECHO DE DAÑOS*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, págs. 344 y 345 (quien critica al art. 512 por su defectuosa redacción).

demandado por su conducta (conf. art. 1587 del Proyecto). Mientras que en Estados Unidos se contempla el daño potencial que se podría haber causado a los actores o a otras personas, en el proyecto argentino la atención se dirige al beneficio obtenido por el causante del daño, con lo que se excluye un factor –como el daño potencial– que podría conducir a resultados exorbitantes y a encarecer el costo de los litigios.

7. El sistema de imposición de costas en los Estados Unidos limita, en algún grado, la promoción de demandas frívolas.¹⁵⁰ No obstante, la existencia de un castigo para el litigante derrotado en la Argentina mediante la imposición del principio objetivo de derrota no es aplicable en todos los casos al operar un mecanismo indiscriminadamente –el beneficio de litigar sin gastos– que puede llegar a castigar al litigante demandado que resulta vencedor en una causa en la que el actor insolvente reclama la imposición de daños punitivos.
8. Los tribunales argentinos no contemplan habitualmente los costos de implementación de un sistema normativo (o de su eventual modificación). La idea de eficiencia permanece inexplorada en la mentalidad judicial y raramente es considerada por la doctrina.¹⁵¹ En Estados Unidos el sistema del *common law* ha enseñado a los jueces a balancear los pros y los contra de la sentencia a dictar, esto es, la ponderación de las consecuencias es no es escindible del acto mismo de dictar sentencia en la mayoría de los casos.¹⁵²

Con esta lista intento poner de resalto la necesidad de un examen intertemporal del proceso de trasplante para entender que el elemento importado nunca está solo. No es una suerte de mónada legal. El instituto legal se halla siempre vinculado a varios subsistemas normativos que modifican sus alcances en formas insospechadas. Por ejemplo, el costo eventual del actor que reclama por daños punitivos no está sólo ligado con el sistema de pago de las costas por el vencido. Asimismo se deben considerar también las decisiones de las cortes que alteran el principio. El ejemplo antes citado del beneficio de litigar sin gastos lleva a que el actor no pague los honorarios de sus propios abogados salvo que resulte vencedor (y en cuanto alcance el monto de la indemnización que eventualmente obtenga). Supóngase un caso hipotético en el cual el actor reclama el pago de daños punitivos sin el riesgo de pagar los honorarios de los abogados. El demandante tenderá en

150. Sobre el problema de las demandas frívolas, ver Chris Guthrie, *Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*, 67 *The University of Chicago Law Review* 163, 1166 (2000).

151. Existen, desde luego, algunas excepciones como los artículos *Análisis económico de la responsabilidad civil* por Jorge E. Bustamante, en *RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. HOMENAJE A JORGE BUSTAMANTE ALSINA*, 1999, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 159, Julio César Rivera, *Ideas Directrices del sistema de responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales, año XLV, n° 38 y *El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación* por Carlos F. Rosenkrantz en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n° 2 (1998).

152. Así ha sido señalado que “el propósito de una regla que prohíbe los daños punitivos es para proteger a los demandados de una responsabilidad financiera excesiva y para fomentar la actividad empresarial a través de la reducción del costo de hacer negocios en el estado”. 213 F. Supp. 2d. 1077 (D. Neb 2002) citado por Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 2002. Sixteenth Annual Survey*, 51 *American Journal of Comparative Law* 1 (2003).

estos casos a reclamar daños punitivos ya que no se enfrenta a un menoscabo futuro en su patrimonio en el caso de que se rechace la demanda.¹⁵³ Se advierte así la conveniencia de ponderar otros subsistemas normativos (por ejemplo un uso extensivo e irrestricto del beneficio de litigar sin gastos) que altere ese tipo de presunciones previas que sirven indirectamente para limitar el monto de los reclamos en los Estados Unidos.

Probablemente la nueva corriente que procura introducir los daños punitivos pueda ser clasificada como un trasplante que ahorra los costos (*Cost-Saving Transplant*).¹⁵⁴ Estos costos consisten, esencialmente, en la elaboración de una figura propia que puede llevar a resultados costosos (en un proceso de prueba y error), cuando ya se conocen los resultados de la figura importada. Sin embargo, el ahorro de estos costos es el comienzo del problema, porque el jurista que proyecte la legislación debe evitar un proceso de *bricolage*, por el cual simplemente ensamble en conjunto lo que se encuentre a mano.¹⁵⁵ Tal como se advierte, el sistema normativo argentino difiere en algunas formas del sistema donante como en la calidad de las agencias administrativas, el principio del pago de las costas por el vencido, la falta de respeto por el precedente judicial y una progresiva inclinación hacia fines redistribucionistas bajo la apariencia de sentencias judiciales.

Esta contraposición de situaciones no tiene por objeto plantear la existencia de obstáculos insuperables a la incorporación de los daños punitivos en la Argentina. Sólo se trata de considerar tanto las diferencias entre ambos sistemas como hacer una suerte de prospectiva jurídica de prevención para evitar que las anomalías puestas en evidencia en los Estados Unidos se repitan en la Argentina con agravantes tales como la falta de límites claros a la actividad de los jueces o el incremento de la tasa de impredecibilidad en un país que vive en un estado constante de emergencia.

153. Chris Guthrie, *Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*, 67 *University of Chicago Law Review* 163, 211 (2000) y Robert A. Prentice y Jonathan J. Koehler, *A Normality Bias in Legal Decision Making*, 88 *Cornell Law Review* 583, 601 (2003). Sin embargo, recientemente se ha señalado que sólo se conceden daños punitivos en el 4 % de los casos en que el actor vence en el pleito y, lo que es más relevante, el cálculo decisivo para la determinación para el actor (y para ver si se configura una demanda frívola) consiste en el cálculo de los daños compensatorios puesto que son estos los que se han incrementado en un grado exorbitante arrastrando a los otros rubros de las condenas. Deborah L. Rhodes, *Frivolous Litigation and Civil Justice Reform: Miscasting the Problem, Recasting the Solution*, 54 *Duke Law Journal* 447, 458 (2004).

154. Jonathan M. Miller, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, 51 *American Journal of Comparative Law* 839, 845 (2003). Ver también Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *Yale Law Journal* 1225, 1229, 1285 (1999).

155. Sin embargo, no estoy tan seguro que el concepto de *bricolage* pueda ser fácilmente trasladado desde la antropología al derecho comparado (ver la discusión acerca del *bricolage* y su inaplicabilidad en las sociedades judeo-cristianas en PAUL RICOEUR, *Hermenéutica y estructuralismo*, publicado en *EL CONFLICTO DE LAS INTERPRETACIONES*, Buenos Aires, F.C.E. 2003, 46-55). Este *bricolage* antropológico es, por otro lado, distinto al tradicional recurso retórico aplicado al derecho que mezcla textos existentes para volver a usar sus materiales (ver respecto a este procedimiento Allen D. Boyer, *Sid Edward Coke, Ciceronianus: Classical Rhetoric and the Common Law Tradition*, en *LAW, LIBERTY, AND PARLIAMENT. SELECTED ESSAYS ON THE WRITINGS OF SIR EDWARD COKE* (ed. Allen D. Boyer), Liberty Fund, Indianapolis, 2004, 224, 237 (publicado originalmente en *10 International Journal for the Semiotic of Law*, n° 28, 3 (1997).

VI. Conclusiones

He procurado en este artículo realizar tres tareas a la vez. En primer lugar, he descripto el actual estado de la doctrina y la jurisprudencia acerca de los daños punitivos en los Estados Unidos de América poniendo énfasis en las dificultades que encuentran los tribunales para enfrentar los daños exorbitantes. La segunda tarea consistió en efectuar una consideración prospectiva en cuanto al proceso de incorporación de esta figura en la República Argentina. Finalmente, he intentado poner de resalto las diferencias entre ambos sistemas normativos a la vez que he sugerido los posibles remedios que podrían adoptarse para superar los problemas de divergencias hipotéticas de los resultados cuando no se contemplan las diferencias en los trasfondos normativos de los dos países.

Si algo no quiero en este trabajo es descalificar totalmente a los daños punitivos. La imposición de daños superiores a los daños compensatorios por la conducta reprochable de los demandados es un instrumento utilizado habitualmente por los tribunales estadounidenses y que ha tenido un fuerte impacto para mejorar la conducta de las grandes firmas, sobre todo en aspectos tales como la protección de los consumidores o la custodia del medio ambiente. Ese instrumento puede ser bien utilizado por los tribunales argentinos y no existen dificultades de fondo para aceptarlo en esos ámbitos.

Esta es, sin embargo, la parte más obvia del trabajo y que la mayoría de la doctrina nacional moderna acepta sin dificultades. Lo que se soslaya en estos casos es, por así decirlo, un conjunto de subsistemas normativos que controlan ese instituto para impedir que cumpla otros fines.

Los lazos de contención de los daños punitivos se encuentran en el país de origen para evitar el cálculo de montos exorbitantes. Corresponde, entonces, considerar este aspecto pues el instituto está unido a aquellos lazos y aparece instrumentalmente peligroso trasladar una institución para cumplir otros fines no previstos en el país exportador. Muchas veces se olvida que los subsistemas normativos del país de origen ejercen una especie de inercia que impide que la figura sea extrapolada por los jueces para cumplir fines socialmente loables pero que exceden el marco del debate jurídico individual. Aspectos tales como la labor al mismo tiempo creativa y limitativa del juez en el *common law* o la existencia de agencias administrativas relativamente eficientes son aspectos que no deben soslayarse en estos casos.¹⁵⁶

De acuerdo con estas pautas, el legislador argentino, en el caso de incorporar a los daños punitivos, debe ponderar el fuerte impacto que tiene el sistema deductivo en el pensamiento jurídico del derecho continental. En particular, debe tenerse en cuenta que el instituto en Estados Unidos es de carácter excepcional, mientras que en nuestro país puede convertirse en regla por la aplicación de una regla general a los casos particulares por los jueces ordinarios. El juez argentino, por otra parte, tendrá que ponderar que su labor no consiste en una función de asignación distributiva de los recursos y que deberá

156. Ruti Teitel dice que "históricamente, el funcionalismo asume que los problemas legales podrían simplemente ser cercenados de su contexto político, una noción fácilmente sustentable en el derecho privado. Por el contrario, el enigma del neofuncionalismo es la plausibilidad de la aplicación de este método al derecho constitucional –un área más allá de su ámbito tradicional" *Comparative Constitutional Law in Global Age*, 117 *Harvard Law Review* 2570, 2576 (2004). En realidad, como he afirmado anteriormente, ni siquiera esta noción es tan fácil de sostener *incluso* en el marco del derecho privado.

limitar su aplicación de daños punitivos, siempre que no lo estipule la ley, a ciertos estándares parecidos a los de Gore o Campillay.

En particular, los objetivos de los operadores del derecho deberán centrarse en la construcción de armazones de contención para que los daños punitivos se dirijan hacia el castigo y la disuasión del autor del hecho ilícito y no hacia el reemplazo de las actividades propiamente administrativas o para el cumplimiento de fines cuya solución corresponde esencialmente a los poderes legislativo y ejecutivo. Existen controles en la misma norma como la vinculación entre el monto que puede imponer el juez con la ganancia obtenida sin que se adviertan los peligros de la existencia de jurados con desviaciones a favor de intereses localistas o demagógicos.

La incorporación eventual de los daños punitivos se revela, pues, como conveniente siempre que se consideren los mencionados lazos de contención para evitar que esta figura se transforme en un procedimiento de distribución de recursos alejándose de sus fines esenciales, esto es, el castigo y la disuasión (o prevención especial y general) en contra de quienes -tal como señala el art. 1587- actúan con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos.