

43

Fecha de presentación: diciembre, 2020

Fecha de aceptación: febrero, 2021

Fecha de publicación: marzo, 2021

LA PENA.

SU PRESENCIA COMO DAÑOS PUNITIVOS EN DEL DERECHO CIVIL

THE PENALTY. THEIR PRESENCE AS PUNITIVE DAMAGES IN CIVIL LAW

Yudith López Soria¹

E-mail: yudithlopez@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6845-088X>

¹ Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

López Soria, Y. (2021). La pena. Su presencia como daños punitivos en del derecho civil. *Revista Universidad y Sociedad*, 13(2), 397-409.

RESUMEN

El tema de la pena en el derecho civil es para los países que siguen un modelo romano germánico, un poco raro, el derecho ha avanzado en esta región dejando exclusivamente al Derecho sancionador el tema de la pena, y esa, no es precisamente la concepción dentro del Derecho Civil, también romano-germánico. De este modo y ante la observación propiciada por una profunda revisión bibliográfica, es planteado este artículo que tiene como Objetivo: Conocer acerca de la Institución jurídico-penal de Daños punitivos presente en el derecho civil anglosajón y demostrar su influencia en el derecho europeo y latinoamericano. Para llegar a este resultado han sido empleados métodos de investigación como, la revisión bibliográfica, el análisis documental, el histórico-lógico y el inductivo-deductivo, todos los que llevan a constatar la presencia de los daños punitivos como institución jurídica del Derecho civil romano germánico.

Palabras clave: Pena, Derecho Penal, Daños Punitivos, Derecho Civil, punibilidad de la responsabilidad civil.

ABSTRACT

The issue of punishment in civil law is for countries that follow a Roman-Germanic model, a bit rare, the law has advanced in this region leaving the issue of punishment exclusively to sanctioning law, and that is not exactly the conception within Civil Law, also Romano-Germanic. In this way and before the observation caused by a deep bibliographic review, this article is proposed that aims to: Learn about the criminal-legal Institution of Punitive Damages present in Anglo-Saxon civil law and demonstrate its influence on European and Latin American law. To reach this result, research methods have been used, such as bibliographic review, documentary analysis, historical-logical and inductive-deductive, all of which lead to confirm the presence of punitive damages as a legal institution of Roman civil law. Germanic.

Keywords: Penalty, Criminal Law, Punitive Damages, Civil Law, punishable by civil liability.

INTRODUCCIÓN

A los ojos de Mezger (1958), no hay pena sin culpabilidad y también ha dicho a la inversa, no hay culpabilidad sin pena, cierto es que parece más controvertido la primera de las afirmaciones, dígame que la culpabilidad es una característica de la acción punible, y, en consecuencia, debe indicar los presupuestos con arreglo a los que aparece posible y exigida una conexión reprochable de la acción con la persona del agente, conexión que es la base de la reacción estatal que la pena representa. Pero si esto es así, resulta que la culpabilidad en sentido jurídico-penal es dependiente del fin de la pena: por ello *“la culpabilidad jurídico-penal, depende de la propia naturaleza de la pena, no la pena de la propia naturaleza de la culpabilidad. Ante todo, debe determinarse de modo indubitado cuál es el fin que el legislador persigue y quiere alcanzar con la pena; solo después de ello se podrá determinar cuáles son las exigencias que el legislador establece respecto a la conexión personal del acto con la persona del sujeto que lo realiza”*. (p. 45)

Con este preámbulo basado en el pensamiento de Mezger (1958), es que se presenta este trabajo, que versará sobre la pena, enfocando la culpabilidad como presupuesto de esta, pero desde su enfoque en la materia de Derecho Penal, en comparación con la institución jurídica, pena, en el Derecho Civil.

Por regla, el Derecho Penal, como instrumento en manos del Estado que entre otras funciones como la tuitiva, también busca lograr el control social, entre otras funciones que cumple, es el encargado de establecer las penas y por ende, castigar, esto hace que sea además, la más aflictiva de todas las ramas del Derecho y dígame aflictiva por la propia implicación de la gravedad, aflicción e intensidad de las penas que impone, penas que afectan, limitan, restringen e incluso privan también, de algunos bienes jurídicos que a la vez está protegiendo en otros o para otras personas.

Ahora bien, lo que si no existe como costumbre es escuchar el carácter punitivo o sancionatorio como rasgo del Derecho Civil, pero sin lugar a duda, ya puede advertirse que tanto en el curso de la evolución del Derecho Civil, y a la luz de estos momentos, permeados de desarrollo, tecnología, medios informáticos, y muchos más derechos que respaldar y garantizar, ya puede hablarse de daños punitivos, o de pena en materia civil, o de justicia conmutativa o restaurativa.

Es así como se estará tratando de comparar en este trabajo la institución pena o sanción en el Derecho Penal en contraste con la pena o sanción en el Derecho Civil.

DESARROLLO

Es a partir de la tradición iluminista que se puede confundir lo relativo al fin de la pena con la teoría que explica el origen y la función histórica de la pena. Las ideas ius-naturalistas de la mano de algunas ideas contractualistas explican que la pena se deriva del propio proceso de socialización enfrentado por los seres humanos a través de la historia y también es expresión del vínculo de unos seres humanos con otros, al punto de institucionalizarse o estatalizarse la venganza privada, y por su parte, la venganza privada ha sido explicada como una expresión del derecho natural de defensa, o autodefensa que pertenece a cada hombre y que tiene como mejor argumento la necesidad de su conservación.

Durante la evolución del derecho, se han equiparado las categorías de pena y de venganza, se dice que en este paralelismo han caído muchos retribucionistas, y también otros tantos utilitaristas —de Filangieri a Romagnosi y, de Carrara a Enrico Ferri, todos los cuales han concebido y justificado el derecho penal como derecho (no más natural sino positivo). *“En efecto, el derecho penal no nace como negación de la venganza sino como desarrollo, no como continuidad sino como discontinuidad y en conflicto con ella; y se justifica no ya con el fin de asegurarla, sino con el de impedirla. Es verdad que la pena, históricamente, substituye a la venganza privada. Pero esta substitución no es ni explicable históricamente ni tanto menos justificable axiológicamente con el fin de mejor satisfacer el deseo de venganza; por el contrario, sólo se puede justificar con el fin de poner remedio y de prevenir las manifestaciones”*. (Bustos, 2005, p. 41)

Para aportar con un concepto de pena, bien puede hacerse observando cómo se acerca a la idea de su concepto la teoría retributiva, aspecto que conlleva a pensar que esto no lo logra la teoría preventiva al concentrarse en sus fines, más que en su esencia, es claro que la pena es un mal que expresa la coerción estatal, y por ende, está estrechamente relacionada con el Estado y con su voluntad, a través de la pena, el Estado reafirma su existencia; en el campo penal significa el instrumento amenazante que emplea el Estado para lograr cumplir su deber de proteger los bienes jurídicos que el mismo, ha confirmado como susceptibles de ser protegidos.

“Las penas están para imponerse, y ello significa un proceso de concretización en un individuo. Esta imposición requiere necesariamente de un fin. En un Estado social y democrático de derecho, donde todos los hombres han de ser iguales en su consideración y dignidad, ningún hombre puede ser ni medio con relación a otros hombres, ni tampoco respecto a un objeto, como el bien social, el

interés general, etc. Luego, la finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de la sociedad democrática que no es otra que aumentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales. De lo que se trata es de lograr que la pena cumpla este fin. (Ferrajoli, 2000, p. 56)

La pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales. En dichas alternativas el individuo ha de tener la posibilidad de participar, por eso, la pena ha de ser una alternativa más de participación en su solución.

Resulta genial pensar en la pena de este modo citado para lograr entender de manera clara el origen de la intervención estatal en la imposición de la pena, y así mismo poder entender cómo el derecho penal surge para eliminar o cuando menos, minimizar, la violencia en la sociedad, ya que en la sociedad queda evidenciado un conflicto violento y resuelto por la fuerza, tras la ocurrencia del delito, y se hace prudente citar a Ferrajoli (2000), cuando dice, *“por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo, más la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada, no regulada, dirigida a veces contra el inocente”*.

Y es que, la norma penal surge para minimizar la venganza privada, regulándola, normándola, institucionalizándola y dotándola de un proceso penal que, en los tiempos actuales debe ser cada vez, más debido. Podrá ser con el objetivo de prevenir, en su parte punitiva, o con el objetivo de castigar y retribuir, pero que de cualquier forma constituye una amenaza legal contra el que decida dañar o poner en peligro, alguno de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. No es dable pensar que se eliminó la fuerza, sino todo lo contrario, esta fuerza ahora será ejercida tanto preventiva como castigadoramente, por el Estado, actuando como monopolizador, y único titular del *ius puniendi*.

Roxin (1997), señala que *“la pregunta acerca del sentido de la pena estatal no se trata en primer término de un problema teórico, ni, por tanto, de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica. Sin embargo, la discusión doctrinal sobre la función de la pena parece seguir siendo vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica”* (p. 62)

La función de la pena, sin lugar a duda, debe estar presente en todo el sistema penal de cada país, de manera tal que influya en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución, deben tener como punto de partida la función que la sanción penal intenta alcanzar. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida, por ende, una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse, aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito, aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente.

Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que, si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es lograr la resocialización del sancionado, entonces sería contraproducente considerar legítimas y adecuadas, aquellas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que precisamente implica que el sancionado nunca más ha de estar en su hogar, ni en su casa, ni con su familia, ni formando parte de la sociedad, por ende, es una negación a la posibilidad de su reinserción social. La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial, así, por ejemplo, en una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no, a la prevención general o a la resocialización del delincuente.

Sin embargo, acorde a una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor, pero si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces podría encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo. Análisis que resulta muy claro en virtud de potenciar la necesidad de un sistema penal coherente y armónico de principio a fin.

El proceso de imposición de la pena también implica la fase de ejecución de la misma, esta fase de ejecución tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena. Muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación. Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad

de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria.

Por el contrario, estas medidas alternativas, así como diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso la semi libertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la pena, pues el condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente. Desde esta comprensión de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de pena impuesta sin afectar el valor Justicia. En atención a lo brevemente dicho en este apartado introductorio, puede llegarse a la conclusión de que la función de la pena no puede ser considerada una discusión teórica sin ninguna utilidad práctica. Todo lo contrario: *“de la respuesta a esta cuestión general depende el tratamiento de muchos problemas específicos del Derecho penal y finalmente la propia coherencia del sistema punitivo. Me animaría a decir que se trata del tema general con mayores consecuencias prácticas en la lucha contra la criminalidad, por lo que su estudio no puede ser tomado como una cuestión simplemente teórica o introductoria.”* (Roxin, 1997, p. 61)

Trayendo a colación la conocida afirmación de que no hay nada más práctico que una buena teoría, es que se afianza la importancia de analizar lo relativo a la teoría de la pena, para poder comprender e implementar mejor su aplicación práctica, pero no solo aplicándola al Derecho Penal, sino también al Derecho Civil.

Y es que, el fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el Derecho Penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena y a su vez, estas teorías buscan legitimar el Derecho Penal, y así poder justificar racionalmente la imposición de un castigo que, en efecto, castiga bienes jurídicos muy importantes para cada ser humano. Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y teorías relativas de la pena.

Las teorías absolutas de la pena entienden que la pena es una retribución, significa dar al sancionado el castigo que se merece por el daño que ha causado o, dicho de otro modo, por el ilícito que ha cometido, y su valor se encuentra en lograr afirmar la vigencia del derecho.

En la doctrina puede encontrarse que, las teorías de la pena, conocidas como relativas, o preventivas, no poseen argumentos para logra justificar o legitimar el castigo, y sostienen este, únicamente a partir de la utilidad de la pena y de su existencia, justificando entonces, tanto el

Derecho Penal, como la pena por la necesidad de prevenir el delito.

Dos, son las grandes teorías relativas de la pena. Por una parte, la prevención general, y por la otra, la prevención especial. La prevención general tiene como destinatario a toda la comunidad, toda la sociedad, procurando evitar que en ella cometa delito alguno de sus miembros, es decir, procurando lograr que sus miembros se abstengan de delinquir, mientras que la prevención especial, actúa sobre el individuo que ha delinquido ya sea tratando de enmendarle su conducta, y evitar así que vuelva a delinquir, o puede ser neutralizándolo antes de que cometa cualquier delito. Es claro que estas teorías han pretendido legitimarse desde el argumento de la utilidad de la pena para la sociedad, aunque la realidad ha demostrado que no es susceptible de ser lograda esta finalidad, pues del delito persiste, dada la persistencia de sus comisores.

Puede resumirse en un análisis que logra parecer somero si se aprecia solo lo aquí planteado, pero que encuentra bases sólidas cuando se analiza a cabalidad la doctrina sobre ambas teorías, que, el Derecho Penal no quede legitimado en su esencia castigadora y de control social, por el solo hecho de que las interrogantes acerca de la capacidad de legitimar la pena, como la facultad de imponer un mal al ciudadano, no ha logrado ser aun respondida contundente y convincentemente, y es que, en el estado actual, la pena tanto como el Derecho Penal siguen siendo indispensables, y además considerado como una expresión de poder estatal frente a los ciudadanos, pero no cabe duda que debe observarse como categorías independientes, aunque relacionadas al mismo núcleo, qué es la pena, lo que es la función de la pena y el fin o fines de la pena. Esta delimitación ayudará a comprender hasta cierto punto, la necesidad de existencia o la justificación misma de que sea legítimo y justificado castigar en materia penal.

Cabe citar al Juez, Victoriano James Fitzjames Stephen, por ejemplo, citado por Ferrajoli (2000), cuando sostuvo que *“las penas están dirigidas a suscitar la indignación moral y los sentimientos colectivos de aversión contra los delitos, pues de tal modo se refuerzan los sentimientos de solidaridad social.”* (p. 22)

Montesquieu, por su parte, plantea: *“Fu dunque la necessità; dice Beccaria; “che costringe gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minimi porzioni possibili forma il diritto di punire: tutto il più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto;” también Bentham, Romagnosi y*

Carmignani aluden repetidamente a la necesidad como criterio de justificación de la pena. "Estas indicaciones, valiosas, pero embrionales, serán luego abandonadas por las doctrinas utilitaristas del xix, las cuales se orientaron según modelos correccionalistas e intimidacionistas de derecho penal máximo o ilimitado. Por otra parte, estas doctrinas fueron asimismo rebatidas por la misma concepción iluminista del principio de utilidad penal, identificado concordemente por Beccaria y Bentham con el criterio mayoritario y tendencialmente iliberal de la máxima felicidad dividida entre el mayor número". (Roxin, 1997, p. 11)

Por otra parte, en el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de Gunther (1997), si bien este mismo autor denomina a su comprensión de la pena, prevención general positiva, un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de Welzel, Gunther (1997), cuestiona que *"la función del Derecho Penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo), así como el Derecho penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (tentativa, por ejemplo). En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras"* (p. 86)

En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico, como puede verse, en el planteamiento de Gunther (1997), se destaca especialmente la necesidad de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resulta posible una orientación en los contactos sociales. La norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió. Pero como en estos casos no recae sobre el que defrauda la norma una poena naturalis, como sucedería en el mundo sujeto a leyes naturales, se requiere de un castigo que declare el fracaso en la orientación social de quien infringe la norma. Este castigo convencional es la pena. En síntesis, podría decirse que para la concepción de Gunther (1997), el Derecho penal obtiene su legitimación material de la

necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente.

No es redundante plantear entonces, luego de este análisis que más que la función de castigar del Derecho Penal se evidencia claramente que una de sus principales funciones es el control social, este se dirige tanto a los resultados dañinos provenientes de un delito, como a la puesta en peligro de los bienes jurídicos que el Derecho Penal protege, tras o en torno a la comisión de un delito.

Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad. La concepción de Gunther (1997), no se ha visto exenta de críticas. A la comprensión de la pena como comunicación se le ha cuestionado dejar de lado la naturaleza de la pena como un mal, de forma tal que podría llegarse a una pena que restablezca la vigencia de la norma sin que necesariamente lleve aparejado un mal para el autor. Por lo tanto, si en algún momento la norma pudiera reestablecerse sólo con la declaración del carácter incorrecto del comportamiento, ya no sería necesario imponerle al autor un mal adicional (privación de la libertad, por ejemplo). Además de esta crítica, al planteamiento de Gunther (1997), se le ha objetado centrar la función de la pena en la vigencia de la norma, con independencia de si ésta resulta legítima o no. Desde esta perspectiva, la pena cumpliría idéntica función tanto en un Estado de Derecho como en un Estado totalitario.

Las funciones de la pena tienen y deben tener límites, por ejemplo, la dignidad relativa de la persona obliga a que la pena no pueda imponerse al delincuente obviando las razones, motivos o fundamentos de su actuación práctica. De hecho, no es posible construir el delito sobre cualquier forma de culpabilidad, pues esta debe partir de la actuación de un ciudadano que tiene la libertad, capacidad y autonomía necesarias para decidir qué hacer con su libertad, ya sea sujeto a la norma o desligado de ella y de su cumplimiento.

Hablar de la pena en materia penal es propio, común y hasta imprescindible, sin embargo, estos parámetros o calificativos no se ajustan al tema de la pena dentro del Derecho Civil, resulta obvio que de la comisión de un delito no sólo se deriva una responsabilidad penal, sino también una responsabilidad de carácter civil y extracontractual, consistente en la reparación del daño, a través de diferentes mecanismos o modalidades de reparación. Hoy se aduce que la Responsabilidad penal y

la Responsabilidad civil comparten el elemento antijuridicidad y es una realidad el hecho de que no hay una diferencia cualitativa entre un ilícito penal y uno civil, hoy sus diferencias se basan en decisiones de política criminal, para determinar cuáles hechos entre todos los ilícitos, deberán ser tipificados o reconocidos y descritos por la ley como delitos y cuáles no.

Cerezo Mir (2004), refiere que *“en el derecho español, tanto la responsabilidad penal como la civil por la comisión de un hecho ilícito que ha sido definido como delito, puede perseguirse en un mismo proceso ante la misma jurisdicción penal o bien, a opción del perjudicado, como lo señala el art. 109.2 CP, ante la jurisdicción civil. Esta posibilidad es una coherente consecuencia del hecho de que no hay diferencias cualitativas entre una antijuridicidad civil y una penal. Sin duda, es una correcta decisión del legislador español, pues se evitan los inconvenientes de procesos separados, procurando, al mismo tiempo una más amplia protección a los bienes jurídicos y a los intereses de las víctimas. En cuanto a su naturaleza, no cabe duda, la acción reparadora, a pesar de poder instarse ante la jurisdicción penal, tiene naturaleza inequívocamente civil”*. (p. 29)

No es desatinado decir que, la regla general es que corran parejas la acción penal y la civil, pero esto no impide que el perjudicado renuncie a ella o la reserve para ejercitarla con posterioridad. También queda confirmada la supeditación procesal de la acción civil a la penal, pues la primera no puede ejercitarse sino una vez que haya sentencia firme en el proceso criminal. La pretensión civil ha de fundarse en lo siguiente:

“La existencia real de perjuicios o daños, ya que pueden haber hechos que generen un delito y no responsabilidad civil; la cuantía de dichos daños, la fundamentación de los hechos cuando sólo son constitutivos de culpa in negligendo, la imputación de los daños a los hechos; la persona imputable civilmente, si fuere distinta del sujeto activo del delito. Terminado el juicio hay que considerar dos situaciones. La primera es que la responsabilidad civil quede determinada por sentencia. Puede ocurrir que la sentencia sea condenatoria. En tal caso, ella es suficiente para proceder a su ejecución mediante el correspondiente procedimiento que es diferente al de la ejecución penal”. (Tunc, 1989, p. 18)

Sin embargo, y tras valorar esa opinión, se debe analizar la posibilidad de que en el caso de una sentencia absolutoria puede haber, no obstante, responsabilidad civil, y ya ha sido determinada la inocencia del individuo en materia del juicio penal, en ese supuesto de hecho, habrá que acudir a la vía civil, que aún puede quedar como opción

legal de ejercicio de acción procesal, a menos que el hecho ocurrido tampoco sea capaz de generar responsabilidad civil.

La institución de la responsabilidad civil parece ser conatural al hombre y, en su evolución, el autor francés Tunc (1989), ya citado, aquí, ha identificado cinco funciones estrechamente ligadas: *“el castigo de un culpable; venganza e indemnización de la víctima; restablecimiento del orden social y prevención de comportamientos antisociales. La importancia respectiva de estas funciones puede haber variado según los siglos, los lugares, los tipos de culpa o los casos individuales. Sin embargo, en general, ningún conflicto se presentaba entre las diferentes funciones”*. (p. 14)

Generalmente, la responsabilidad civil comprende: la restitución; la reparación del daño material y/o moral; la indemnización de perjuicios materiales y morales puede implicar también, el establecimiento de garantías de no repetición a favor de la víctima; cualesquiera de estos mecanismos podrán ser aplicados según la naturaleza y la demanda de cada caso y por ello podrán aplicarse de conjunto o por separado. De cualquier forma, su esencia estriba en tratar de ubicar a la víctima en el estado en que se encontraba antes de sufrir el delito o el hecho ilícito, o por último podría decirse, antes de sufrir el daño.

En la responsabilidad civil también se debe determinar las personas civilmente responsables, distinguiendo además entre los responsables civiles directos, la responsabilidad civil en caso de eximientes y los responsables civiles subsidiarios, pues la magnitud de su responsabilidad también dependerá de su aportación directa o indirecta, principal o secundaria, justificada o injustificada con respecto al daño causado, lo cual es equiparable al nivel o grado de participación en el delito en materia penal.

Por regla, toda persona responsable criminalmente, esto es, autores y cómplices, lo será también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. En ocasiones responderán a través de cuotas separadas e independientes pero que conforman en su totalidad el monto íntegro de la cuantía a reparar, y se impondrá como una obligación a cumplir de modo solidario.

Hoy puede hablarse de responsabilidad civil subsidiaria, y citar el ejemplo del Código Penal Español en el inciso 2º del párrafo 2 del art. 116, que establece un orden de prelación para la responsabilidad subsidiaria señalándose que primero se hará efectiva en los bienes de los autores, y después en los de los cómplices. En el último párrafo del art. 116 CP se establece que *“tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere*

pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno." (España. Ministerio de Gracia y Justicia, 2018)

Además de la responsabilidad de los autores y cómplices, el art. 117 CP establece la responsabilidad directa del asegurador. Establece este precepto que *"los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda."* (España. Ministerio de Gracia y Justicia, 2018)

Existen casos de responsabilidad civil subsidiaria en varias legislaciones civiles, estas personas también responsables por los daños asumen compromiso cuando el responsable criminalmente no lo puede hacer, generalmente en casos de *culpa in vigilando, in negligendo o in educando.*

"1) Responsabilidad de los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. 2) Responsabilidad de las personas naturales o jurídicas titulares de algún medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de que sean titulares. 3) Responsabilidad de las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. 4) Responsabilidad de las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios. 5) Responsabilidad de las personas naturales o jurídicas titulares de los vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas." (Tunc, 1989, p. 14)

También puede ser contemplado legalmente como responsable subsidiario, al Estado, la provincia, el municipio

y demás entes públicos por los daños causados por los penalmente responsables, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados del Estado o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones.

Ya se ha analizado que en el campo de la responsabilidad, los ordenamientos de corte romano-germánico evolucionaron hacia el reconocimiento de la necesidad de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un hecho ilícito, hasta llegar a exigir no sólo los perjuicios materiales efectivamente provocados, sino también los perjuicios morales causados y probados, pero todo ello con un límite claro y preciso: dejar a la víctima (en la medida de lo posible, de acuerdo con la naturaleza del daño) exactamente en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido y evitar un posible enriquecimiento como consecuencia de la indemnización reconocida. En el sistema anglosajón, por el contrario, el reconocimiento de la responsabilidad tiene algunos objetivos adicionales que permiten al juez ir más allá de los daños causados y reconocer una indemnización prácticamente sin límites.

Si bien este ha sido el postulado general, el sistema jurídico anglosajón ha aplicado con gran amplitud el concepto de daño punitivo o pena privada, (punitive damages, punitive damage o vindictive damages), siendo una institución de gran uso en el sistema del Common Law, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica.

Téngase en cuenta que *"por daños punitivos se entiende el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización, que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, ocasionados ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes."* (García & Herrera, 2003, p. 3)

El daño punitivo es igualmente conocido como daño ejemplarizante, daño retributivo o dinero picante. Se ha entendido como una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado, lo cual hace de este un sistema tan particular y muchas veces criticado.

Algunos autores encuentran *"los orígenes de esta doctrina en el Código de Hammurabi, que estipulaba punitivas pecuniarias para ciertos ilícitos. También se encuentran antecedentes en el derecho romano, pues allí también se fijaron punitivas pecuniarias (Ley XII Tablas); en la Roma clásica, donde se consideraron sanciones económicas a favor de la víctima, del doble, triple o cuádruple del daño causado, y en la Edad Media, donde se debe citar las Siete partidas del rey don Alfonso el Sabio,*

una de cuyas disposiciones (sexta y setena partida) exigía a quien negara que causó el daño que lo pagara doblado. También se encuentran antecedentes más directos en el acient law, el estatuto más antiguo (data de 1275), que consagra el daño punitivo. El primer antecedente moderno se ve hasta 1763, en la causa Huckle frente a Money. De allí se trasladaron a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Sudáfrica y los Estados Unidos”. (García & Herrera, 2003, p. 3)

El propósito general de las acciones indemnizatorias está encaminado a reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, el daño punitivo tiene como propósito castigar a quien produce un mal y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina, es decir, el daño punitivo se toma más como una sanción que como una indemnización.

Como finalidades tiene las siguientes:

- » Punir graves inconductas.
- » Prevención.
- » Restablecer el equilibrio emocional de la víctima.

En el derecho anglosajón queda previsto que el Juez no está obligado a pronunciarse sobre la fijación de los daños punitivos, por ende, sí constituye una obligación para la víctima, incluirlo expresamente entre sus pretensiones procesales, a fin de que exista posterior análisis y pronunciamiento judicial al respecto.

Para su determinación han de tomarse en cuenta aspectos como los que a continuación se enuncian: *“La concepción dominante de los Estados Unidos sostiene que no cualquier acto ilícito puede ser objeto de daños punitivos, pues se debe exigir la existencia de una particular subjetividad en la conducta del autor del hecho dañoso. Es necesario que se produzca algo más que una mera negligencia en la comisión de un tort, según la doctrina y la jurisprudencia, es decir, deben presentarse circunstancias agravantes relativas al dañador, como temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia”.* (García & Herrera, 2003, p. 14)

“Frente a este punto se hallan posiciones encontradas, pues en algunos fallos, está presente la alusión a la necesidad de la existencia de otros daños susceptibles de reparación para la víctima, como requisito para que los daños punitivos le puedan ser reconocidos (incluso algunos tribunales también exigen que exista relación razonable entre éstos y los daños compensatorios). Pero no es ésa la posición dominante, porque al considerarse el daño punitivo principalmente como una multa de naturaleza

privada con fines sancionatorios, éste se puede reconocer en ausencia de una pérdida o de un perjuicio que haya sido materialmente demostrado, así la cuantía del daño compensatorio sea mínima o inexistente”. (García & Herrera, 2003, p. 3)

En principio, los daños punitivos no se pueden aplicar a incumplimientos en materia contractual, salvo excepciones puntuales y que se encuentran en la jurisprudencia, cuando la conducta de la parte que ha roto el vínculo contractual llega a configurar un tort, (agravio).

Como espíritu intrínseco de esta doctrina puede concretarse que es la evitación del enriquecimiento injusto por parte de la víctima, o el total deterioro patrimonial del dañador, el Tribunal procurará balancear o sopesar varios factores entre los que están:

- » La naturaleza y la gravedad de la conducta del agente causante del daño.
- » La sabiduría de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable.
- » El antecedente de los avisos disuasivos y la facultad de haberlos evitado.
- » La naturaleza de la opresión infringida.
- » El bienestar del causante.

En otro punto está la determinación de la cuantía o monto de la suma que se va a pagar como daño punitivo que en el sistema del Common Law, será determinada con facultad discrecional por el jurado respetando únicamente el límite establecido por la Corte Suprema que elabora guías con criterios de racionalidad que incluyen instrucciones al jurado de las cortes, para que ellos analicen factores como los siguientes a la hora de tasar la indemnización:

“La gravedad de la falta; la situación particular de dañador, los beneficios obtenidos con el ilícito; la posición de mercado o de mayor poder; el carácter antisocial de la inconducta; la finalidad disuasiva futura perseguida; la actitud ulterior del demandado; el número y la jerarquía de los empleados comprometidos en la falta de conducta; los sentimientos heridos de la víctima; entre otros”. (García & Herrera, 2003, p. 15)

Entre los puntos o condiciones adversas que implican los daños punitivos hay varios criterios, entre ellos:

Enriquecimiento sin causa: suele decirse que el daño punitivo es un beneficio injustificado para la víctima, pues al obtener una indemnización que va más allá de los daños sufridos, se estaría enriqueciendo a expensas del penalizado. Por lo rígido del sistema del Common Law, el daño moral es aceptado sólo de forma muy limitada, por lo cual

esto ha llevado a que muchas veces se repare ese tipo de daños con el ropaje de los daños punitivos.

Arbitrariedad en la decisión del jurado: en otras ocasiones se critica que puede ser arbitraria la decisión del jurado, cuando el monto de la tasación del daño depende de la discrecionalidad del jurado que en ocasiones no tiene límites legales y puede determinar montos excesivos para la indemnización.

Seguridad jurídica: la seguridad jurídica se dice que se pone en duda y es hasta cuestionable cuando hay que aceptar una decisión judicial ilimitada en ocasiones, por lo que genera inseguridad jurídica para el ciudadano, así como la imposibilidad de prever o pronosticar las decisiones judiciales.

Inconstitucionalidad: dado a que la naturaleza de los daños punitivos es sancionatoria, es muy cuestionable su aplicación dentro del ámbito civil, por ello se afirma de forma reiterada que los daños punitivos son violatorios del régimen constitucional, se afirma que los daños punitivos son violatorios de la Constitución, y puede citarse incluso que dentro del Derecho Anglosajón, su aplicación es cuestionable, en tanto, pues al ser sanciones de tipo penal, su aplicación dentro de un proceso civil resulta ser un desconocimiento de las garantías que la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos brinda en los procesos penales. Además, se sostiene que muchas condenas por daños punitivos violan la octava enmienda, que prohíbe penas.

Iturbide (2015), plantea que, **“determinar qué se entiende por daño constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable”** (p. 1)

En virtud de su protagonismo en ambas partes procesales, se precisa valorar si la institución de daños punitivos del derecho anglosajón existe en la región Latinoamérica, para ello se analizará el contenido sobre el tema daños, en el Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina.

Y es que el Código Civil y Comercial de la Nación, en Argentina, de reciente vigencia ha adoptado una definición amplia sobre el daño y queda así definido en el art. 1737, diciendo que, **“hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”** (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

Es así como, dedica toda una sección al Daño resarcible y con ello también a sus consecuencias legales, por ejemplo, en el art. 1738, que trata la indemnización, establece que **“la indemnización comprende la pérdida o**

disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afectaciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

Subsiguientemente, el art. 1739, deja regulados los requisitos para que pueda proceder la indemnización, en tanto exige que deba existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente y que la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador, mientras que el art. 1740. Instituye que la reparación ante el daño susceptible de ser resarcido deberá ser plena, y esto consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

La indemnización, que obviamente es concebida como una modalidad de la reparación del daño, se extiende también a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales y estará legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo, según el art. 1741, **“y si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”** (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

Este daño resarcible resulta, tras su análisis y en criterio de esta autora, lo más próximo a la institución de daños punitivos ut supra analizado. El hecho de que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo refiera o nombre como daño resarcible, parte de la propia susceptibilidad del daño en cuestión, de ser resarcido, nace del cumplimiento por parte de este daño de determinados requisitos que hacen que sea digno de ser resarcido o que entre

sus consecuencias amerite enmendar las afectaciones que ha provocado.

Sin embargo, entre la institución de daños punitivos del derecho anglosajón y la institución de daño resarcible del derecho argentino, existe la gran y ostensible diferencia de que el daño punitivo es una institución del Derecho Civil, que constituye una pena, un castigo, en este caso de índole pecuniaria, pues además de llevar implícita la indemnización misma, o la reparación íntegra del daño, también se impone un plus que constituye un beneficio patrimonial a favor de la víctima y a su vez, un detrimento mayor y no adeudado, en el patrimonio del responsable del daño, es por ello que se infiere su naturaleza, naturaleza de la cual carece la institución de daños resarcibles, aunque su imposición igualmente sea de obligatorio cumplimiento, no tiene carácter castigador ni punitivo. Solo implica la obligación de reintegrar a la víctima a su situación anterior en la medida de lo posible.

No obstante, no deja de ser cierto que el daño resarcible presente en el CCCN, derivado de la responsabilidad civil, tiene muchos puntos coincidentes o semejantes a la responsabilidad penal, ahora también se puede encontrar la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad civil, muestra de esto, se encuentra en el art. 1742, donde se instaura legalmente la atenuación de la responsabilidad, en este caso, civil. Para ello el juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable, o sea, en caso de que el determinado responsable haya actuado maliciosa o dolosamente.

El art. 1743 establece la dispensa anticipada de la responsabilidad, aduciendo que son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder, refiriéndose únicamente a que las eximentes establecidas en ley, una vez encuadradas en los hechos dejarían de eximir, o no tendrían efectos de eximentes si su naturaleza es contraria a derecho en sí misma.

Tal y como se hace preciso para poder dejar establecida la responsabilidad penal, aquí en la responsabilidad civil por daño, también es necesario que la ocurrencia del daño, así como, la atribución de responsabilidad al supuestamente responsable quede eficientemente demostrada a través de los medios probatorios concebidos por

la ley en ese caso, esto queda instituido en el art. 1744, cuando dice que, el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos, dejando la excepción que dispensa la necesidad de probar en la notoriedad del daño mismo.

En el supuesto de hecho de que el daño causado sea el fallecimiento de la víctima, entonces el art. 1745, se pronuncia de modo claro, estableciendo la indemnización por fallecimiento, dice que, *“en caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes; c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.”* (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

En caso de lesiones o incapacidad la indemnización precedente sería en estos términos: 1746.- *“Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valiosas, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.”* (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

En la Sección quinta, del CCCN, obran las distintas modalidades de responsabilidad por daños, es así como habla primero de Responsabilidad directa en el art. 1749, y refiere que *“será responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión. Prevé así mismo los daños causados por actos involuntarios. El autor de un daño causado por un acto*

involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742. El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza. (art. 1750), mientras que en el art. 1751, se establece la pluralidad de responsables, para el caso de que, si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes” (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

La atención se desborda cuando se aprecia la figura del encubridor, propia del Derecho Penal, en el Derecho Civil argentino, estimando la posibilidad legal de exigirle responsabilidad civil, también a esta figura, como un cooperador en la provocación del resultado dañoso (art. 1752) y que igualmente sustenta las bases del posterior pronunciamiento de una pena, en la vía civil.

Y luego, llegada la Sección sexta, se aprecia la responsabilidad por el hecho, de terceras personas, cuando en el art. 1753, habla de responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, aclarando que, el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente, aspecto que tiene grandes similitudes con la institución de responsables civiles subsidiarios ya analizada en los daños punitivos, que abarca incluso el art.1754, acerca de la responsabilidad por los hechos dañosos cometidos por los hijos, los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.

Esta responsabilidad de los padres, como responsables subsidiarios, puede cesar y queda descrito así, la responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de

obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos. (art. 1755)

Esta responsabilidad subsidiaria puede extenderse a otras personas, tal y como plantea el art. 1756, cuando habla de otras personas encargadas: *“Los delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental, los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control”* (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

El art. 1710 del nuevo Código, que reproduce casi textualmente el art. 1585 del Proyecto de Código Civil de 1998, dispone: *“Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”* (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

Los Fundamentos del Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo expresan: *“La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la ‘tragedia de los bienes comunes’, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos”*. (Argentina. Congreso Nacional, 2014)

Es común encontrar que los sistemas de derecho cuyo modelo se adhiere al romano-germánico, se advierte un rechazo casi general acerca de la aplicación y existencia de los daños punitivos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, este rechazo se debe sobre todo a la

necesidad de un margen conceptual delimitado y proveniente de una norma escrita, proveniente esto del origen propio del sistema romano-germánico o civil law, que no puede concebir que una idea genérica se desprenda del solo poder de la jurisprudencia, sino que requiere que dicha idea genérica se desprenda de una ley por demás vigente, otro aspecto descansa en que la diferencia existente entre el derecho público y el derecho privado, establecida ya expresamente en el propio Código de Justiniano, es más marcada que en el common law, otros autores plantean que no genera seguridad o certidumbre esta figura legal y en otros casos se esgrime el argumento de que existe con la figura de daños punitivos un enriquecimiento sin causa justificada, pero ante este rechazo, existen una serie de argumentos que igualmente incitan a que sea implementado y usado en el modelo existente en Europa y Latinoamérica, para el análisis de tal manifestación se estarán planteando posiciones de importantes juristas.

Mientras que el European Group on Tort Law, actualmente ha establecido principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, entre los cuales no se refiere a los daños punitivos como institución del derecho, pero, no obstante, partiendo de la prevención como un principio general, y atento a la propia función preventiva de los daños punitivos de dichas directivas, se alude en múltiples ocasiones a la cara animada por la prevención que posee la responsabilidad civil. Por tanto, dichos principios tampoco son incompatibles con la esencia y naturaleza de los daños punitivos.

La función punitiva, retributiva o castigadora de la pena es inseparable de la preventiva, acorde a una fusión de ambas teorías sobre la función y la finalidad de la pena vigente en la actualidad. ¿Ahora bien, la pregunta sería, - se percibe esto en el Derecho Civil?, la respuesta es: sí se percibe, y es que, es justamente la naturaleza de la institución jurídica de los daños punitivos, muy clara y definida en el derecho anglosajón, pero que aún encuentra resistencia en los sistemas de derecho romano germánico, lo que se ha detectado en jueces y abogados de países como Chile, Francia, Alemania, Brasil y Argentina, por citar algunos ejemplos (Iturbide, 2015).

“Además, ante la falta de profundización en determinados conceptos valorativos y extensiones cuantitativas, no es fácil delimitar ciertas características que le pueden dar viabilidad a los mismos. Por ejemplo, la Corte de Casación italiana, en un reciente pronunciamiento en donde rechaza la aplicación de los daños punitivos por la fundamental razón de contrariar su orden público y derecho interno, afirma que a la responsabilidad civil se le asigna la tarea de restaurar la posición de la persona que ha sufrido un

perjuicio, a través del pago de una suma de dinero que tiende a eliminar las consecuencias de los daños causados”. (Iturbide, 2015, p. 10)

Debe compararse lo siguiente, *“una cosa es detectar una conducta susceptible de daños punitivos y aplicar dicho instituto, y otra cosa distinta es discutir el destino que corresponda otorgarse luego, a la cuantía de ese daño punitivo previamente valorado. Razón por la cual, teniendo ahora presente esa delimitación, el argumento en contra de la figura por entender que daría lugar a la existencia de enriquecimiento sin causa fuente, no es atendible hoy para rechazar la aplicación de los daños punitivos. La política legislativa del destino de los daños punitivos y su relación con los fines que se quieren alcanzar, al respecto, si bien es opinable cuál es el mejor destino que merece esta sanción, creemos que, al decir del reconocido profesor Aciarri, “al menos una parte importante”, debe concederse a la víctima. Detectar conductas susceptibles de daños punitivos, en muchos casos es una ardua tarea que requiere de incentivos suficientes, so riesgo de impedir su efectividad. Pues ¿qué víctima y letrado invertiría tanto esfuerzo en detectar un ilícito si luego el destino va a parar a otro lado? Este despliegue investigativo y probatorio, evidentemente, requiere como contrapartida recibir un plus por la actuación exitosa en prevenir la producción o reiteración de conductas susceptibles de daños punitivos”*. (Iturbide, 2015, p. 11)

“Otro elemento a tener en cuenta es el factor de atribución necesario, pues hoy los daños punitivos requieren de una conducta reprochablemente grave (dolor o culpa grave). Afirmación que por otro lado no debe confundirse con su posibilidad de aplicación ante factores de atribución objetivos”. (Iturbide, 2015, p. 11)

En la jurisprudencia latinoamericana y específicamente en la argentina, se constata la ausencia de casos prácticos en los que se refleje el instituto de daños punitivos, y se ofrece un concepto limitado del mismo, en consecuencia, es aconsejable ampliar el concepto de daños punitivos, proponiendo comenzar por su conceptualización que bien podría establecerse sobre los siguientes puntos, y es que, los daños punitivos son sanciones civiles que van más allá de la reparación misma de los daños causados y que son susceptibles de ser resarcidos, y se le imponen en forma de castigo o sanción al demandado y determinado responsable de los daños, con la finalidad de prevenir tanto en el responsable, como en el resto de las personas, que incurran nuevamente, en conductas similares.

Además, se precisa aceptar y argumentar legalmente la relación con otras disciplinas del derecho que sustenta

a este instituto de los daños punitivos, y por último, crear en la norma conductas claras capaces de definir o describir cuales conductas de la realidad encuadrarían en la calificación legal de daños punitivos, es decir, crear tipos civiles dentro el Derecho Civil, tal y como existen los tipos penales en materia penal, ¿o no?

CONCLUSIONES

Los daños punitivos constituyen un instituto del Derecho Civil, que implica una sanción en materia civil y actúa como el instituto pena en Derecho Penal.

Ambas instituciones jurídicas representan un castigo, la primera, para el demandado considerado responsable del daño en Derecho Civil, como la segunda lo representa para el acusado, determinado responsable del delito en Derecho Penal.

El reconocimiento de *daños punitivos o punitive damages*, ha sido creado y desarrollado ampliamente en los Estados Unidos y con algunas limitaciones en Inglaterra, mientras que algunos países de Europa continental y de Latinoamérica han acogido la figura en casos muy limitados.

El Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina, recoge la institución de daños resarcibles, cuya configuración se aproxima mucho a la de daños punitivos.

Las sanciones impuestas por concepto de daños punitivos han tenido incidencias favorables en la protección de ciertos derechos que interesan a la colectividad, como es el de la salud, el medio ambiente o la protección de los consumidores, por lo cual resulta coherente y atractiva su implementación en aras de evitar grandes daños que, por negligencia, culpa, dolo o incluso preterintención, pueden provocar personas naturales y/o jurídicas, afectando en ocasiones a la mayoría.

Su implementación conllevaría a una mayor prevención con respecto a la ocurrencia de daños que afectan a la colectividad y a la vez, afianzaría la esencia y naturaleza del derecho penal como un derecho de ultima ratio, o mínima intervención, pues se estaría ante un conflicto soluble para el Derecho Civil como mecanismo extrapenal.

Los daños punitivos serán una institución extraña al Derecho Civil del sistema romano-germánico mientras no se determine adoptarla finalmente y evaluar entonces empíricamente la efectividad o no, de su contenido.

Los daños punitivos implican la misma concepción que prevalece en el Derecho Penal para el delito y la pena, salvando las diferencias propias e impuestas por la naturaleza misma del Derecho Civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Argentina. Congreso Nacional (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Infojus.
- Bustos Ramírez, J. (2005). Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. T. I. Ara Editores.
- Cerezo Mir, J. (2004), Curso de Derecho Penal español. Parte General, Editorial Tecnos.
- España. Ministerio de Gracia y Justicia. (2018). Código Civil español. Gaceta de Madrid 206.
- Ferrajoli, L. (2000). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta.
- García Matamoros, L., & Herrera Lozano, M. (2003), El concepto de los daños punitivos o punitive damages, Estudios Socio-Jurídicos, 5(1).
- Gunther, J. (1997). Sociedad, norma y persona: Una Teoría de un Derecho Penal funcional. Marcial Pons.
- Iturbide, G. (2015), El daño resarcible en el nuevo código civil y comercial de la nación. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/01/Consumidor-Doctrina-2015-02-02.pdf>
- Mezger, E. (1958). La Culpabilidad en el moderno Derecho Penal. Editorial Bibliográfica de Argentina.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General. Editorial Civitas.
- Tunc, A. (1989). La Responsabilidad Civil. Económica.