

## DAÑOS PUNITIVOS: LA VALIDEZ DEL INSTITUTO EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

Leonardo A. Urruti<sup>1</sup>

---

Fecha de publicación: 01/01/2014

**Sumario:** **I.** Introito. **II.** “Conceptualización de los daños punitivos”. **III.** Análisis de los argumentos críticos a la viabilidad de la figura en nuestro derecho. a. Enriquecimiento sin causa del damnificado. b. Naturaleza jurídica. ¿Figura penal o del derecho privado? c. Acerca de la vulneración de garantías constitucionales y necesidad de modificar el proceso civil para comprenderlas. d. Afectación del principio de legalidad. e. Posibilidad de doble punición por un mismo hecho (*non bis in ídem*).f. Arbitrariedad en su determinación o falta de criterios. g. Efecto social y económicamente negativo. **IV.** Conclusión.

### Resumen:

El análisis en concreto de aquellos estudios que señalan contradicciones entre la Constitución Nacional y la inclusión de los daños punitivos en el régimen general de derecho privado configura el epicentro de este trabajo. Se abordan en particular aquellos argumentos que señalan la vulneración del principio de enriquecimiento sin causa, el debate que alude a la naturaleza jurídica de la figura - y su vinculación con garantías constitucionales-, implicancias de la función punitiva dentro de un proceso de derecho privado y ventajas del derecho civil y comercial respecto de alternativas penales propuestas. Se rescata el valor de los aportes del Análisis Económico del Derecho para el estudio de la figura, sosteniendo finalmente la plena aptitud

---

<sup>1</sup> Abogado, graduado de la Universidad Nacional del Sur (2013). Maestrando de la Maestría en Derecho en la UNS (Orientación Análisis Económico del Derecho). Director de la Revista de Derecho UNS. Investigador a través de la “Beca Interna de Iniciación a la Investigación en la UNS para Egresados”.

[leonardourruti@hotmail.com](mailto:leonardourruti@hotmail.com)

de la figura para integrarse al derecho privado general y su utilidad para la concreción de los propósitos punitivos, preventivos y disuasivos del moderno Derecho de Daños.

**Palabras clave:** Daños punitivos- Críticas - Enriquecimiento sin causa- Naturaleza jurídica- Garantías constitucionales- Análisis Económico del Derecho.

## **I. Introito**

La inclusión de la figura de los daños punitivos en el régimen de Derecho del Consumidor, y el planteamiento de su incorporación en una eventual evolución hacia un Código Civil y Comercial Unificado, no se ha encontrado libre de argumentaciones que sostienen la presencia de contradicciones entre la Ley Suprema de la Nación y el instituto en cuestión.

Desde otra perspectiva, los cultores de un moderno Derecho de Daños orientado en propósitos de prevención, disuasión y punición; encuentran que el instituto de los daños punitivos puede contribuir empíricamente a su concreción, brindando eficiente respuesta a las carencias de nuestro actual sistema de responsabilidad civil para desintegrar los efectos de ciertos ilícitos particularmente graves, al tiempo de generar incentivos adecuados para motivar a los potenciales dañadores a adoptar posturas de eficiente prevención *ex ante* de la causación de daños.

El presente trabajo, de carácter introductorio en la temática, aborda el sustento o debilidad de las argumentaciones críticas que se han vertido sobre este instituto jurídico, a los fines de obtener juicios mejor fundados, en las conclusiones del mismo, sobre la prudencia de sostener, como deducimos, la plena aptitud de los daños punitivos para formar parte de nuestro régimen general derecho privado.

## **II. Conceptualización de los “daños punitivos”**

La amplitud de posibilidades de aplicación de los “daños punitivos” ha llevado a entender que no sería factible una respuesta unívoca que permita definir el instituto<sup>2</sup>; al menos, si pretendemos que tal concepto contenga una aspiración de utilidad práctica.

---

<sup>2</sup>Algunos autores han planteado, con bastante acierto, la descripción de que los requisitos y funciones de la herramienta pueden variar, planteando la existencia de “modelos” de daños punitivos como Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Óptima, los cuales se atenderán brevemente por cuestiones de extensión en este estudio preliminar. Véase al respecto,

A los fines de este trabajo adoptaremos un concepto amplio de daños punitivos susceptible de comprender diferentes modelos de aplicación de estos como postulan algunos<sup>3</sup>, o más bien, “clases” o “tipos” de una figura general. Entenderemos así, que la expresión “daños punitivos”, alude a aquellas condenas pecuniarias extraordinarias que los jueces imponen a pedido de parte, que excediendo la indemnización exclusivamente compensatoria *respecto del peticionante*<sup>4</sup> (sea este individual o colectivo), son establecidas con el propósito de sancionar al responsable y disuadir por su intermedio la repetición de conductas semejantes en el futuro.

Esta idea puede ser comprensiva de diferentes modelos de aplicación, o más bien clases o tipos de daños punitivos, que puedan en un futuro cercano mediante el adecuado diseño normativo perfilar los diversos propósitos que individualmente o en forma combinada le ha asignado la doctrina.

### **III. Principales argumentos críticos a la incorporación de los daños punitivos. Su análisis.**

En este apartado abordaremos el sustento de las principales argumentaciones que contradicen la aptitud de los daños punitivos para formar parte del derecho privado argentino.

#### **a. Enriquecimiento sin causa del damnificado**

Se ha sostenido que siendo principio general de nuestro derecho civil que la medida del resarcimiento solo puede extenderse hasta el límite de la medida del daño resarcible probado y derivado de la actuación del dañador, una vez sobrepasada aquella línea (como plantearía la figura de los daños punitivos) se estaría generando un enriquecimiento de la víctima a costa del responsable sin causa jurídica válida<sup>5</sup>.

---

MARTÍNEZ ALLES, MARÍA G., "¿Para qué sirven los Daños Punitivos? Modelos de Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Óptima", *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2012-V, 55.

<sup>3</sup>MARTÍNEZ ALLES, MARÍA G., *op.cit.* (Documento digital, p.5)

<sup>4</sup>Dado que podría hablarse de una compensación social, respecto del daño social provocado por la conducta del agente. La cursiva nos pertenece.

<sup>5</sup>Véase: PICASSO, SEBASTIÁN, “Sobre los denominados `daños punitivos’” *LA LEY* 13/11/2007, 13/11/2007, 1 - *LA LEY* 2007-F, 1154 (La Ley Online, p. 1 y ss.). El autor adopta como punto de partida que la regla central en el marco de nuestro sistema de responsabilidad civil es que “el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero sólo el perjuicio causado”. En igual sentido, véase: BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *LA LEY* 1994-B, 860 - *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III*, 01/01/2007, 267 - *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II*, 01/01/2009, 309 (La Ley Online, p.1 y ss.); y BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Algo más sobre los llamados 'daños punitivos', *LA LEY*

En tal sentido, si bien la Ley de Defensa del Consumidor dispone que la multa civil será en favor del consumidor, los proyectos de reforma de Código Civil y Comercial, proponen que se le otorgue el destino que asigne el juez o tribunal por resolución fundada<sup>6</sup>.

El cobro de la condena por los damnificados, o al menos, de una parte de esta (vale decir, que una parte se destine al peticionante y otra entidades comunitarias, de defensa de los derechos consumidor, de bien público, investigación o fondos de garantía para víctimas frente a la insolvencia de dañadores, etc.) resulta esencial para que surjan incentivos de accionar, más aún frente a la posibilidad de micro-lesiones.

La explicación del fenómeno surge patente desde el Análisis Económico del Derecho, donde se percibe que la condena por daños punitivos busca que los dañadores internalicen el daño social causado y/o esperado por su actividad, frente a la baja probabilidad de indemnizar en los casos particulares por el total del daño - dificultades de prueba, falta de identificación del dañador, infravaloración del daño, bajas de tasas de interés judicial y largos procesos, etc.-, junto con el análisis de probabilidad efectiva de que se formule el reclamo y que este reclamo llegue a una sentencia condenatoria.

“Se debe procurar que el "costo privado del potencial dañador" (su responsabilidad esperada) sea igual al "costo esperado por los accidentes" (daños esperados, pH). Caso contrario el dañador nunca tendrá los incentivos adecuados para adoptar el nivel de precaución óptimo. Tal objetivo se logra a través de los daños punitivos.”<sup>7</sup>

En este orden de ideas, el Dr. Irigoyen Testa, entiende que no nos encontramos dentro del ámbito de la compensación del daño, sino frente a la función punitiva y preventiva del derecho de daños. No existe objeción de técnica jurídica para que se pueda destinar una multa civil a favor de la víctima. Ello constituye una cuestión de política legislativa. Si entrase en vigencia una ley que prescribiera que los daños punitivos serían destinados al damnificado, mal podría hablarse, entonces, de enriquecimiento sin causa. La causa sería la propia ley<sup>8</sup>.

---

1994-D, 863 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 283 (La Ley Online, p.1).

<sup>6</sup>Artículo 1587, del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 y artículo 1714 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del año 2012.

<sup>7</sup> IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Daños punitivos. Análisis económico del Derecho y teoría de juegos”, *SJA* 17/5/2006 ; *JA* 2006-II-1024 (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, p.6)

<sup>8</sup> IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *op.cit.*, (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, p.11).

De igual forma, resulta recomendable que al menos una parte se destine en favor de la víctima a fin de crear incentivos suficientes para que esta accione judicialmente y colabore en la producción de pruebas. No obstante, si todo se dirige a la víctima, esto puede motivar acuerdos extrajudiciales que desvirtuarían el instituto. Toda, o parte de la multa, podría orientarse en aquellos casos, conforme las circunstancias, al propio Estado o entidades de bien público.

Señala el mismo autor, que en cuanto a la aplicación de la figura frente a daños irreparables (lesión de derechos personalísimos) debiera otorgarse en su totalidad a la víctima de modo de ampliar su imperfecta satisfacción.<sup>9</sup>

Para finalizar este apartado en particular, a modo de conclusión cabe enunciar que:

“Como regla, la víctima no debe lucrar por el hecho lesivo; pero todavía más irritante es que el dañador sea quien lucre y que, además, permanezca en situación que nada le impida (a él y a otros) reiterar la actividad nociva. Ante el dilema entre "daños lucrativos" y "culpas lucrativas", nos inclinamos en contra de estas últimas, que son más negativas, porque se cimentan en la causación de perjuicios inmerecidos y rentables para el dañador.”<sup>10</sup>

## **b. Naturaleza jurídica. ¿Figura penal o de derecho privado?**

Diversos autores han sostenido que el instituto posee naturaleza penal, lo cual por extensión lo tornaría ajeno al derecho privado correspondiendo su regulación a otras ramas como la penal o la administrativa<sup>11</sup>.

Consecuencia de este razonamiento sería que de pretender imponer condenas por daños punitivos en el marco de relaciones de consumo (y de derecho privado en general), habría que recurrir a tipificar las conductas,

---

<sup>9</sup> IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *op.cit.*, (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, p.12).

<sup>10</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE y GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO M., “Indemnización punitiva”, en KEMELMAJER DE CALUCCI, AÍDA y BUERES, ALBERTO J. (directores), *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)*, Abeledo Perrot, 1997,(Documento digital, p.5).

<sup>11</sup> En este sentido véase: PICASSO, SEBASTIÁN, *op.cit.*, (La Ley Online, pp.2-3); BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *op. y loc. cit.* (La Ley Online, pp.1-2); MARTINOTTI, DIEGO F., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *LA LEY* 2001-F, 1317, (La Ley Online, p. 3); MAYO, JORGE A., “La inconsistencia de los daños punitivos”, *LA LEY* 04/03/2009, 04/03/2009, 1 - *LA LEY* 2009-B, 1269 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 357 (La Ley Online, p.1 y ss.); ALVAREZ, GLADYS S. GREGORIO, CARLOS G. HIGHTON, ELENA, “Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socioeconómico”, *LA LEY* 1997-C, 1045 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, 327 (La Ley Online, pp.5 y 6)..

sustanciando un proceso separado en sede penal, o uno paralelo con un procedimiento acorde en sede civil.<sup>12</sup>

Entiendo que la imposición de sanciones no es ajena al derecho privado, siempre y cuando se reconozca al demandado una oportuna defensa y debido proceso adjetivo.

Existen numerosos argumentos que justifican este tipo de sanciones privadas:

1-Se plantea que el derecho penal es el último de los recursos en materia de sanciones (*ultima ratio*), reconociendo, a tal efecto los propios penalistas que existen instrumentos sancionatorios en otras ramas, pero que siendo menos gravosos y con finalidades diversas, como en el caso, no ameritan sus garantías.

2- La inflación penal y sus excesos, lejos de reforzar la prevención, han tendido a aumentar la criminalidad.<sup>13</sup> La estrategia de despenalización y privatización de las sanciones significa la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal menos gravosas (administrativas o civiles) y más efectivas.<sup>14</sup>

3- El derecho penal argentino no incorpora a las personas jurídicas como sujetos pasivos de represión, con lo cual, si tenemos en cuenta que la inmensa mayoría de las conductas que son pasibles de daños punitivos se realizan a través de personas jurídicas continuaría la impunidad.<sup>15</sup>

4- Confiar a jueces no entendidos en las cuestiones del derecho privado la represión de conductas que se cumplen en el ámbito propio de la responsabilidad civil o del derecho del consumo, ámbitos ajenos al juez penal, podría dar por tierra con las pretensiones disuasivas del instituto y la comprensión de la cuantía, que requiere graduarse respecto de cada caso en particular.

5- Desde la perspectiva de estudio del análisis económico del derecho, la cuantía de estos no iría más allá de la necesaria internalización de costos sociales de la actividad dañosa e ilícita. Los daños punitivos se hallan

---

<sup>12</sup> PICASSO, SEBASTIÁN, *op.cit.*, (La Ley Online, p.4).

<sup>13</sup> LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p.116.

<sup>14</sup> SIERRA, HUGO M., CANTARO, ALEJANDRO S., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª. Ed., Bahía Blanca, Editorial de la Universidad Nacional del Sur (Ediuns), 2009, p.34.

<sup>15</sup> SPROVIERI, LUIS E. “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *SJA* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, p.16).

limitados a la medida de la falta de prevención y especulación del dañador limitándose a restaurar el equilibrio por él quebrado. Se limitan en otras palabras a desintegrar un subsidio que, de hecho, genera la responsabilidad civil exclusivamente compensatoria respecto del peticionante. Visto desde esta perspectiva, podría hablarse de un *resarcimiento social* en la aplicación del instituto. Vale decir, que si bien la condena no involucra una compensación respecto del peticionante o particular afectado, puede si considerarse una compensación respecto de la sociedad y el mercado, que se ven afectados cuando un sujeto ilícita y deliberadamente, desatiende la óptima inversión en precaución, o especula con los costos y probabilidades del sistema de justicia de brindar respuesta, transmitiendo tales costos a la sociedad que soporta los daños, con la consecuencia de una disminución de sus costos y un aumento ineficiente para la sociedad de su producción. La multa civil propone fielmente, que el sujeto internalice los costos que provoca.

6- Se ha señalado que nuestro derecho civil no resulta ajeno a la existencia de sanciones privadas aplicadas por los jueces. Entre ellas contamos con las astreintes, es decir condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que pueden imponer los jueces en beneficio del titular del derecho, sobre quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial<sup>16</sup>. Cabe también computar el caso de los intereses punitivos o sancionatorios, los que unidos a los compensatorios y moratorios, podrán llegar hasta dos veces y media la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios, en los supuestos de "inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero, a los que se alude en el segundo párrafo del artículo 622 del Código Civil, el cual repite en rigor una igual sanción contenida ya en el segundo párrafo del artículo 565 del Código de Comercial, y su correlato en lo dispuesto en el artículo 45 de los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, en los cuales se efectúa, sin embargo, un fundamental expreso agregado, de algo que sólo resulta implícitamente de los códigos de fondo: que el importe de la multa por tal conducta maliciosa o temeraria asumida en el pleito, "será a favor de la otra parte".<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup>Véase art. 666 bis del Código Civil de la República Argentina, reformado por la ley 17.711 de 1968.

<sup>17</sup>TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Daños punitivos", en ALTERINI, ATILIO A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. (directores), *La responsabilidad (Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*, Ed. Abeledo Perrot, 1995, (Documento digital, p.4)

Si bien estos casos "... no constituyen una penal civil, representan una sanción conminatoria derivada del incumplimiento de deberes impuestos por una resolución judicial"<sup>18</sup>, en los hechos, atento la similitud de las situaciones, les resultan aplicables las conclusiones que se han venido exponiendo en punto a los "daños punitivos".

Existen otras sanciones civiles, de carácter no monetario como es la privación de la patria potestad, respecto de quienes no cumplieren adecuadamente sus deberes respecto de los menores<sup>19</sup> o también, la incapacidad a suceder por indignidad, dispuesta sobre aquellos que hayan atentado sobre la vida de aquel cuya sucesión se trate.<sup>20</sup>

En todos estos casos, no se ha dispuesto en ocasión alguna, su tacha de inconstitucionalidad, siendo que el derecho privado nacional reconoce la existencia de sanciones civiles y los daños punitivos revisten tal naturaleza.

Se ha expresado ya con anterioridad que la punición de ciertos ilícitos contractuales o extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro derecho vigente<sup>21</sup>. Por el contrario, nuestro actual derecho de daños se manifiesta insuficiente en su sistema de sanciones privadas, al tiempo de generar estímulos orientados a la

---

<sup>18</sup>PIZARRO, RAMÓN D., "Daños Punitivos", en *Derecho de Daños*, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. La Rocca, Segunda Parte, 1993, p. 307; [citado por TRIGO REPRESAS, Félix A., "Daños punitivos", en ALTERINI, ATILIO A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. (directores), *La responsabilidad (Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*, Ed. Abeledo Perrot, 1995 (Documento digital, p.4).

<sup>19</sup> El artículo 307 del Código Civil reza de la siguiente manera: "*Artículo 307: Cualquiera de los padres queda privado de la patria potestad:*

*1. Por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.*

*2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por otro progenitor o un tercero.*

*3. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia."*

<sup>20</sup>El Artículo 3291 del Código Civil dispone: "*Son incapaces de suceder como indignos, los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena.*"

<sup>21</sup> Así se señala en dictamen unánime en las "XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", llevadas a cabo en Santa Fé, en el mes de septiembre de 1999. Puede accederse a las conclusiones en la web: [http://www.garridocordobera.com.ar/xvii\\_jornadas\\_nacionales\\_de\\_dere.htm](http://www.garridocordobera.com.ar/xvii_jornadas_nacionales_de_dere.htm).)

prevención de daño. Asimismo para reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas, proteger el equilibrio de mercado y dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente los de carácter lucrativo.

Nada obsta, al fin de cuentas que la ley determine la existencia de sanciones en el marco del derecho privado, la pretensión de exclusividad de estas por el derecho penal, no tiene asidero, debiendo distinguirse la gravedad de la pena y la finalidad propia del derecho penal respecto de estas sanciones civiles.

### **c. Acerca de la vulneración de garantías constitucionales y necesidad de modificar el proceso civil para comprenderlas<sup>22</sup>**

Entre estas garantías resulta suficiente a nuestro entender la garantía del debido proceso legal y adjetivo. En cuanto al primero se cumple con la propia razonabilidad de la ley que lo establece. El segundo es el que ofrece más puntos conflictivos. La garantía del debido proceso involucra el derecho del demandado a ser oído, a ofrecer y producir prueba, y el derecho a obtener una resolución fundada, en conformidad con el art. 18 de la Constitución Nacional.

En este marco, se señala que el proceso civil incorpora la posibilidad de “declarar contra uno mismo” en base a la prueba de absolución de posiciones y ello no resultaría compatible con la figura en análisis. Empero, no es posible determinar una división dentro del proceso civil para tratar los daños compensatorios, respecto de los daños punitivos, por tanto las pruebas que existan para condenar la indemnización común, serán las mismas que se utilizarán para otorgar los daños punitivos. No debe soslayarse que son y siguen siendo sanciones civiles, y el principio de no autoincriminación rige solo en materia penal<sup>23</sup>.

### **d. Afectación del principio de legalidad**

La asignación del pretendido carácter penal a los daños punitivos, ha llevado a entender que se requeriría una tipicidad específica de las conductas llamadas como presupuesto de las sanciones, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, para garantizar de este modo la esfera de libertad garantizada por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Se señala al respecto que, bajo un argumento comparatista, al regular los intereses sancionatorios, el Código Civil en su art. 622 se limita a disponer

---

<sup>22</sup> Respecto de la afectación de garantías constitucionales véase: PICASSO, SEBASTIAN, *op. y loc. cit.*, (La Ley Online, p.4).

<sup>23</sup> LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.*, p. 350.

que proceden frente a una “inconducta procesal maliciosa del deudor o que deba resolverse en el pago de dinero...”. Dejando en ese aspecto un amplio marco para interpretar el concepto indeterminado de “inconducta procesal maliciosa”, lo que en definitiva se determina e interpreta en su aplicación jurisprudencial. No es necesaria en materia civil tanta rigidez y precisión como en materia penal, debe ser suficiente en este caso con una determinación por el legislador del comportamiento que motiva la sanción prudentemente abarcativo, hablándose entonces de una literalidad atenuada.<sup>24</sup>

Con todo, es claro que no podría aceptarse en nuestro derecho el reconocimiento de sanciones civiles sin una previa ley que así incorporé la figura en tratamiento, tal como ha acontecido en nuestro país en el régimen de Defensa del Consumidor a partir del art. 52 bis de la Ley 24.240, anexo en el año 2008 por la Ley 26.361 (Adla, LXVIII-B, 1295)<sup>25</sup>. En varios precedentes respecto de hechos previos a la incorporación del instituto, la jurisprudencia se manifestó siguiendo esta línea:

“...el sistema recogido por el legislador civil hasta el presente es el de la reparación integral del daño, más no el de establecer —además— la posibilidad de una punición ejemplar, instituto que permanece en el plano de la *lege ferenda*...Que el mismo proyecto legislativo argentino recoja la innovación como lo hace, confirma estas ideas: a) no se encuentra receptado en nuestra legislación; b) la punición —aún cuando de naturaleza civil— (no comparto la idea de quienes la remiten al ámbito exclusivo de la legislación pública) debe apoyarse en la sanción de una ley previa, recogiendo el principio liminar del estado de derecho”<sup>26</sup>

#### **e. Posibilidad de doble punición por un mismo hecho (*non bis in ídem*)**

Con respecto al consagrado principio que impide la persecución múltiple por un mismo hecho en materia penal, cabe indicar que las finalidades de

---

<sup>24</sup>LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.* p. 359.

<sup>25</sup>El art. 52 bis. reza de la siguiente manera: “*Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley.*”

<sup>26</sup>“Acuña, Carlos A. y otros c. YPF S.A.”, CCivComMineríaCipolletti, 12/05/2008, LLPatagonia 2008 (agosto), 397 (AR/JUR/3776/2008, p.9)

una condena penal o administrativa, respecto de la condena en daños punitivos son diversas y la superposición no puede tener lugar.<sup>27</sup>

El ámbito se torna más complejo respecto de la posibilidad de existencia de múltiples daños por un mismo hecho, respecto de los cuales los afectados reclamen la condena civil. En ese marco, claramente la sanción civil no podrá extenderse al infinito o reiterarse respecto de cada sujeto. En lo que respecta a procesos colectivos, la regulación de las acciones de clase (*class action*), son aún, un avance pendiente para nuestra legislación.

La acción de clase, constituye un instituto procesal de gran utilización en EE.UU sobre todo en materia de daños y perjuicios masivos, por el cual un grupo de personas, o entidad representativa, reclama en nombre de todos los damnificados, en un proceso cuya sentencia final hace cosa juzgada respecto de todos y del demandado.

Podría en algunos casos configurarse junto al reclamo por daños punitivos, aunque se generan complejos procesos para determinar su distribución entre los afectados. La extensión que requeriría desarrollar este particular punto excede los fines de este trabajo<sup>28</sup>.

La objeción del *non bis in ídem* no puede ser tomada por válida, aún frente a daños masivos: los daños compensatorios versaran respecto de cada sujeto, mientras que la multa civil, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, deberá ser única y no resultar excesiva respecto del patrimonio del responsable, debiendo el demandado informar frente a una nueva pretensión relativa al instituto, de otras sanciones que haya recibido por el mismo hecho bajo la excepción de cosa juzgada. La pronta regulación de la acción de clase, podrá, en el futuro, ayudar al demandado frente a reclamos múltiples.

En caso de existencia de varios procesos individuales, el demandado puede solicitar la acumulación de dos o más procesos en los que se debata sobre un mismo hecho o relación jurídica bajo el mismo régimen procesal actual.<sup>29</sup>

Como se concluye, en todo caso existe la oportunidad para que el demandado impida mediante la elección de cualquiera de las vías procesales antes referidas, la carga de una múltiple condena civil por un mismo hecho.

---

<sup>27</sup>LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.* p.351.

<sup>28</sup>Véase LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.*, pp. 398-401.

<sup>29</sup>SPROVIERI, LUIS E., *op.cit.* (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, p.16).

## **f. Arbitrariedad en su determinación o falta de criterios**

Se ha señalado que no existen criterios objetivos para cuantificar el monto de la condena. Resultando la necesidad de que la ley brinde pautas claras para que, en su fijación, no se presenten situaciones de desigualdad e irrazonabilidad<sup>30</sup>. Coincidimos en la necesidad de una adecuada motivación de la condena y proporcionalidad entre la falta y la suma de la sanción.

Es evidente que el monto de las condenas no puede depender del arbitrio judicial sin consideraciones que permitan efectuar un adecuado control respecto de los montos impuestos. Así las cosas, el art. 52 bis de la Ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) incorporado en el 2008, dispone que “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”. Estos criterios legales han sido considerados amplios y abstractos, definiéndose doctrinaria y jurisprudencialmente otro conjunto de criterios que hacen a la cuantificación concreta de la multa en el caso particular.

La regla general en materia de responsabilidad es que el daño se resarce por equivalencia o por satisfacción, pero el juez no puede apartarse de la prueba o usar su prudencia. En cambio, en la sanción, no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial.<sup>31</sup>

En el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del 2012 se mencionan como reglas de apreciación “(...) *la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.*”

Estas últimas reflejan en gran medida la elaboración doctrinaria<sup>32</sup>, hasta el

---

<sup>30</sup> Véase: MARTINOTTI, DIEGO F., *op.cit.* (La Ley Online, p.4);

<sup>31</sup> Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (Documento digital, p. 180). La creación del mentado proyecto se dispuso por medio del Dec. 191/2011 a través del cual se crea la "Comisión para La Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil Y Comercial de la Nación" integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Para obtener el texto completo del decreto en formato digital véase la web oficial InfoLEG: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/179643/norma.htm>. Los textos oficiales en igual formato, tanto del Anteproyecto, como también la Presentación del mismo a cargo del Dr. Lorenzetti, los Fundamentos y la Ley de Aprobación y Derogaciones se encuentran disponibles en: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales>.

<sup>32</sup> En el marco de las “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, se señalarían como pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, entre otras, los siguientes: a) la índole de la inconducta del dañador; b) el beneficio obtenido por éste; c) su caudal económico; d) la repercusión social de su inconducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o

momento, de pautas de graduación de la condena, dejando una amplia discrecionalidad al juez limitada por tales conceptos, y habilitando en el caso concreto una única respuesta adecuada con subsiguiente posibilidad de control.

Desde el enfoque del *Análisis Económico del Derecho*, puede observarse un estudio de gran interés, realizado por Matías Irigoyen Testa, quién luego de plantear la procedencia de los daños punitivos como una herramienta frente a la producción de daños ineficientes —vale decir aquellos en donde la valuación monetaria del daño esperado (cuantía del daño por probabilidad de su desarrollo) es mayor que el importe necesario para prevenirlo— adopta como pautas de cuantificación, entre otras, la probabilidad de reclamo efectivo por la víctimas, la probabilidad de condena por daños compensatorios y la probabilidad de condena por daños punitivos, lo que arrojaría la “responsabilidad esperada” respecto del dañador en cada caso concreto, arrojando la medida del incentivo hacia niveles óptimos de precaución del daño y evitación de daños ineficientes. Estas pautas permiten evaluar la especulación del autor con la baja probabilidad de ser condenado por el valor total del daño y tienden a generar la internalización de los costos por la actividad que los genera distribuyendo los incentivos hacia el nivel de prevención social deseado. El propósito esperado es procurar que el “costo privado del potencial dañador” (su responsabilidad esperada) sea igual al “costo esperado por los accidentes” (daños esperados). Caso contrario el dañador nunca tendrá los incentivos adecuados para adoptar el nivel de precaución óptimo.<sup>33</sup>

Entiendo que estas pautas pueden resultar valiosas de adoptarse un concepto de daños punitivos semejante al propuesto por tal enfoque, con las ventajas comparativas que asimismo implica el diagramamiento de fórmulas que relacionen los elementos vinculantes como variables<sup>34</sup>, y a

---

administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud de dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (unanimidad)”.

<sup>33</sup>Véase: IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *op. cit.* (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, pp.6-8). Puede observarse un mayor desarrollo de esta investigación en IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Fórmulas para cuantificar los Daños Punitivos”, *JA, Número Especial sobre Derecho y Economía*, Fascículo N° 13, Abeledo Perrot, marzo de 2011, pp. 83-96; *SJA* 30/3/2011; (Lexis 0003/015353).

<sup>34</sup> Sobre la importancia de la utilización de formulas en la actividad judicial para el cálculo de indemnizaciones y respecto de los criterios objetivos de control de la actividad judicial que estas otorgan, véase: ACCIARRI, HUGO A., ¿Deben Emplearse Fórmulas Para Cuantificar Incapacidades?” *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, año IX, N° V, mayo de 2007, Buenos Aires, p. 9-24; ACCIARRI, HUGO A. e IRIGOYEN TESTA, MATÍAS

partir de los cuales facilitar no solo su adecuada graduación sino también el posterior control. Se evidencian, no obstante, algunas dificultades respecto de la forma en que se calcularían cada uno de los parámetros en la práctica.

#### **g. Efecto social y económicamente negativo**

El monto de las condenas por daños punitivos podría generar, se ha señalado, alteraciones en el mercado, determinando la traslación de sus montos potenciales al precio de los productos y servicios por los potenciales sujetos pasivos<sup>35</sup>.

En lo atinente, a partir de la reforma constitucional del año 1994 la República Argentina incorporará en el art. 42 el deber positivo de actuación del Estado para proveer “*a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados*” lo cual lleva a considerar con especial detenimiento los efectos del instituto bajo estudio respecto de los mercados.

Desde un enfoque positivo del Análisis Económico del Derecho<sup>36</sup>, se concluye que la repercusión de los daños punitivos es benéfica para toda la comunidad. Bajo esta concepción, el propósito fundamental de la figura está dado por la prevención y disuasión de daños ineficientes. En la medida en que el dañador (industria, empresa o particular) no incorpore los costos sociales provocados por su actuar dañoso ineficiente, las víctimas de los mismos estarán subvencionando, en la medida de aquel, los mismos productos causantes del daño, generando un equilibrio de mercado por debajo del óptimo (externalidad).

Entonces, si los precios no internalizan todos los costos, los consumidores demandaran más bienes que el óptimo social y existirá un exceso de producción ineficiente.

“Imaginemos un ejemplo simplificado donde la producción de un bien cueste \$ 10, su precio en el mercado sea de \$ 8 (\$ 2 de externalidades subvencionadas por las víctimas) y los consumidores valorasen el bien en \$ 9. Entonces la producción sería ineficiente: el costo de producción sería de \$ 10 y el valor del mismo (por los consumidores) sería de \$ 9; existiría una pérdida social de \$ 1.

---

“Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes”, *La Ley Online*, diciembre de 2008. Asimismo, véase: ACCIARRI, HUGO A. e IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Notas sobre la Utilidad, Significado y Componentes de las Fórmulas para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes”, *La Ley Online*, 2011.

<sup>35</sup> Véase MARTINOTTI, DIEGO F., *op.cit.*, (La Ley Online, p.6).

<sup>36</sup>Se entiende que el enfoque positivo del análisis económico del derecho utiliza el análisis económico para predecir el efecto de las normas jurídicas, es decir, los efectos sociales empíricos concretos que surgen de la norma, más allá de sus pretendidos “fines” en la teoría abstracta.

En definitiva, si todos los daños que se ocasionarán no serán internalizados, existirá una externalidad de costos sociales irre recuperables, una precaución insuficiente, un exceso de producción y un equilibrio de mercado distorsionado.<sup>37</sup>

Por extensión, a mediano o largo plazo, los productores que invirtiesen por debajo del costo de precaución adecuado, tendrían precios más bajos, desplazando del mercado a los empresarios que actuaren conforme la ley y no generasen tales externalidades negativas.<sup>38</sup>

De esta manera, los daños punitivos no alteran el mercado, sino que vienen a restablecer el mismo hacia su equilibrio óptimo.

#### **IV. Conclusiones**

El instituto de los daños punitivos amerita aún una mayor investigación en lo atinente a su diseño institucional y a la posibilidad de comprender más de una manifestación (entiéndase “categorías” o “tipos”) que permitan distinguir e incorporar los múltiples propósitos que se le asignan, tal como paralelamente se ha podido perfilar *ut supra*.

Su naturaleza jurídica los ubica en el género de las sanciones civiles o penas privadas, misma clase a la que también pertenecen medidas tales como las astreintes, intereses punitivos y la privación de patria potestad.

El derecho nacional presenta la necesidad de actualizar sus lineamientos creando respuestas que involucren la punición de graves ilícitos que hoy permanecen si una reacción por un sistema exclusivamente resarcitorio. Constituyendo un reflejo de las pautas de conducta de una sociedad, parece deseable que el derecho exprese la desaprobación social frente a determinados ilícitos realizados maliciosamente, con fines lucrativos o fundados en la especulación de particulares y empresas con las bajas probabilidades de resultar condenados por el total de los daños causados.

Los daños punitivos permiten al mismo tiempo lograr configurar una prevención especial respecto del autor y general respecto del conjunto de los potenciales dañadores por su efecto disuasivo.

Resulta oportuno que al menos parte de estas condenas sea destinada al peticionante de daños punitivos, a fin de configurar incentivos razonables

---

<sup>37</sup>IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, *op.cit.*, (AbeledoPerrot N°: 0003/012583, p.13).

<sup>38</sup>Para dar mayor profundidad a este análisis, véase: IRIGOYEN TESTA, MATÍAS, “Daños punitivos. Análisis económico del Derecho y teoría de juegos”, *SJA* 17/5/2006; *JA* 2006-II-1024, AbeledoPerrot N°: 0003/012583 y, de igual manera, LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *op.cit.* pp.177-191.

para la actuación del derecho y afrontar los costos de transacción que implica tanto el desarrollo de un proceso.

Los diversos criterios de cuantificación de los daños punitivos que vinculan expuestos en este trabajo, complementados por la evaluación de criterios y variables objetivas que se brindan desde el Análisis Económico del Derecho tales como el cálculo del costo óptimo de prevención para determinar la existencia de culpa, el estudio de las probabilidades de ser demandado y condenado por el total de los daños causados, otorgan pautas para cuantificar precisamente las condenas y controlar las decisiones judiciales.

Su aplicación en el marco del derecho privado general requiere su regulación legislativa en el código de fondo como presupuesto, debe garantizar a todo efecto las garantías de proceso adjetivo y derecho de defensa conforme el proceso civil y comercial.

Los daños punitivos se orientan proactivamente hacia un derecho con mayor contenido social, no meramente reparador, en la búsqueda de mayor equidad en las relaciones intersubjetivas que vinculan a los causantes de daños y sus víctimas.

Para finalizar, corresponde destacar la utilidad que un estudio orientado desde el Análisis Económico del Derecho puede aportar para concebir el diseño del instituto tanto como evaluar y predecir los efectos de diferentes regulaciones normativas de daños punitivos pueden provocar en la conducta de los agentes normativos, y del mismo modo para establecer pautas para una eficiente cuantificación de las condenas y un preciso control de su aplicación por los jueces.