

# Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Sebastián Picasso

Publicado en: RCyS 2015-IV, 5

**Sumario:** I. Introducción.— II. "Derecho de daños" y "responsabilidad civil".— III. El debate sobre las "funciones" del derecho de daños.— IV. "Daños punitivos" y derecho de daños.— V. La cuestión de las "funciones" en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.— VI. Conclusiones

**Abstract:** En el nuevo código, el legislador se ha pronunciado inequívocamente acerca de las funciones del derecho de daños, y ha establecido que ellas son, exclusivamente, la prevención y la reparación. Por el contrario, la punición ha sido expresamente descartada como posible función de ese sistema. Esta toma de posición legal reviste gran importancia, porque sirve de guía para interpretar el resto de las normas que componen el sistema, y viene a confirmar, entonces, que ellas deben ser leídas exclusivamente en clave resarcitoria o, en su caso, preventiva —entendiéndose esta última función como limitada a la tutela civil inhibitoria que la propia ley ahora regula expresamente—.

## I. Introducción

Hablar de las "funciones" de la responsabilidad civil —o del derecho de daños— es hoy en día casi un lugar común. Cualquier tratado actual que aborde la materia se refiere a esa cuestión, y hasta parecería existir una suerte de competencia entre ciertos autores en pos del "descubrimiento" de nuevas y complejas funciones para agregar a la lista.

Esta situación —impensable hace pocas décadas— puede despertar cierto asombro. La responsabilidad civil fue perfilada por los códigos decimonónicos con un tinte claramente punitivo, pero el cambio de las circunstancias sociales y económicas producido por el impacto de la Revolución Industrial (particularmente, la aparición del "accidente" como una contingencia consustancial a las economías capitalistas desarrolladas, detrás de la cual es difícil identificar un "culpable") llevó a un replanteo de ese esquema a partir de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Esta última centuria estuvo signada, casi en su totalidad, por una lucha doctrinal, jurisprudencial y —más tarde— legislativa para abandonar aquel esquema represivo —que era todavía tributario de etapas tempranas de la historia del derecho occidental (el derecho romano primitivo, el derecho medieval)— y consagrar a la reparación de los daños injustamente sufridos como única finalidad del sistema. (1) Pero, paradójicamente, ahora que finalmente se alcanzó este último objetivo, y antes de que las armas empleadas en aquella larga y tortuosa batalla hayan sido siquiera enfundadas nuevamente, surgen múltiples voces pregonando nuevas finalidades, nuevos objetivos, nuevas "funciones", entre las que se encontraría, muy particularmente... ¡el castigo del responsable!

Nosotros creemos que esta curiosa tendencia reconoce múltiples causas. Ante todo, debe computarse la innegable complejidad que han adquirido en la actualidad los sistemas jurídicos, que no es sino el reflejo de la creciente complejización de las relaciones sociales y económicas que pretenden regular; frente a ese panorama, es válido preguntarse si la sola reparación del daño es suficiente para dar respuesta a fenómenos tan heterogéneos como la contaminación ambiental, los perjuicios causados mediante la utilización de Internet, o la venta masiva de productos defectuosos, por no citar sino algunos ejemplos. Sin embargo, pensamos que el auge del debate sobre las "funciones" también se debe a la acusada influencia que sobre los sistemas de origen romano—germánico viene ejerciendo últimamente el derecho anglosajón, y la correlativa introducción de criterios económicos en la caja de herramientas de los juristas.

Comoquiera que sea, lo cierto es que el debate está abierto, y no es posible ignorarlo. Tan es así que el Código Civil y Comercial de la Nación recientemente sancionado ha optado por tomar cartas en la cuestión mediante una definición legal acerca de las funciones de la responsabilidad civil, y la consiguiente regulación de cada una de ellas. El estudio del tema no puede, entonces —al menos, en la Argentina— desentenderse de soslayar ese

pronunciamento del legislador, y a él dedicaremos la última parte de este trabajo.

Sin embargo, encarar el estudio de las "funciones" requiere, previamente, abordar un problema semántico íntimamente ligado a aquel. Es que, precisamente, la hipertrofia de funciones repercute sobre la propia denominación de ese sector del derecho: ¿debemos continuar hablando de "responsabilidad civil", o cabe más bien pensar que esta última está exclusivamente restringida a una función concreta (la reparación del perjuicio), lo que debería llevar —para abarcar a las restantes finalidades— a hablar más bien de "derecho de daños"?

Comenzaremos, pues, con un intento de clarificar este último aspecto, para luego echar una mirada al debate sobre las "funciones" y a la forma en que el nuevo código ha venido a zanjarlo.

## II. "Derecho de daños" y "responsabilidad civil"

La expresión "derecho de daños" —posiblemente generada a partir de la traducción de la locución inglesa *tort law*— goza actualmente de carta de ciudadanía en la doctrina de habla hispana. Sin embargo, el uso que de ella se hace en general dista de ser preciso. Una parte de los autores parece emplearla como un simple sinónimo de "responsabilidad civil" —o bien de "responsabilidad civil extracontractual"—, con lo que no se trataría sino del nuevo nombre de ese sector del derecho. (2) Otros, con diversos matices, tienden en cambio a darle un alcance más abarcador, que incluiría otras "funciones", como la preventiva o la punitiva. (3) Finalmente, hay quienes prefieren seguir utilizando la denominación de "responsabilidad civil" pero adicionan nuevas finalidades (prevención, punición, etc.) a su tradicional función resarcitoria (4), o bien emplean indistintamente ambos términos ("responsabilidad civil" y "derecho de daños") al estudiar las mencionadas "funciones". (5)

Es necesario entonces pronunciarse sobre esta cuestión. Para encarar esta tarea, debe quedar claro que ella no consiste en captar la supuesta "esencia" de algo existente, sino simplemente en definir una categoría que sea coherente con el corpus doctrinal, que aporte claridad conceptual, y sobre cuya base pueda construirse un sistema que permita exponer adecuadamente los mecanismos jurídicos relacionados con la prevención de los daños, su reparación, u otras funciones que eventualmente pudieran postularse.

Desde este punto de vista, nos parece inconveniente identificar la expresión "derecho de daños" con la de "responsabilidad civil". Es que en el ámbito de la teoría general del derecho la voz "responsabilidad" se asocia usualmente —y en particular, a partir de Kelsen— con la imposición a una persona ("responsable") de una sanción como consecuencia de la comisión de una conducta normativamente prohibida ("acto ilícito"). (6) Con lo cual sí, en el plano de la dogmática civilista, se quiere aludir a la obligación de reparar un daño causado como consecuencia de un acto ilícito, parecería lógico continuar denominándola "responsabilidad civil" y no darle un nuevo nombre ("derecho de daños") que generaría un innecesario hiato entre la dogmática jurídica y la teoría general en un aspecto tan fundamental.

La misma objeción puede hacerse frente a la pretensión de conservar el nombre de "responsabilidad civil", pero aludir con ella a algo más abarcador que la sanción de reparar propiamente dicha, con la inclusión, por ejemplo, de los mecanismos tendientes a la prevención de perjuicios. Cuando el derecho prohíbe actividades potencialmente nocivas no está imponiendo una sanción por la comisión de un acto ilícito; no está sancionando, sino solo previniendo, y desde este punto de vista el empleo de la voz "responsabilidad" tampoco parece ajustarse a la definición que de ella da la teoría general.

Asimismo, el sentido que la palabra "responsabilidad" tiene en el idioma español —es decir, en el lenguaje no técnico— coincide con el que maneja la teoría general del derecho. En efecto, el Diccionario de la lengua española editado por la Real Academia Española consigna como segunda acepción de aquel vocablo: "Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal". (7) Y ninguna de las otras acepciones que ese diccionario registra se refiere a la prevención de daños, la punición del responsable, u otras "funciones" distintas.

A ello se suma que la idea de que la "responsabilidad civil" consiste en la obligación de reparar un daño está arraigada en la dogmática civilista desde hace siglos (8), con lo cual no se advierte cuál sería la utilidad de darle ahora un sentido distinto. Esa presentación, lejos de clarificar las "funciones" que el sistema cumple en la actividad, tiende más bien a oscurecerlas, pues siempre cabe la confusión entre el sentido tradicional de la expresión —que se maneja también en el lenguaje corriente— y el que ahora pretende asignársele.

Razones de tradición, claridad y coherencia aconsejan, entonces, mantener la categoría de "responsabilidad civil" en su sentido clásico, como referida exclusivamente a la obligación de reparar un perjuicio, y acudir a otros conceptos para englobar otras posibles reacciones del ordenamiento jurídico frente a la producción o la inminencia de daños derivados de hechos antijurídicos. (9)

Es en este punto que la locución "derecho de daños" adquiere su verdadera utilidad, entendida como un género que comprende, como una de sus especies, a la responsabilidad civil. En ese sentido señala Mariño López: "La prevención y el resarcimiento del daño producido en la sociedad se encuentra regulado por un conjunto de normas que conforman un subsistema incluido (o inserto) en el sistema jurídico general. A este subsistema normativo (y a la disciplina de la ciencia jurídica que lo investiga) se le denomina derecho de daños. Dentro de este subsistema de derecho de daños se insertan dos subsistemas. Uno de ellos despliega la función preventiva, mientras que el otro desarrolla la función reparatoria. Como consecuencia, dentro del sistema de normas que rige respecto al daño, se generan, a su vez, dos subsistemas de normas jurídicas caracterizados por la diferente función cumplida por cada uno de ellos: de una parte, el subsistema de prevención del daño y, de otra, el subsistema de responsabilidad civil". (10)

Esta muy acertada caracterización permite advertir que la expresión "derecho de daños" puede tener dos sentidos distintos. Por un lado, puede referirse a un conjunto de normas, y por el otro, al sector de la dogmática jurídica que se ocupa de su estudio y sistematización. De todos modos, si bien estos dos aspectos son teóricamente escindibles, cabe señalar que, en la práctica, ambos terminan confundiéndose, pues los conceptos generados por la doctrina adquieren tanta fuerza como las propias normas que esta pretende estudiar. (11)

En definitiva, puede decirse que el derecho de daños es el sector de la dogmática jurídica que se ocupa del estudio de las normas que regulan la prevención de los daños que aún no han sido ocasionados —o del cese de los que ya se están produciendo— y la reparación de los ya causados como consecuencia de un hecho (en principio) ilícito. Por extensión, también puede denominarse de esa manera a las propias normas que conforman el objeto de estudio de aquella disciplina.

Como se advertirá, esta definición implica ya una toma de posición acerca del tema de las "funciones", que ahora estamos en condiciones de encarar de plano.

### **III. El debate sobre las "funciones" del derecho de daños**

Se ha señalado con razón que actualmente se asigna a la responsabilidad civil (al derecho de daños, diríamos nosotros) un "exceso de funciones" (12), una "esquizofrenia de fines y objetivos" que impide reconducir la explosión de ese sector del derecho hacia un fundamento unitario y tener en cuenta principios operativos unitarios. (13)

En efecto, se ha postulado que, además de la tradicional finalidad resarcitoria encarnada en la responsabilidad civil, el derecho de daños reconocería una "función de demarcación" (delimitación de fronteras entre los ámbitos en que existe libertad de actuación y aquellos otros en los que ella se encuentra limitada en pos de la protección de determinados bienes e intereses) (14), una "función punitiva" (que se manifestaría en institutos tales como las astreintes o la cláusula penal, y en particular, en los "daños punitivos") (15), una "función preventiva" (que permitiría acudir a diversas vías para impedir la producción de daños inminentes, o hacer cesar los que se están produciendo) (16), una función de "minimización de los costos sociales" (mediante la reducción de la cantidad y gravedad de los accidentes, el empleo de mecanismos de "socialización" de los daños —como el seguro o los fondos de garantía—, y la reducción de los costos administrativos) (17), y una "función admonitoria" (que consistiría en "amonestar" al responsable, quien, teniendo en cuenta ese efecto, procuraría evitar el hecho dañoso). (18)

Antes de pasar a exponer nuestra opinión sobre esta cuestión, vale la pena preguntarse qué es lo que se quiere decir exactamente cuando se afirma que el derecho de daños "tiene" tal o cual "función". En un muy interesante estudio, Acciarri considera que no es posible discutir sobre los propósitos que "verdaderamente" tenga cada institución jurídica, porque eso implicaría tolerar algún grado de personificación metafísica del sistema. El citado autor advierte que, sin embargo, muchos juristas, al tratar este tema, no lo hacen desde esta perspectiva, sino que abogan por una determinada interpretación teleológica de una norma o institución. Por su parte, él propone un

análisis que no trate de descubrir objetivos que el derecho cumpla ni proponer los que deba cumplir, sino de estudiar las derivaciones sociales que se pueden esperar de ciertas normas, más allá de la intención del intérprete y del legislador. (19)

Por nuestra parte, pretendemos mantener el tratamiento del tema dentro del estricto campo de la dogmática jurídica, tarea ésta que es propia y específica de lo que en la tradición del derecho continental se denomina la "doctrina". (20) Como lo hemos explicado, la propia expresión "derecho de daños" es exclusivamente una creación doctrinal, cuyo correlato con la legislación vigente no surge de esta última, sino que es establecida por la doctrina. La dogmática jurídica trabaja sobre la base de una serie de categorías que conforman un sistema; a partir de ese aparato conceptual, las normas jurídicas son analizadas y aplicadas a cada caso en particular. (21) Es desde esa perspectiva que los juristas clasifican el derecho en distintas "ramas", delimitan sus contornos y características, y sostienen que tal o cual norma específica pertenece o no a una rama determinada.

La afirmación según la cual una determinada rama del derecho tiene ciertas "funciones" debe leerse, entonces, en esa clave. Se trata de interpretar el vasto conjunto de normas que se engloba en esa rama, y explicar qué objetivos se busca efectivamente alcanzar mediante su implementación. Ahora bien, no se trata, evidentemente, de objetivos inmanentes a las normas jurídicas, o a una supuesta "intención del legislador", pero tampoco de una creación caprichosa del intérprete. Como todo acto de interpretación jurídica, la determinación de esos objetivos formará parte de un debate conceptual determinado por factores muy heterogéneos, entre los que se cuenta el tenor literal de las normas, el hecho de hablar ya desde dentro de una determinada tradición doctrinal y la necesidad de ser consecuente con el edificio conceptual que ella maneja, la interpretación que los tribunales hacen de las normas en cuestión, los valores que circulan en el medio social, y las convicciones y sentimientos personales de los distintos autores. (22) Desde este último punto de vista —y como sucede con cualquier acto de interpretación jurídica—, el debate acerca de los objetivos o "funciones" de una rama del derecho constituye una lucha por el sentido, por imponer una cierta interpretación acerca de qué objetivos cumple y debe cumplir ese sector del derecho que la doctrina denomina "derecho de daños". Es muy difícil distinguir allí entre enunciados meramente descriptivos y juicios de valor (23), entre otras cosas, porque las categorías creadas por la doctrina, que se proponen como una descripción conceptual del ordenamiento jurídico, terminan influyendo decisivamente en la interpretación que los llamados "operadores jurídicos" (jueces, abogados, académicos) hacen de la propia normativa vigente, con lo que pasan a formar parte, de alguna manera, del propio objeto de estudio que supuestamente se trataba de describir. (24)

Aclarado este punto, expresaremos brevemente nuestra opinión en este espinoso tema de las "funciones" de la responsabilidad. Nosotros pensamos —como ya lo hemos adelantado— que el derecho de daños tiene únicamente dos funciones: la prevención y la reparación de los daños. Mientras que la primera se materializa, sustancialmente, por la vía de la denominada "tutela civil inhibitoria" (comprensiva de diversas vías procesales mediante las cuales puede obtenerse una orden judicial que impida la ejecución de un hecho dañoso o haga cesar el que ya se está produciendo), la segunda es tarea propia de la responsabilidad civil. Por el contrario, estimamos que las restantes "funciones" ya enumeradas no corresponden específicamente al derecho de daños —ni mucho menos, a la responsabilidad civil— y, o bien son compartidas por todos los sectores del derecho (con lo cual se trata, en realidad, de objetivos generales del ordenamiento jurídico), o corresponden a otras ramas jurídicas.

La primera situación (objetivos generales del ordenamiento jurídico) es la que se da con la llamada función de "demarcación", pues la delimitación entre el ámbito de lo lícito y lo ilícito es connatural al concepto mismo de derecho y a la estructura de las normas jurídicas. Desde luego, también el derecho de daños participa de esas características, pero, en tanto no son específicas de este último, carece de sentido postularlas como típicas de nuestra disciplina.

En cuanto a la supuesta "función admonitoria", que López Herrera, citando algunos autores anglosajones, considera autónomamente —y como algo distinto de las "funciones" punitiva y preventiva— (25), sólo cabe decir que —tal como el mencionado autor la expone— ella parecería identificarse con el efecto psicológico que para el responsable tiene la imposición de la obligación de reparar. Sin embargo —como bien lo señala Díez Picazo en el derecho español—, desde esa óptica la cuestión quedaría subsumida en la función preventiva. (26) Si, en cambio, se pretende relacionar a la pretendida función "admonitoria" con los "daños punitivos" —como resulta de otra de

las citas que realiza López Herrera—, es claro que entonces ingresamos en el terreno de la supuesta "función punitiva". En uno u otro caso, no parece posible sostener la existencia de una "función admonitoria" distinta de aquellas otras.

Tampoco creemos que el derecho de daños cumpla —ni deba cumplir— objetivos tendientes a maximizar la eficiencia económica. No solo porque en aquel ámbito se encuentran en juego valores (como la vida, la integridad física, o la dignidad de la persona) que merecen una consideración preferente, sino además porque, más generalmente, descreemos de cualquier concepción que pretenda hacer del derecho un buey que tira del carro de la economía. Por lo demás, esas ideas son contrarias a las tendencias actuales del derecho de daños —al menos, como es concebido en la tradición del derecho continental—, que ponen el eje en la tutela de la persona, y que se encuentran definitivamente consolidadas por el impacto de la constitucionalización del derecho privado y el carácter operativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La distribución (o redistribución) de la riqueza tampoco puede ser una "función" del derecho de daños. Por el contrario, el principio según el cual la reparación del daño debe ser integral, pero no puede constituir una fuente de lucro para la víctima, otorga a la responsabilidad civil un cariz conservador —"dar al rico su riqueza y al pobre su pobreza"[\(27\)](#)— y la torna en una vía ineficaz para lograr aquellos objetivos. Otras ramas del derecho, tales como el tributario y —en particular— el de la seguridad social pueden —y deben— tomar a su cargo esos cometidos con mucha mayor eficacia y pertinencia. [\(28\)](#)

Restaría tratar la "función" punitiva, que es actualmente la más polémica de todas. Quienes piensan que efectivamente la punición es uno de los objetivos del derecho de daños se aferran a lo que Bueres, con razón, ha llamado "ínsulas inservibles", residuos o desechos de una concepción punitiva ya superada de la responsabilidad civil [\(29\)](#), tales como la ampliación de las consecuencias resarcibles en los casos en los que media dolo del deudor (art. 521, Código Civil vigente). También mencionan la cláusula penal, o —exorbitando el ámbito propio del derecho de daños— las astreintes.

Ahora bien, como lo hemos señalado en otra oportunidad [\(30\)](#), ninguna de esas situaciones puede verdaderamente considerarse una "pena privada. [\(31\)](#) La cláusula penal, al igual que los intereses punitivos, tienen ante todo una función de valuación anticipada del daño, y sólo en segundo plano presentan un carácter coercitivo. [\(32\)](#) De hecho, si bien es innegable que ambos institutos relevan al acreedor de probar la existencia y el monto del daño, y no pueden —en principio— reducirse, aún si se probara que el perjuicio efectivamente sufrido es menor (art. 656, Código Civil vigente), también es perfectamente concebible la situación inversa, pues tampoco podría el acreedor pretender un plus si acreditara que ha sufrido un nocumento de mayor cuantía (art. 655, Código citado). Es decir que, según los casos, el accipiens podría llegar a cobrar, por el juego de esos mismos institutos, un importe menor al valor de los daños efectivamente sufridos. [\(33\)](#) Si a ello se agrega la posibilidad de que la cláusula penal, o los intereses punitivos, sean de todos modos reducidos por el juez en casos de abuso —y sabemos que nuestros tribunales proceden a esas reducciones con bastante asiduidad—, el supuesto carácter de "pena" que se les atribuye queda ciertamente desdibujado.

En cuanto a las astreintes, a las que también ha querido encontrarse un parentesco con los "daños punitivos", su finalidad no es la de sancionar al responsable de hechos gravemente lesivos, sino la de asegurar el cumplimiento de deberes impuestos en una resolución judicial (art. 666 "bis", Código Civil), con lo que, además, trascienden ampliamente el campo estricto de la responsabilidad civil. [\(34\)](#) Y aunque es exacto que, una vez firmes y liquidadas, las astreintes pueden ser ejecutadas contra el obligado y entran en el patrimonio del acreedor, ello no le quita su carácter de instrumentos procesales (de ahí su regulación simultánea en los códigos de procedimiento) dirigidos a sancionar el incumplimiento de un mandato judicial (y no a castigar quien cause un daño).

En realidad, esos pretendidos resabios punitivos —incluso si, erróneamente, se los considerase tales— no podrían pasar de constituir puntuales excepciones al principio axial del actual derecho de daños, según el cual el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero sólo el perjuicio causado. La indemnización debe poner a la víctima en la situación anterior al hecho ilícito, y cualquier desembolso efectuado por encima de ese límite constituiría un enriquecimiento sin causa del damnificado. [\(35\)](#) En ese sentido, dice Díez-Picazo que si bien la

punición estuvo en los orígenes de las normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, hay que entender que en la actualidad es por completo ajeno a ellas, y añade que toda la evolución del derecho europeo continental consistió, a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de las primitiva función punitiva que pudieran haber tenido. Para concluir: "En los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionador". (36)

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las naciones que forman parte de la tradición del derecho continental, la Argentina ha incorporado en su legislación —aunque muy imperfectamente— la figura de los "daños punitivos", introducidos en la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) por la ley 26.361. Ninguna duda cabe de que ese instituto tiene, efectivamente, una finalidad punitiva; lo que hay que establecer, en cambio, es si tales "daños punitivos" realmente forman parte del derecho de daños. La cuestión merece ser considerada separadamente.

#### **IV. "Daños punitivos" y derecho de daños**

Se ha definido a los "daños punitivos" —traducción no muy feliz del inglés punitive damages— como aquellos "otorgados en los supuestos de daños para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro". (37) Pizarro, por su parte, los caracteriza como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro". (38) Se trata, en otras palabras, de un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños. (39) Los "daños punitivos" tienen entonces un propósito netamente sancionador, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños.

El origen de la institución se encuentra en el common law. (40) En el derecho inglés, si bien los precedentes se remontan hasta el siglo XVIII, reviste particular importancia el leading case "Rookes c. Barbard", donde se restringió su aplicación únicamente a los casos en que haya una disposición legal que los autorice, o se trate de sancionar una conducta vejatoria o arbitraria de un funcionario público, o cuando el autor del ilícito actuó sobre la previsión de que la ganancia que podía obtener con él sería mayor a la eventual indemnización a pagar al damnificado. (41) En los Estados Unidos de América, si bien ciertos estados no los aceptan, o requieren para su imposición una expresa previsión legal, se admiten generalmente en los casos de daños lucrativos, o bien cuando el actor actúa con el propósito deliberado de dañar. (42) En principio, tanto en Inglaterra como en los mencionados Estados Unidos, la aplicación de los "punitive damages" es excepcional en materia contractual.

El Código Civil de Québec, en un intento por armonizar el instituto con la tradición continental europea, lo reguló en su art. 1621. Esa norma dispone que, en los casos en que la ley prevé la asignación de daños punitivos, éstos no pueden exceder el valor suficiente para garantizar su función preventiva. Añade que los daños punitivos se aprecian teniendo en cuenta todas las circunstancias apropiadas, y en particular, la gravedad de la culpa del deudor, su situación patrimonial y la extensión de la reparación a la que ya está obligado frente al acreedor, así como, en su caso, el hecho de que el pago de la indemnización haya sido asumida por un tercero, en todo o en parte. De ese modo, se requiere una expresa previsión legal para la procedencia de la sanción; la ley quebequense la habilita para proteger ciertas categorías de bienes (como los árboles), prevenir ciertos comportamientos dañinos (particularmente, en las relaciones de consumo), y para sancionar daños "lucrativos" (en especial, en materia de derechos de la personalidad). (43)

En el ámbito continental europeo, el instituto es mirado con desfavor. (44) De hecho, el proyecto de reglamento europeo del 27 de julio de 2003, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, consideraba que la condena a daños punitivos era "contraria al orden público comunitario" (art. 24). De todos modos, el texto finalmente aprobado (Reglamento CE 864/2007) sólo mantiene en un considerando (el n° 32) una mención a que la aplicación de una disposición que condujera a la asignación de daños punitivos de naturaleza

excesiva puede, según las circunstancias, ser considerada contraria al orden público del foro. En ese sentido, existen precedentes italianos y alemanes donde se ha declarado que la imposición de esta clase de multas es contraria al orden público de los mencionados países. (45)

Desde luego, eso no quiere decir que no existan en Europa voces favorables a la admisión de los "daños punitivos", pero lo cierto es que, pese a que la cuestión se ha estudiado y debatido mucho, ninguna de ellas ha podido hacer triunfar sus propuestas.

El ejemplo de Francia es paradigmático en ese sentido: el anteproyecto francés de reformas al derecho de las obligaciones llamado "Proyecto Catala", elaborado por una comisión de expertos y sometido a la consideración del ministro de justicia galo el 22 de septiembre de 2005, propuso incluir en el Code Napoléon un artículo (el n° 1371) facultando a los jueces a imponer tal sanción al autor de "una culpa manifiestamente deliberada, y particularmente de una culpa lucrativa". Se añadía que el juez puede decidir que parte de la suma resultante sea entregada al Tesoro Público, y que los daños punitivos no son asegurable. De todos modos, el mencionado proyecto ha sido descartado, y seguido de otros dos (llamados "proyecto Terré" y "de la Chancellerie") que tampoco han tenido mejor suerte.

Por el contrario, un informe producido posteriormente en el seno del Senado francés alertó sobre la necesidad de "rehusar una aplicación generalizada de los daños punitivos", pues ella "conduciría en efecto a hacer desaparecer totalmente la distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil". El mismo informe señaló —a nuestro juicio con razón— que el desarrollo de la acción colectiva se revela como un instrumento mucho más adecuado para lograr las finalidades que teóricamente se asocian a los "daños punitivos": "Solo la puesta en práctica de una verdadera posibilidad de accionar colectivamente por reparación de los daños de poca cuantía sufridos individualmente por una pluralidad de víctimas sería hábil para asegurar la prevención de las culpas lucrativas no sancionadas penalmente, reparando eficazmente al mismo tiempo el perjuicio sufrido por la víctima". (46)

Sin lugar a dudas, esta opinión fue determinante en la redacción del último proyecto francés de reforma del derecho de las obligaciones, que el gobierno galo intenta hacer aprobar por estos días. En efecto, en ese texto se prevé la posibilidad de que el juez aplique una multa a quien daña intencionalmente —y en especial, con ánimo lucrativo—, cuyo importe no puede ser superior a dos millones de euros o al décuplo del monto del daño —o del beneficio obtenido por el responsable—, pero —a diferencia del "daño punitivo" anglosajón— se dispone que ella será afectada al financiamiento de un fondo de indemnización que tenga relación con el perjuicio sufrido por la víctima. (47) De ese modo, el texto francés respeta, grosso modo, los requisitos propios a la imposición de una sanción de naturaleza penal (descripción de la conducta prohibida, naturaleza y monto de la sanción aplicable, y exigencia de un factor subjetivo de atribución), y evita el grosero enriquecimiento indebido que importa la atribución de esas sumas a un particular.

En nuestro país, la doctrina mayoritaria se había manifestado favorable a la adopción del instituto, incluso con anterioridad a su adopción en la LDC por la ley 26.361. (48) Esta última norma incorporó a aquella ley un art. 52 bis, a cuyo tenor: "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".

En anteriores trabajos, hemos señalado que esta norma es inconstitucional, por cuanto: 1) se contenta con el mero incumplimiento del proveedor para la procedencia de los "daños punitivos", lo que lesiona el principio de culpabilidad que rige la imposición de sanciones de naturaleza penal; 2) no tipifica adecuadamente la conducta reprimida, ni los criterios que deben tenerse en cuenta para graduar la pena; 3) consagra la responsabilidad solidaria de todos los proveedores incumplidores, con lo que se viola una vez más el principio de culpabilidad; 4) dispone que la pena es percibida por la víctima, lo que lesiona el principio de igualdad ante la ley (porque, una vez indemnizado, el dañado no tiene ningún título particular que justifique que sea él, y no cualquier otra persona, el

beneficiario del monto de una multa que viene a sancionar una conducta socialmente reprobable), y 5) su aplicación se efectúa en el marco del proceso civil, que no resguarda adecuadamente garantías procesales mínimas del derecho penal, como la presunción de inocencia. (49)

En particular —y en lo que importa a los efectos de este trabajo—, entendemos que los "daños punitivos" constituyen una sanción materialmente penal, y no civil, y por consiguiente, son totalmente extraños al derecho de daños.

En efecto, es indudable que las normas jurídicas tienen una estructura similar en cualquier rama del derecho, pues en todos los casos ligan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica. (50) Sin embargo, esa consecuencia puede ser de muy distinta clase según los casos, y es aquí donde se vuelve necesario postular criterios de distinción.

Partiendo de esa base, nos parece que la distinción entre las sanciones penales y las que no lo son no pasa necesariamente por su materialidad, dado que el pago de una multa y el de una indemnización de daños se concretan, en ambos casos, en la entrega de una suma de dinero. La verdadera diferencia estriba, en cambio, en la finalidad de la imposición de esa sanción. Cuando el objetivo es el de castigar al responsable, e impedir la reiteración de hechos similares en el futuro, estamos ante una pena, mientras que nos encontramos ante una indemnización cuando de lo que se trata es de resarcir el daño causado (procurando volver las cosas al estado anterior a su producción). De hecho, esta distinción según la finalidad que persigue el ordenamiento jurídico en uno y otro caso determina también una importante diferencia en los criterios para evaluar el monto de la suma a abonar: para la pena se tiene en cuenta la gravedad de la conducta del responsable, y para la indemnización, el daño efectivamente causado.

Todos estos principios son conocidos y aceptados pacíficamente en la teoría general del derecho y la dogmática jurídica, lo que nos exime de mayores citas. Bástenos simplemente, a modo de muestra, con reproducir estos claros conceptos de Creus: "toda sanción reparatoria mira hacia atrás, en cuanto trata de volver las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito (o al más aproximado posible). La pena nada repara, no está concebida para restablecer el goce perdido, mira para adelante, trata de evitar nuevos ataques de la misma naturaleza; para prevenir intensifica la protección del bien jurídico. Es, pues, sobre los términos reparación—prevención donde se asienta la diferencia caracterizadora del derecho penal". (51)

De modo que no cabe duda de que, aún en el caso de las multas pecuniarias, existen claros criterios de diferenciación entre ellas y la sanción resarcitoria, que determinan tradicionalmente su distinción como técnicas propias del derecho penal y el civil, respectivamente. A la luz de lo cual, resulta evidente el carácter penal de la multa que regula el art. 52 bis de la LDC (52), dado que su finalidad estriba, según lo proclaman unánimemente los partidarios del instituto, en castigar conductas de cierta gravedad y evitar su reiteración en el futuro, y que la fijación de su monto no se fundará —siempre según sus acólitos— en el daño efectivamente causado, sino en la gravedad de la culpa sancionada.

Cierto es que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no parecen poder equipararse sin más las penas contempladas por las leyes penales y las que se aplican en otras materias, como sucede con las multas administrativas o las sanciones disciplinarias. Si bien en todos los casos deben respetarse ciertas garantías, parecería que, para ese tribunal, la intensidad de su aplicación varía según el caso. Así, mientras que, v.g., en materia de infracciones tributarias, la corte ha señalado que ellas "integran el derecho penal especial y le son aplicables las disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición expresa o implícita en contrario" (53), ella se ha mostrado mucho más laxa en materia de sanciones disciplinarias, afirmando que —dado que en el ámbito disciplinario administrativo prima lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público y al adecuado mantenimiento de la disciplina— los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación en ese ámbito. (54)

Sin embargo (más allá de la evidente diferencia entre las sanciones disciplinarias —que suponen una relación interna de la administración, y cuyos destinatarios, en consecuencia, siempre son intraneos (55)— y los "daños punitivos"), esas oscilaciones que se encuentran en la jurisprudencia de la corte no soslayan que el ejercicio de la potestad punitiva debe estar rodeado siempre de ciertas garantías, aun cuando ellas no tengan en todos los casos la

estrictez que revisten en el derecho penal.

Vale la pena recordar, asimismo, que la doctrina es conteste en señalar que en materia de sanciones administrativas —aún disciplinarias— (56) se impone la aplicación, en general, de las garantías propias del derecho penal. (57) En ese sentido, son contundentes las palabras de Zaffaroni: el derecho penal administrativo, "por participar parcialmente de la función preventiva especial, debe respetar las garantías que rigen para la legislación penal. Dichas garantías deben ser respetadas por toda ley que participe —aunque fuere parcialmente— de la naturaleza penal y aunque no sea, propiamente hablando, una ley penal (...) bien puede suceder —y de hecho sucede— que en leyes en que predominan disposiciones de derecho penal administrativo o fiscal se injerten verdaderas normas penales, sin que en tal caso debe importar el cuerpo en la norma que se incluye sino su naturaleza, que debemos establecer de conformidad con la naturaleza de las penas". (58)

En el derecho europeo el panorama es similar. Como explica Carval, la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien admite que los estados miembros recurran a sanciones punitivas por fuera del derecho penal, vela por la aplicación, en esos casos, de los arts. 6º y 7º de la Convención Europea de Derechos Humanos, exigiendo que su aplicación respete el debido proceso y el principio de legalidad de los delitos y las penas. Sigue diciendo la autora citada que "preocupada por hacer gozar de las garantías fundamentales de los arts. 6º y 7º a toda persona susceptible de ser castigada, importando poco la calificación que los derechos internos den a la sanción en que se incurre, deseosa también de evitar eventuales fraudes a la Convención (por parte de Estados que jugarían deliberadamente sobre las calificaciones para evitar su aplicación), la Corte europea ha decidido dar a la noción de materia penal un contenido perfectamente autónomo (...). De este modo, ella ha incluido sucesivamente en la materia penal a las sanciones que no eran 'penales' frente a los derechos nacionales, tales como las sanciones disciplinarias militares (caso Engel, 9 de junio de 1976), administrativas (casos Ozturk, 21 de febrero de 1984 y Lutz, 25 de agosto de 1987) y disciplinarias penitenciarias (caso Campbell, 28 de junio de 1984). Para llegar a ese resultado, la Corte siguió un criterio pragmático que consiste en tener en cuenta, no la calificación dada en el derecho interno, sino criterios tales como la naturaleza de la infracción reprochada y la severidad de la sanción en que se incurre". (59) Carval concluye, pues, que muy probablemente las "penas privadas" (los "daños punitivos") también entrarían dentro de la calificación de sanción penal, y deberían, por lo tanto, respetar los principios de legalidad y proporcionalidad, así como las garantías procesales pertinentes. (60)

Concluimos, entonces, que los "daños punitivos" tienen el carácter de una sanción materialmente penal (una multa), de lo que se deriva que son extraños al ámbito del derecho de daños. Por otra parte, y como ya lo adelantamos, el art. 52 bis de la LDC es inconstitucional, por cuanto desconoce los principios de legalidad, de culpabilidad y de igualdad ante la ley, así como las garantías mínimas que deben regir en un proceso tendiente a la imposición de una pena.

Otra ha sido, sin embargo, la postura de la doctrina mayoritaria, que ha intentado "salvar" la norma, acudiendo a una "reinterpretación" de ella que implica, en la práctica, su completa reescritura. (61) Allí donde el artículo se refiere al "incumplimiento" de las "obligaciones legales o contractuales" del proveedor, se añade que, aunque el texto no lo diga, no bastaría con ese solo incumplimiento, sino que él debería ser doloso o gravemente culposo. (62) De ese modo, el texto del artículo queda, de hecho, reemplazado por otro —de exclusiva creación doctrinal—, que intenta acercar el instituto a los cánones que reviste en general en el derecho comparado.

Sin perjuicio de que la tentativa es loable —en tanto pretende introducir cierta razonabilidad en una norma que, como ya lo hemos señalado, es francamente absurda—, subrayamos, ante todo, que hay una evidente contradicción en sostener que los daños punitivos no tienen el carácter de una pena penal, sino civil, pero pretender —al mismo tiempo— que, para salvar la constitucionalidad de la figura, es preciso exigir un factor de atribución subjetivo, sobre la base de las previsiones de nuestra Carta Magna que regulan, precisamente, la aplicación de sanciones penales.

Más allá de ello, tampoco con ese aggiornamento de los "daños punitivos" se salvan las objeciones constitucionales que hemos mencionado, pues, aun "releída" en los términos que se pretenden, la figura sigue presentando una descripción extremadamente genérica de la conducta sancionada, y será aplicada en el marco de un procedimiento judicial que no respeta las garantías del proceso penal, con lo que se viola el art. 18 de la

Constitución Nacional. Asimismo, aún luego de esa relectura, el artículo continúa consagrando el enriquecimiento indebido de la víctima, y su desigualdad frente a los restantes damnificados por el mismo hecho que obtengan sentencia con posterioridad.

En cuanto a la jurisprudencia, se aprecia en ella una tendencia mayoritaria a prescindir, en la práctica —y pese a que las citas efectuadas en los fallos puedan dar a entender lo contrario— de la constatación de un factor de atribución calificado en el responsable para imponer esta clase de multas. Pero al mismo tiempo, los montos fijados por "daños punitivos" suelen ser irrisorios y para nada disuasivos, lo que demuestra que los jueces son reacios a consagrar un enriquecimiento injusto de las víctimas. (63)

#### **V. La cuestión de las "funciones" en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**

En los fundamentos del anteproyecto que dio lugar al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se mencionaba que tanto en nuestro país como en el derecho comparado existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad, y se afirmaba que es necesario que la ley resuelva la controversia. Se añadía más adelante que debe asumirse que los daños punitivos se encuentran ya incorporados en el derecho argentino y resultan aplicables a una gran cantidad de supuestos de responsabilidad por daños en el ámbito de las relaciones de consumo. Desde este punto de vista, se concluía, el Código Civil debería incluir una norma que prevea el daño punitivo en términos que no estén contemplados en la ley especial, o que sean complementarios.

Lo primero que cabe observar es que, tanto en sus fundamentos como en el propio texto del nuevo código, la cuestión de las funciones se refiere a la "responsabilidad civil", y no al "derecho de daños" (vid. especialmente el art. 1708, que se titula: "Funciones de la responsabilidad"): Por las razones que hemos proporcionado supra, habríamos preferido la segunda alternativa, pero creemos que el hecho de que la ley adopte una cierta denominación no impide que en el campo doctrinal ella pueda ser objeto de crítica, y se prefiera el uso de una distinta. Máxime cuando, al tratarse acerca de la "función resarcitoria" (arts. 1716 y ss.), se emplean las palabras "responsable" y "responsabilidad" para referirse, en forma inequívoca, a quien debe responder como consecuencia de la producción de un daño, y a la obligación de reparar, respectivamente (arts. 1719, 1720, 1721, 1722, 1723, 1728, 1729, 1730, 1731, 1732, 1733, 1740, 1742, 1743, 1750, 1751, 1753, 1754, 1755, 1756, 1757, 1758, 1763, 1764, 1765, 1766, 1767, 1768, 1769, 1773, 1775, 1777, 1780). En esa misma línea, la sección 10ª del capítulo en cuestión, titulada "Ejercicio de las acciones de responsabilidad", trata únicamente acerca de las que tienden a la reparación del daño (y nada dice acerca de las relativas a su prevención), y el art. 1777 se refiere al "hecho generador de responsabilidad civil" como el que da lugar a la obligación de reparar.

Es decir que, pese a que la lectura del art. 1708 puede dar a entender que el concepto de "responsabilidad civil" ha sido ampliado, en el nuevo código, para incluirse en él también a las normas que regulan la prevención del daño, la lectura de los artículos siguientes permite advertir que, en realidad, la palabra "responsabilidad" sigue siendo empleada como sinónimo de obligación de reparar, y no de la de prevenir el daño. Todo lo cual refuerza nuestra convicción de que, para abarcar esta última "función", es conveniente referirse al "derecho de daños" como un género cuyas especies son, respectivamente, la prevención y la reparación del perjuicio. Solo esta última constituye, en puridad, la "responsabilidad civil".

Pero volvamos a la cuestión de las "funciones" del derecho de daños. Como lo venimos diciendo, el anteproyecto se ocupaba expresamente de ese tema, y decía (en el art. 1708) que esas "funciones" consistían en la prevención del daño, su reparación, y la aplicación de lo que ese anteproyecto denominaba la "sanción pecuniaria disuasiva", que no era otra que los "daños punitivos". De ese modo, el anteproyecto parecía incluir, además de la finalidad preventiva e indemnizatoria, la famosa "función" punitiva. Sin embargo, nosotros habíamos advertido que esta afirmación, que podía sonar tajante en los fundamentos y en la redacción del art. 1708, era mucho menos terminante de lo que parecía. (64) Ante todo, porque las funciones del derecho de daños dependen, más que de lo que en abstracto enuncie la ley, de las herramientas que efectivamente proporcione el derecho positivo frente a una situación concreta. En nuestro caso, el anteproyecto insinuaba la existencia de una faceta punitiva del derecho de daños, pero ella aparecía luego bastante restringida en la implementación concreta de la denominada "sanción pecuniaria disuasiva". Asimismo, la comisión de reformas propuso —complementariamente a la sanción del

nuevo código— una reforma del art. 52 bis de la LDC que aportaba claridad en la materia y solucionaba buena parte de las serias objeciones constitucionales que suscita la actual redacción de esa norma.

En efecto, en consonancia con el ya mencionado art. 1708, el art. 1714 del anteproyecto establecía: "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada". A su turno, el art. 1715 agregaba: "Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida". (65)

Más allá del nomen iuris utilizado ("sanción pecuniaria disuasiva"), que no nos convencía (66), la regulación de la figura que proponía en anteproyecto tenía innegables ventajas con respecto a la redacción del actual art. 52 bis de la LDC. En especial: 1) se aclaraba la cuestión del factor de atribución de responsabilidad, al exigirse que el responsable actuase "con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva", lo que implicaba, a nuestro juicio, requerir, como mínimo, la existencia de dolo eventual, pues este se configura por la producción del daño "con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos" (art. 1424, in fine, del anteproyecto y del nuevo código); 2) la sanción no se dirigía a tutelar bienes individuales, sino que únicamente procedía frente a la lesión de "derechos de incidencia colectiva", con lo cual su campo de acción quedaba restringido, casi exclusivamente, al daño ambiental colectivo; 3) esta última precisión, así como la enunciación de una serie de pautas para graduar la sanción que se hacía seguidamente, satisfacía debidamente la necesidad de previa tipificación de la conducta reprimida, impuesta por el carácter penal del instituto; 4) la legitimación se hallaba restringida a "los legitimados para defender dichos derechos", y en los fundamentos se mencionaba a los "defensores, asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias, los afectados, es decir, la sociedad civil en su conjunto", y 5) en cuanto al destino de la multa, la norma indicaba que el juez debía decidirlo por resolución fundada, y los fundamentos del anteproyecto aclaraban que, si la sanción se aplica solo a los derechos de incidencia colectiva, "no es admisible que el peticionante cobre", sino que "el dinero va a un patrimonio de afectación (...) ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dársele a quien no tiene un derecho subjetivo". Había aquí —y especialmente en esta última solución— un indudable acierto del anteproyecto, que iba en línea con el sentir de buena parte de la doctrina (67) y eliminaba otra de las serias objeciones constitucionales que, como ya lo hemos remarcado, suscita el hecho de que sea un particular —aun damnificado— quien se beneficie individualmente con el monto de la multa.

Como lo adelantamos, el anteproyecto también mencionaba una serie de pautas a tener en cuenta para graduar la sanción, que eran coherentes con su naturaleza represiva, y contestes con lo que en general pregonaba la doctrina. El juez debe tener en cuenta, a esos efectos, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener (cuestión esta íntimamente relacionada con los denominados "daños lucrativos"), los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. Respecto de este último punto, el art. 1715 facultaba al juez a computar otras condenas pecuniarias administrativas, penales o civiles, a efectos de reducir el monto de la multa o, directamente, dejarla sin efecto, si se produjere una punición irrazonable.

En resumen, pese a que estimamos que no es conveniente ni necesario introducir este tipo de sanciones en el derecho privado, creemos que, en atención al estado actual de nuestra legislación, y de las tendencias doctrinales en danza, el anteproyecto había efectuado una regulación mesurada y razonable de los "daños punitivos", que entraban así en el derecho común, pero por la puerta chica de la tutela de los bienes colectivos. La mayoría de las graves objeciones constitucionales que presenta la actual regulación del art. 52 bis de la LDC estaban superadas en la redacción que se había dado a los arts. 1714 y 1715: se describía adecuadamente la conducta reprimida, se precisaba que se requiere un factor de atribución subjetivo (agravado) para la procedencia de la pena, no se hacía

ninguna referencia a una posible responsabilidad solidaria de todos los incumplidores, se aclaraba que la sanción no puede tener por destino el patrimonio de la víctima, y se puntualizaban suficientemente los criterios para su graduación. (68)

Pero sin duda el mayor acierto del anteproyecto en esta materia consistía en proponer el reemplazo del texto del art. 52 bis de la LDC por otro similar al que acabamos de analizar, con la única diferencia de que, mientras que en el Código Civil y Comercial la sanción procedía frente a los daños a bienes colectivos, en la LDC se sancionaba a "quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor". Esa cuestión se engarza con otra muy delicada, referida al destino de la multa. También en este caso el texto proyectado establecía que "La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada", y los fundamentos del anteproyecto daban a entender que ese destino no podía ser, como en el texto actual, el patrimonio del consumidor. (69)

Sin embargo, la "sanción pecuniaria disuasiva" fue suprimida en el dictamen la Comisión Bicameral que examinó el proyecto de código, y tal supresión se mantuvo en la sanción de la norma por las dos cámaras que componen el Congreso Nacional. Muy lamentablemente, también se dio por tierra —a partir del dictamen de la referida comisión— con la propuesta de reformar el art. 52 bis de la LDC, que, como lo hemos señalado, habría mejorado enormemente la actual redacción de esa norma, y superado las principales objeciones constitucionales que plantea.

Las razones proporcionadas por la Comisión Bicameral para la supresión de la "sanción pecuniaria disuasiva" son —en el mejor de los casos— harto confusas. Se lee en el dictamen respectivo: "Se elimina el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del Proyecto, con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones. Sin embargo se mantiene el art. 1715 sobre punición excesiva, con su texto desdoblado, por entender que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión mencionada pues en su ámbito quedan comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el art. 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el art. 52 bis en la Ley 24.240 y su modificatoria. Asimismo, se adecua la denominación de la Sección 2ª a la que pertenece el artículo suprimido con la finalidad de comprender a la función preventiva y al supuesto de punición excesiva. También, se suprime el inc. h) del art. 930 relativo a las obligaciones no compensables entre las que se encuentra, en la versión de origen, la obligación de pagar una sanción pecuniaria no disuasiva. Con la misma finalidad se modifica la redacción del art. 1708, relativo a las funciones de la responsabilidad, suprimiendo la referencia a la sanción pecuniaria disuasiva". Asimismo, para justificar la supresión de la proyectada reforma a los "daños punitivos" en la LDC, la comisión dijo: "Se estima conveniente mantener la redacción del actual art. 52 bis, 24 de la Ley 24.240 que limita las facultades de imponer multa civil a los jueces a favor del consumidor".

Es una tarea ardua intentar desentrañar qué es lo que se quiso decir exactamente en los párrafos transcritos. Con cierto esfuerzo, nos parece entender que la comisión consideró, por un lado, que no resultaba conveniente introducir los "daños punitivos" en el Código Civil y Comercial, porque eso implicaría conceder a "la autoridad jurisdiccional" la facultad de aplicar multas que, en puridad, corresponde a la administración ("la autoridad de aplicación") por la vía del derecho administrativo sancionador. Nosotros no podemos menos que coincidir con ese punto de vista, pero apuntamos que resulta incoherente con los fundamentos que luego se proporcionaron para mantener la actual redacción del art. 52 bis de la LDC. Es cierto que —en sintonía con su posición restrictiva— la comisión expresó su deseo de limitar las facultades judiciales "de imponer multa civil" a favor del consumidor. Pero, precisamente, dicha limitación era lo que se proponía en el anteproyecto, mientras que —como ya lo hemos explicado más que suficientemente— el art. 52 bis vigente, que la comisión mantuvo, las amplía exorbitantemente y por fuera de los límites constitucionalmente aceptables.

Comoquiera que sea, y más allá de la poco feliz redacción de los fundamentos, lo cierto es que la Comisión Bicameral suprimió todo vestigio de la "función punitiva" en el anteproyecto, y así fue votado el texto del que es ahora el flamante Código Civil y Comercial de la Nación. Consiguientemente, el nuevo art. 1708 de ese cuerpo legal menciona como "funciones de la responsabilidad", exclusivamente, a "la prevención del daño y a su reparación". La prevención es regulada en los arts. 1710 a 1713, y se basa en tres grandes pilares: la consagración expresa del deber general de no dañar (art. 1710 inc. "a"), la precisión en el sentido de que existe un correlativo deber general de adoptar de buena fe, y conforme a las circunstancias, medidas razonables para evitar que se

produzca un daño, o disminuir su magnitud (art. 1710 inc. "b"), y la creación de una acción genérica —con una legitimación muy amplia— tendiente a que el juez adopte medidas para impedir la producción de un daño, su continuación o su agravamiento (arts. 1711 a 1713). La reparación —es decir, la responsabilidad civil propiamente dicha— está regulada, a su turno, en los arts. 1716 a 1780.

Como un extraño injerto han quedado ahora los arts. 1714 y 1715 del nuevo código, originalmente (en el anteproyecto) consagrados a regular la "sanción pecuniaria disuasiva". Para no verse obligada a cambiar la numeración de todos los artículos del anteproyecto, la Comisión Bicameral optó por conservar, en esas dos normas, una parte del texto original, pero otorgándole un nuevo sentido. Como ya se ha visto, la comisión consideró que esos dos artículos —que se refieren ahora a la facultad judicial de reducir las "condenaciones administrativas, penales o civiles" en caso de "punición irrazonable o excesiva"— podrían aplicarse a los "daños punitivos" previstos por la LDC, y a las astreintes. Esta última conclusión es asaz desacertada, porque —como lo hemos explicado— las astreintes no tienen naturaleza penal, y además el art. 804 ya establece la posibilidad de que el juez las reajuste o las deje sin efecto. Parecería, pues, que los desubicados arts. 1714 y 1715 únicamente serían aplicables para reducir, según los casos, el monto de los "daños punitivos" del art. 52 bis de la LDC, pero entonces cabe preguntarse por qué no se los trasladó, directamente, a ese ámbito. En cualquier caso, lo que es seguro es que esas normas nada tienen que ver con la prevención del daño ni con su reparación, y son por lo tanto ajenas a la responsabilidad civil (o al derecho de daños).

## VI. Conclusiones

Lo verdaderamente relevante es que, en el nuevo código, el legislador se ha pronunciado inequívocamente acerca de las funciones del derecho de daños, y ha establecido que ellas son, exclusivamente, la prevención y la reparación. Por el contrario, la punición ha sido expresamente descartada como posible función de ese sistema. Esta toma de posición legal reviste gran importancia, porque sirve de guía para interpretar el resto de las normas que componen el sistema, y viene a confirmar, entonces, que ellas deben ser leídas exclusivamente en clave resarcitoria o, en su caso, preventiva (entendiéndose esta última función como limitada a la tutela civil inhibitoria que la propia ley ahora regula expresamente).

El pronunciamiento legislativo también confirma que los denominados "daños punitivos", que lamentablemente subsisten en el art. 52 bis de la LDC, son algo totalmente extraño y ajeno al derecho de daños. Se trata, en todo caso, de una multa de naturaleza penal (una multa) que, como ya lo indicamos repetidas veces, debe regirse —con los matices del caso— por los principios comunes a las ramas jurídicas que tienden al castigo (fundamentalmente, el derecho penal y el administrativo sancionador).

(1) Sobre el punto, vid. NICOLAU, Noemí L., "Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias", en *La responsabilidad*, libro en homenaje al Prof. Dr. Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 49; PICASSO, Sebastián, "La responsabilidad civil en los proyectos de reforma del Código Civil Argentino, con especial referencia al Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998", en AA.VV., *Sequiscentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005. t. II, p. 1119 y ss.; LAMBERT—FAIVRE, Yvonne, "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", en ALTERINI, Atilio A. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de daños, La Ley*, Buenos Aires, 1992, p. XIII y ss., trad. de Eliana A. NÚÑEZ; CHABAS, François, "Cent ans de responsabilité civile", *Gazette du Palais*, 2000—1399; DEROUSSIN, David, *Histoire du droit des obligations*, Economica, París, 2012, p. 742 y ss.; VINEY, Geneviève, "De la responsabilité personnelle à la réparation des risques", *Archives de philosophie du droit*, 1977.22.7; LÉVY, Jean Ph. — Castaldo, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, París, 2002, p. 919/922; TUNC, André, *La responsabilité civile*, Economica, París, 1989, p. 59 y ss.

(2) En ese sentido, afirma DÍEZ-PICAZO: "La delimitación del Derecho de Daños corre pareja con la determinación de la función indemnizatoria (...) lo que obliga a separar las indemnizaciones de daños de otro tipo de prestaciones que personas que han sufrido tal daño pueden recibir" (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 2011, t. V, p. 28; ídem, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p.

19). Vid. asimismo ALTERINI, Atilio A., "Rumbos actuales del derecho de daños", LL 2008—E, 1295.

(3) Entre varios otros: PAPAYANNIS, Diego M., "En torno a la teoría del derecho de daños", RCyS, agosto de 2007, p. 23; ACCIARRI, Hugo, "Funciones del derecho de daños y de prevención", LL, 2013—A, 717 (quien se ocupa expresamente de aclarar las distintas posturas que existen acerca del alcance del "derecho de daños" en la nota 1 de su trabajo); ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "El derecho de daños. Los valores comprometidos", LL, 1996—E, 1190.

(4) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Lexis—Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 39 y ss. Esa es en general la tendencia en Francia e Italia; vid. VINEY, Geneviève, Introduction à la responsabilité, en GHESTIN, Jacques (dir.), Traité de droit civil, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 2007, p. 75 y ss.; TUNC, La responsabilité civile, cit., p. 133 y ss.; THIBIERGE, Catherine, "Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)", Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1999.561; SICA, Salvatore, "La responsabilidad — las responsabilidades: sobre el tema del sistema y las funciones de la regla aquiliana", RCyS, agosto de 2010, p. 245.

(5) PREVOT, Juan M., "Reflexiones sobre el dominio y el futuro de la responsabilidad civil", RCyS, julio de 2010, p. 33; ídem, "¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil", LL, 18/02/2009; LENS, Ricardo, "Responsabilidad civil: presente, futuro y distorsiones del sistema", RCyS, julio de 2008, p. 17.

(6) KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, Porrúa, México, 1993, p. 133, trad. de Roberto J. VERNENGO; GUARINONI, Ricardo V., Derecho, lenguaje y lógica, Lexis—Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 97 y ss.; Nino, Carlos S., Introducción al análisis del derecho, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 184 y ss.

(7) Vigésima segunda edición, consultada en [www.rae.es](http://www.rae.es).

(8) LÉVY y CASTALDO señalan que el empleo de la expresión "responsabilidad civil" con ese sentido dataría del siglo XIX, y añaden que ya aparece —aunque restringida a la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente— en la edición de 1830 del Repertoire de Merlin (LÉVY — CASTALDO, Histoire du droit civil, cit., p. 916).

(9) En este sentido: BUERES, Alberto J., "El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?", en HERRADOR GUARDIA, Mariano J. (coord.), Derecho de daños, Asociación Justicia y Opinión — Sepin, Madrid, 2011, p. 729 y ss.

(10) MARIÑO LÓPEZ, Andrés, Los fundamentos de la responsabilidad contractual, Carlos Álvarez, Montevideo, 2005, p. 84.

(11) Sobre este último punto, vid. PICASSO, Sebastián, La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 11/13.

(12) CASTRONOVO, Carlo, La nuova responsabilità civile, Giuffrè, Milán, 1997, p. 164.

(13) BUERES, Alberto J., "Culpa y riesgo. Sus ámbitos", Revista de Derecho de Daños, "Creación de riesgo

I", Rubinzal—Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 40/41.

(14) DÍEZ—PICAZO, Fundamentos..., cit., t. V, p. 23; López Herrera, Teoría general de la responsabilidad civil, cit., p. 39.

(15) PIZARRO, Ramón D., "Daños punitivos", en Derecho de daños, segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 289; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, ps. 573 y ss. Una prolija reseña de los autores que adoptan concepciones de la responsabilidad civil de corte sancionador puede verse en GALLO, Paolo, Pene private e responsabilità civile, Giuffrè, Milán, 1996, ps. 53 y ss. Para la doctrina francesa, vid. CARVAL, Suzanne, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1995; JAULT, Alexis, La notion de peine privée, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 2005; VINEY, Geneviève, Les obligations. La responsabilité: effets, en GHESTIN, Jacques (dir.), Traité de droit civil, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1988, p. 5. Es también recomendable sobre el punto la lectura de la famosa tesis de Boris STARCK, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Rodstein, París, 1947.

(16) VINEY, Geneviève, Introduction à la responsabilité, en GHESTIN, Jacques (dir.), Traité de droit civil, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 2008, p. 87 ; TUNC, La responsabilité civile, cit., p. 134 ; ACCIARRI, Hugo, La relación de causalidad y las funciones del Derecho de Daños, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 207 y ss.; LÓPEZ HERRERA, Teoría..., cit., p. 44; Lens, "Responsabilidad civil: presente, futuro y distorsiones del sistema", cit., p. 21/22.

(17) PAPAYANNIS, Diego M., Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual, Ad—Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 108 y ss.; ACCIARRI, La relación..., cit., p. 227 y ss.

(18) LÓPEZ HERRERA, Teoría..., cit., p. 49.

(19) ACCIARRI, La relación de causalidad y las funciones del Derecho de Daños, cit., p. 177/178.

(20) Sobre esta cuestión, resulta insoslayable la lectura de la obra de JESTAZ, Philippe — JAMIN, Christophe, La doctrine, Dalloz, París, 2004.

(21) Apuntan Jestaz y Jamin que la dogmática jurídica constituye un "estudio ilustrado, razonado y construido del derecho positivo bajo el ángulo del deber ser, es decir, de la solución deseable y aplicable" (op. cit., p. 172). En este sentido, los juristas han sido siempre, en mayor o menor medida, "hacedores de sistemas" (p. 153). Una obra de doctrina debe responder, entonces, "a la idea de una construcción intelectual, metódica y organizada, tendiente a erigir en síntesis coherente el pensamiento relativo a una materia determinada" (Martin, DIDIER, cit. por JESTAZ—Jamin, op. cit., p. 162; en todos los casos, la traducción es nuestra). En el mismo sentido, afirma Laclau que, desde la antigua Grecia, dos nociones confieren su fisonomía al pensamiento occidental: la racionalidad abstracta y la sistematización. Serán ellas las que —por la vía del racionalismo iluminista primero, y más tarde merced al desarrollo de la Begriffsjurisprudenz alemana— influirán también de manera decisiva en la dogmática jurídica. Desde ese punto de vista —que Laclau critica—, "La interpretación debe develar las verdaderas ideas que se encuentran bajo lo que el legislador ha expresado y esas ideas asumen la forma de conceptos jurídicos (...) Los conceptos se descomponen en sus elementos intelectuales y luego han de volver a agruparse de tal manera que se exhiba el sistema jurídico en la unidad interna de sus proposiciones". Páginas más adelante, recuerda este autor que, para el primer Ihering, "Las reglas de derecho se traducen en

definiciones jurídicas, elevándose al rango de elementos lógicos del sistema. Así como la expresión de la voluntad del legislador en un código tiene finalidad práctica inmediata, la labor del científico consiste en el análisis y reducción de esos cuerpos legislativos a sus elementos simples (...) De esta suerte, en base a un número abarcable de cuerpos simples, se pueden descomponer las distintas reglas jurídicas; pero, además, combinando los distintos elementos, pueden obtenerse nuevos conceptos y reglas" (LACLAU, Martín, *La razón en el derecho*, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 62 y 68). Por su parte, dice Nino: "Los juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas", y añade que no es infrecuente que los juristas dogmáticos propongan principios generales en reemplazo de varias normas del sistema, "pero que a la vez tienen un campo de referencia mayor que el del conjunto de normas reemplazadas, permitiendo derivar de aquéllos nuevas normas no incluidas en el sistema originario y cubriendo, de ese modo, posibles lagunas de dicho sistema" (NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 333). Vid. asimismo ZANNONI, Eduardo, *Crisis de la razón jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 65/67.

(22) Vid. CÁRCOVA, Carlos M., "Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada", en *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996, p. 146. Señala este autor que la interpretación jurídica es producto de diversas "instancias de producción de sentidos que se interceptan y reconstituyen, condensándose circunstancialmente en una decisión judicial, en una ley sancionada, en un contrato o en cualquier otro producto jurídico, para transformarse inmediatamente en una nueva fuente de sentido" (p. 146). Por su parte, dicen Jestaz y Jamin: "...la doctrina se arrogó el poder de decir cuál es la buena interpretación de la ley o los fallos. Ahora bien, esa buena interpretación, dejando a salvo evidentes limitaciones, es largamente la estimada deseable por el autor. Y ¿quién no ve que ese carácter deseable se basa en razones entre las cuales la moral y la ideología prevalecen ampliamente sobre la técnica jurídica! O más bien, cualquiera puede constatar que la técnica ha sido constantemente invocada en apoyo de la elección preconizada, como lo han probado esas innumerables controversias doctrinales donde cada parte traía a la técnica para su lado" (op. cit., p. 157/158; la traducción es nuestra). Vid. asimismo ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994, traducción de Genaro CARRIÓ, p. 133 y ss.

(23) Al respecto afirma Dworkin que si bien las proposiciones de la ciencia jurídica parecen ser descriptivas —en tanto versan sobre la manera en que las cosas son prescritas por la ley—, es extremadamente difícil definir exactamente qué es lo que describen. El mencionado autor prefiere entonces sostener que los enunciados jurídicos "combinan elementos descriptivos y juicios de valor, sin identificarse completamente con ninguno de ellos" (DWORKIN, Ronald, "De l'analogie entre textes juridiques et textes littéraires", en DWORKIN, Ronald, *Une question de principe*, Presses Universitaires de France, París, 1985, p. 186; la traducción es nuestra).

(24) JESTAZ—JAMIN, op. cit., p. 175. También Encinas de Muñagorri afirma: "Una vez constituidas, las nociones jurídicas (la persona jurídica, la propiedad, el Estado) adquieren una realidad en el seno de una sociedad dada, con un efecto de verdad tan sólido como las entidades a las que se refieren" (Encinas de MUNAGORRI, Rafael, "Qu'est—ce que la technique juridique?", *Daloz*, 18/3/2004, p. 714). En ese sentido, explica Cárcova que, para las teorías hermenéuticas y críticas —a las que él adscribe— "el conocimiento del derecho resulta constitutivo del derecho. El discurso acerca del derecho reconduce y transforma el derecho. El conocimiento del derecho tiene siempre algo de conformación del derecho". Por ello, el autor mencionado pone de resalto la existencia de una "crisis entre el ser y el deber ser, que queda así disuelta en la medida en que el metalenguaje (de la teoría) se integra, y en su despliegue transforma el lenguaje objeto (de las normas)" (CÁRCOVA, "Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada", cit., p. 143).

(25) LÓPEZ HERRERA, *Teoría...*, cit., p. 49.

(26) DÍEZ—PICAZO, Fundamentos..., cit., t. V, p. 27.

(27) PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las administraciones públicas)", en Martínez Moreno, Juan A. (coord.), Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Dykinson, Madrid, 2000, p. 451.

(28) BUERES, "El futuro...", cit., p. 743. Vid. asimismo las interesantes objeciones que plantea Papayannis, Fundamentos..., cit., p. 130/132.

(29) BUERES, "El futuro...", cit., p. 734.

(30) PICASSO, Sebastián, "Sobre los denominados 'daños punitivos', LL, 2007—F—1154.

(31) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", LL, 1994—B—860.

(32) BUSTAMANTE ALSINA, "Los llamados 'daños punitivos'...", op. y loc. cit.; BUERES, "El futuro...", cit., p. 734. El hecho de que la cláusula penal pueda tener un carácter coercitivo o compulsivo no alcanza tampoco para predicar que se trata de una "pena". La amenaza de una sanción es ni más ni menos que uno de los elementos definitorios de las normas jurídicas en general, y no únicamente de las que establecen sanciones "penales" (vid. KELSEN, Teoría pura del derecho, cit., p. 46 y ss.); lo que importa a efectos de determinar si nos encontramos frente a una pena es, precisamente, el contenido y la finalidad de la sanción aplicada. En el caso de la cláusula penal, la suma fijada se debe a título de resarcimiento, y no tiene por finalidad la de castigar al deudor por el incumplimiento —de lo contrario, sería inconcebible su aplicación frente a supuestos de responsabilidad objetiva—, sino la de compensar al acreedor por los daños causados por la inejecución de la obligación.

(33) Esta conclusión es igualmente aplicable a los intereses moratorios pactados por las partes (esto es, a los punitivos), que funcionan como una cláusula penal (ALTERINI, Atilio A. — AMEAL, Oscar J. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 308; Barbero, Ariel E., Intereses monetarios, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 163).

(34) En ese sentido, señala Bustamante Alsina: "Las astreintes no son una pena civil por el incumplimiento, sino un procedimiento de intimidación para obligar a cumplir las decisiones judiciales" ("Los llamados 'daños punitivos'...", op. y loc. cit.).

(35) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Daños punitivos", en ALTERINI, Atilio A. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., La responsabilidad, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 286; TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 567; BUSTAMANTE ALSINA, op. y loc. cit. La Corte de Casación francesa es contundente en ese sentido; vid. VINEY, La responsabilité: effets, cit., p. 8, n° 6; REISS, Lydie, Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais, Presses Universitaires d'Aix—Marseille, Aix—en—Provence, 2003, p. 267, n° 344.

(36) DÍEZ—PICAZO, Fundamentos..., cit., t. V, p. 23/24.

(37) GLANNON, Joseph W., *The law of torts*, Little, Brown and company, Boston, 1995, p. 242 y nota 1. La traducción es nuestra.

(38) PIZARRO, Ramón D., "Daños punitivos", en *Derecho de daños*, segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291/292.

(39) REGLERO Campos, Fernando, cit. por TRIGO REPRESAS — LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit., t. I, p. 557.

(40) Sobre el punto, vid. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, cit., p. 43 y ss. (para el derecho inglés), y 96 y ss. (para el estadounidense); GOLDBERG, John C. P. — SEBOK, Anthony J. — ZIPURSKY, Benjamin C., *Tort law. Responsibilities and redress*, Aspen Publishers, New York, 2008, p. 484 y ss.; VETRI, Dominick — LEVINE, Lawrence C. — VOGEL, Joan E. — GASSAMA, Ibrahim J., *Tort law and practice*, Lexis—Nexis, San Francisco, 2011, p. 529 y ss.; DEAKIN, Simon — JOHNSTON, Angus — MARKESINIS, Basil, *Tort law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 786 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el derecho argentino?", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, año XXXVIII, 1983, n° 31, p. 89 y ss.; GALDÓS, Jorge M., "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones", *RCyS*, 1999—23; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 2008.

(41) Cabe señalar que la imposición de este tipo de sanciones es mucho menos común en Inglaterra que en los Estados Unidos de América. En el primero de los países mencionados, según lo afirman Deakin, Johnston y Markesinis, "para la mayoría de los autores todas las condenas punitivas tienen algo de anomalía, dado que repetidamente enfatizan que la retribución, la disuasión y la rehabilitación son más apropiadamente perseguidas por el derecho criminal que por el derecho de daños". Y si bien los citados autores encuentran demasiado tajantes estas afirmaciones, dicen a renglón seguido que hay serias objeciones que pueden hacerse contra los punitive damages, tales como que pueden violar el principio *nullum crimen sine lege*, o aliviar la carga de la prueba en perjuicio del demandado, o bien acumularse con sanciones penales impuestas por el mismo hecho (DEAKIN — JOHNSTON — MARKESINIS, *Tort law*, cit., p. 790/791; la traducción es nuestra).

(42) GOLDBERG — SEBOK — ZIPURSKY, *Tort law...*, cit, p. 493/495.

(43) Vid. sobre el punto LE TOURNEAU, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2008, p. 27; CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, cit., p. 57 y ss.

(44) Vid. la excelente reseña de Ricardo De Ángel YÁGÜEZ, "Los daños punitivos en el derecho continental europeo", *Revista de Derecho de Daños*, 2011—2—161.

(45) Respecto de esos precedentes, vid. ELÍAS, Ana I., "Daño punitivo: derecho y economía en la defensa consumidor", en ARIZA, Ariel (coord.), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361*, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 142 y nota 5.

(46) "Responsabilité civile: des évolutions nécessaires", en [www.senat.fr/rap/r08—55824.html](http://www.senat.fr/rap/r08—55824.html).

(47) Art. 56 del proyecto de reforma de la responsabilidad civil elaborado por el Ministerio de Justicia francés y presentado el día 26 de julio de 2012.

(48) PIZARRO, "Daños punitivos", cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, "¿Conviene...?", cit. (con reservas); LÓPEZ HERRERA, Los daños punitivos, cit.; ídem, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, ley de defensa del consumidor", Lexis n° 0003/013877; GALDÓS, "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones", cit.; ANDRADA, Alejandro D. — HERNÁNDEZ, Carlos A., "Reflexiones sobre las llamadas penas privadas. A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", RCyS, 2000—33; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, "La consistencia de los 'daños punitivos'", LL, 7/4/2009, p. 1; COLOMBRES, Fernando M., "Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor", LL, 16/9/2008, p. 1; MOISÁ, Benjamín, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la ley 24.240", RCyS, agosto de 2008, p. 31; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El daño punitivo y la interpretación económica del derecho (Dejar hacer o controlar el mercado)", Revista de Derecho de Daños, 2011—2—151; VERGARA, Leandro, "La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la legislación argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011—2—329; HERNÁNDEZ, Carlos A. — SOZZO, Gonzalo, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011—2—361; XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1999, conclusiones de la comisión n° 10, n° II.2, en Congresos y jornadas nacionales de derecho civil, Facultad de Derecho U.B.A. — La Ley, 2005, p. 196; XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones de la comisión n° 2.

(49) PICASSO, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), Reforma a la ley de defensa del consumidor, suplemento especial La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 123 y ss.; ídem, comentario al art. 52 bis en PICASSO, Sebastián — VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Ley de defensa del consumidor comentada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 593 y ss.; ídem, "El gel íntimo en la gaseosa y los 'daños punitivos'. Fin del sainete", Infojus, DACF140418; BUERES, Alberto J. — PICASSO, Sebastián, "La responsabilidad por daños y la protección del consumidor", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009—1—31; ídem., "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos", Revista de Derecho de Daños, 2011—2—21.

(50) Vid. LARENZ, Karl, Metodología de la ciencia del derecho, Ariel, Trad. Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, 1994, p. 243/244.

(51) CREUS, Carlos, Derecho penal. Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 3.

(52) MAYO, Jorge A. — CROVI, Luis D., "Penas civiles y daños punitivos", Revista de Derecho de Daños, 2011—2—17.

(53) CSJN, Fallos, 282:193; 284:42; 289:336; 290:202; 295:195; 303:1548, etc.

(54) CSJN, Fallos, 203:399; 256:97; 310:316.

(55) SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tea, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 5.

(56) APESTEGUÍA, Carlos, Sumarios Administrativos, La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 31 y ss.;

GALLINGER, Ariel A., "Efecto de los recursos administrativos interpuestos contra actos administrativos que disponen sanciones disciplinarias. Régimen disciplinario docente en la provincia de Río Negro. Principio de inocencia", *LLPatagonia* 2006 (abril), 179.

(57) CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 568; NOE, Gabriela C., "Principios y normas del derecho penal aplicables en el procedimiento administrativo. Alcance y límites", *LLGran Cuyo* 2008 (febrero), 1; FARGOSI, Horacio P., "Consideraciones sobre las sanciones aplicables por la Comisión Nacional de Valores en materia de 'Insider Trading'", *LL*, 2007—D—677; ÁLVAREZ ECHAGÜE, Juan M., "Preocupante: la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe convalida el inconstitucional 'solve et repete' en materia de multas", *LLLitoral* 2005 (marzo), 108; BARBIERI, Gala, "El valladar del artículo 18 vs. la potestad sancionadora de la Administración", *LL*, 2005—E—303.

(58) ZAFFARONI, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 111.

(59) CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1995, p. 222/223. La traducción es nuestra.

(60) CARVAL, *La responsabilité...*, cit., p. 223.

(61) En ese sentido, dice Moisés: "habrá que recurrir a la prudencia de nuestros magistrados para suplir y corregir las serias omisiones y defectos que el artículo en cuestión presenta" ("Los llamados 'daños punitivos'...", cit., p. 36). A su turno, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil declararon: "Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de derechos constitucionales (...) Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos".

(62) XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones de la Comisión n° 9; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, ley de defensa del consumidor", cit.; VERGARA, "La multa civil...", op. y loc. cit.; HERNÁNDEZ — SOZZO, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina", cit., p. 361; ARIZA, Ariel, "Contrato y responsabilidad por daños en el derecho del consumo", en ARIZA, Ariel (coord.), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361*, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 134/135; ELÍAS, "Daño punitivo: derecho y economía en la defensa consumidor", cit., p. 153; MOISÁ, *Los llamados "daños punitivos"...*, p. 38; COSSARI, Maximiliano N. G., "Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino", *LL*, 03/12/2012, p. 3; STIGLITZ, Rubén S. — PIZARRO, Ramón D., "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", *LL*, 16/03/2009, p. 4/5; JUNYENT BAS, Francisco — GARZINO, María C., "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", *LL*, 19/12/2011, p. 4. Contra, contentándose con el mero incumplimiento: ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", *LL*, 29/11/2010, p. 9; LOVECE, Graciela I., "Los daños punitivos en el derecho del consumidor", *LL*, 08/07/2010, p. 1. En este último trabajo se afirma, insólitamente, que los daños punitivos se fundan en un factor de atribución objetivo, que consistiría en "la actividad económica en sí misma", sin justificarse en modo alguno cómo se compatibilizaría esta afirmación con el evidente carácter penal del instituto (reconocido, incluso, en la propia exposición de motivos de la ley 26.361).

(63) Para un estudio detallado de la cuestión en la jurisprudencia, vid. PICASSO, Sebastián, "Los daños

punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, octubre de 2012, p. 82; ídem, "El gel íntimo en la gaseosa y los 'daños punitivos'. Fin del sainete", op. y loc. cit.

(64) PICASSO, "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", op. y loc. cit.

(65) Se evidencia en la redacción de estas normas una fuerte influencia del pensamiento de Daniel Pizarro, quien hace no mucho tiempo proponía una fórmula parecida para regular el instituto, y propiciaba que la figura de los daños punitivos siguiera puntualmente emplazada dentro de ámbitos más circunscriptos, estatutarios, como el derecho del consumo o el derecho ambiental (PIZARRO, Ramón Daniel, "¿Sirven los daños punitivos tal como están regulados en la Ley de Defensa del Consumidor?", *Revista de Derecho de Daños*, 2011—2—440). Si bien —contrariamente a lo sugerido por el distinguido tratadista y amigo— el anteproyecto proponía incorporar la figura al Código Civil y Comercial, lo hacía con un alcance tal que, en la práctica, su campo de aplicación se habría encontrado casi exclusivamente restringido al derecho ambiental.

(66) El giro "sanción pecuniaria" es poco específico, porque también lo es la indemnización de daños y perjuicios. En efecto, la palabra "sanción" se define técnicamente como la privación coactiva de un bien como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, y ello es tan aplicable a la pena penal como a la indemnización de daños (vid. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 129/131; NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 172/173). Así, Garrone define a la sanción como la "consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado" (GARRONE, José A., *Diccionario jurídico*, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 1987, t. III, p. 346), y Escriche, como el "bien o el mal que establece la ley por la observancia o violación de sus preceptos o prohibiciones" (ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario de legislación y jurisprudencia*, Garnier, París, 1876, p. 1518). Igualmente, en el anteproyecto se añadía el adjetivo "disuasiva", lo que importaba relevar una de las finalidades de ese instituto, compartida —como hemos visto— por todas las sanciones de naturaleza penal. Pensamos que tampoco esa caracterización era la más acertada, porque también la amenaza de pagar daños y perjuicios tiene efectos disuasivos, aunque no sea esta la finalidad directamente buscada en aquellos casos. La referencia al carácter disuasivo de la sanción se reiteraba poco después en el texto del art. 1714 ("...con fines disuasivos..."), y parecía tener por finalidad poner el énfasis en este objetivo, más que en el castigo. De todos modos, como sucede con toda pena, se trata de dos caras de la misma moneda: la sanción es disuasiva porque castiga, porque causa un mal al responsable, y al castigar, disuade. No hay una sin la otra, no hay prevención general sin retribución.

(67) ALTERINI, Atilio A., "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Reforma a la ley de defensa del consumidor, suplemento especial La Ley*, Buenos Aires, 2008, p. 18/19; GHERSI, Carlos — WEINGARTEN, Celia, "Visión integral de la nueva ley del consumidor", en VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), *Reforma...*, cit., p. 64; ELÍAS, "Daño punitivo...", cit., p. 154/155. Contra, considerando valioso que la multa sea percibida por la víctima: COLOMBRES, "Los daños punitivos...", cit., p. 3; LÓPEZ HERRERA, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", cit.

(68) Había, sin embargo, dos aspectos que debían ser debidamente contemplados por el intérprete, en función de las exigencias que emanan del art. 18 de la Constitución Nacional y las normas concordantes de los tratados internacionales de derechos humanos. Ante todo, tratándose de materia penal, y aun con la relativa laxitud que podría derivarse de la aplicación "con matices" de los principios propios de esa disciplina, el principio de legalidad exige que el monto de la multa tenga un tope, como de hecho —en una de las pocas soluciones coherentes con la naturaleza sancionadora del instituto— lo establece el actual art. 52 bis de la LDC. La falta de

mención de esa cuestión en el anteproyecto no debía llevar a pensar que podía fijarse cualquier monto indiscriminadamente, sino que era preciso que, al igual que sucede en los Estados Unidos de América —vid. "State Farm Mut. Auto. Ins. Co. c. Campbell" (538 U.S. 408 —2003) —, la jurisprudencia estableciera algunos parámetros acerca del máximo tolerable. Por otra parte, seguían vigentes las objeciones respecto de la necesidad de respetar las garantías procesales inherentes a la aplicación de una sanción de naturaleza penal, lo que impide desplazar la carga de la prueba hacia el demandado, o establecer presunciones derivadas de su silencio o su confesión ficta, etc. Finalmente, el texto del anteproyecto dejaba sin responder el interrogante relativo a si los "daños punitivos" son o no asegurables. La cuestión había sido, sin embargo, considerada en los fundamentos, donde se afirmaba que "dogmáticamente, la sanción no es asegurable", pero se añadía que la comisión prefirió dejar librada la cuestión a su ulterior regulación por una ley especial.

(69) Vid. PICASSO, "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", op. y loc. cit.