En el derecho comparado la institución punitiva más representativa del *civil law* es la cláusula penal, mientras que en el *common law* son los *punitive damages*. El estudio de la cláusula penal se enfoca en el análisis de su naturaleza y las funciones que cumplen las mismas, para lo cual es esencial distinguir entre el momento en que se pacta la penalidad y el momento en que ocurre el incumplimiento. Por su parte, el estudio de los *punitive damages* se centra en su evolución y en la recepción que ha tenido en Europa. Tradicionalmente, los *punitive damages* fueron vistos como ajenos al *civil law*. Sin embargo, actualmente el *civil law* ha experimentado un proceso de sinceramiento respecto a la función punitiva. Este proceso se verifica con: 1) la existencia de diversas instituciones privadas que permiten el pago de un monto dinerario extracompensatorio; 2) los esfuerzos realizados para incorporar a los *punitive damages* en ciertas codificaciones civiles; y 3) el reconocimiento y ejecución, por parte de cortes europeas, de sentencias americanas que impusieron *punitive damages*. Con ocasión de estos estudios, también se analiza al daño moral punitivo. En resumen, la función punitiva está más viva que nunca en el *civil law*.

ISBN: 978-612-322-145-4

100 AÑOS Al servicio del Perú

FACULTAD DE **DERECHO**

INSTITUTO PACÍFICO

ET LUX IN TENEBRIS LUCET

PUCP

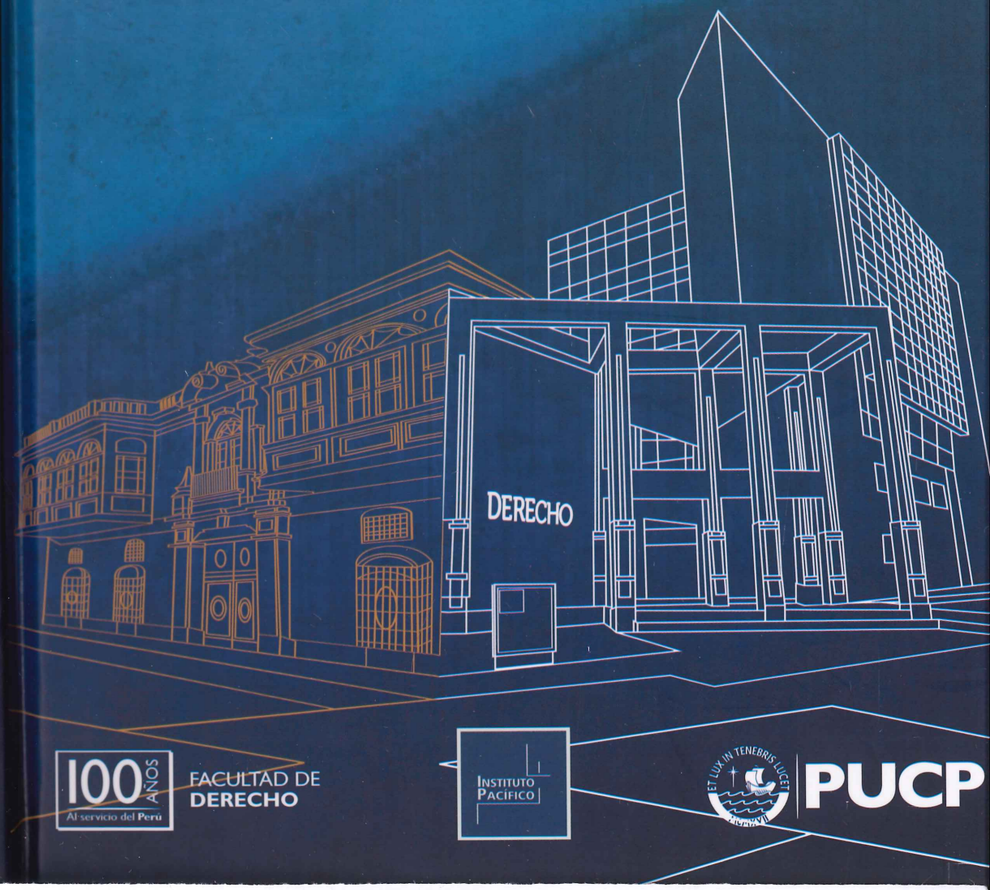
Sergio García Long

LA FUNCIÓN PUNITIVA EN EL DERECHO PRIVADO

COLECCIÓN CENTENARIO

LA FUNCIÓN PUNITIVA EN EL DERECHO PRIVADO

Sergio García Long



100 AÑOS Al servicio del Perú

FACULTAD DE **DERECHO**

INSTITUTO PACÍFICO

ET LUX IN TENEBRIS LUCET

PUCP

INSTITUTO
PACÍFICO

LA FUNCIÓN PUNITIVA EN EL DERECHO PRIVADO

Autor.
© Sergio García Long, 2019

Primera edición: abril del 2019

Copyright 2019
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje: Luis Ruiz Martinez
Sara Espinoza Paredes

Edición a cargo de: Instituto Pacífico S.A.C.-2019
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3700
E-mail: preprensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 1,000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051900458
ISBN : 978-612-322-145-4
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2019-05467

Impresión a cargo de: Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
El contenido de la publicación está expuesto a fe de errata.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

Para mi hermanito Gabriel:
El único obstáculo en la vida es el freno de mano mental.

EPÍGRAFE

The theory of compensatory indemnity
is sufficiently strong to survive,
but too weak to rule alone

René Demogue
Validity of the Theory of Compensatory Damages, 1918

The comparativist will argue,
and we think rightly,
that an observer cannot understand
his own legal system sufficiently
until he understands
what his system is not.
Without comparing it
to a relevant different system,
he simply cannot adequately grasp
what his own system is not

P.S. Atiyah y Robert S. Summers
Form and Substance in Anglo-American Law, 1987

Comparative law teaches us,
by the light of costly experience in other countries,
what to avoid

Phanor J. Eder
A comparative survey of Anglo-American and
Latin-American Law, 1950

But if there is serious injury,
you are to take life for life,
eye for eye,
tooth for tooth,
hand for hand,
foot for foot,
burn for burn,
wound for wound,
bruise for bruise

Exodus 21:23-25
The Old Testament

If any one steal a cattle or sheep,
or an ass, or a pig or a goat,
if it belongs to a god or to the court,
the thief shall pay thirtyfold therefor;
if they belonged to a freed man of the king
he shall pay tenfold;
if the thief has nothing with which to pay
he shall be put to death

Code of Hammurabi §8

If a man steals an ox or sheep
and kills it or sells it,
he shall pay five oxen for the ox
and four sheep for the sheep

Exodus 22:1
The Old Testament

Punishment,
whatever shape it may assume,
is an evil

Jeremy Bentham
The Rationale of Punishment, 1830

What can be more soothing,
at once to a man's Pride
and to his Conscience,
than the conviction that,
in taking vengeance on his enemies
for injustice done him,
he has simply
to do them justice in return?

Edgard Allan Poe
Marginalia, 1849

There's something else.
This contract doesn't give you any blood at all.
The words expressly specify
"a pound of flesh".
So take your penalty of a pound of flesh,
But if you shed one drop of Christian blood
when you cut it,
the state of Venice will confiscate
your land and property
under Venetian Law

William Shakespeare
The Merchant of Venice, 1600

• • •

PRESENTACIÓN

El joven profesor Sergio García Long, quien ha sido un destacado e interesado alumno mío en la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha tenido la gentileza de pedirme que escriba la presentación de su libro "La función punitiva en el derecho privado". Y le agradezco mucho esta distinción porque se trata de un libro jurídico sumamente interesante, controvertible como lo es todo en el campo del derecho, pero aportando análisis, conclusiones, aplicaciones y reacciones sobre un tema muy discutido y muy discutible del derecho que es el relativo a la responsabilidad civil.

Uno de los temas que nos presenta el autor se refiere a la posibilidad de emplear la responsabilidad extracontractual no solamente como un instrumento jurídico de reparación de un daño sino también como una forma de sancionar las conductas dañinas. En otras palabras, el libro enfoca no solo el delicado y controvertido tema que consiste en que el afectado recupere lo que ha perdido sino que también la sociedad utilice estos procedimientos jurídicos como una forma de castigo a quien se comportó de manera socialmente indebida.

Esta posibilidad de castigar por la vía de la responsabilidad civil se encuentra en el Perú en ejecutorias desde el siglo pasado, hace 60 años, aunque la mayor parte de los juristas ha preferido no adentrarse en este tema.

El trabajo realizado por Sergio es muy importante porque, con un amplio análisis respecto de la doctrina y de las ejecutorias en esta materia, ha analizado con toda minuciosidad las resoluciones judiciales y las opiniones jurídicas no solamente de los magistrados y juristas peruanos sino de muchos otros sistemas jurídicos.

Es preciso notar que la cuestión de la que estamos hablando no es en absoluto sencilla, sino que requiere un profundo conocimiento del Derecho y del funcionamiento judicial de la responsabilidad civil.

Es así como el tema, sin perjuicio de citar algunas referencias al Antiguo Testamento y al Código de Hammurabi o Ley del Talión, ha sido revisado por el autor en los diferentes sistemas jurídicos del mundo occidental moderno, tales como Estados Unidos, Francia, Suiza, Grecia, España, Italia y Alemania, sin olvidar en América a Argentina.

Es muy significativo que el autor no se haya limitado a los juristas y a los textos jurídicos sino que ha ingresado al campo de la filosofía del derecho. Y es así que podemos comparar las diferentes formas que los filósofos consideraban plausibles para ordenar la vida en comunidad.

Dentro de este análisis jurídico hace una referencia a Immanuel Kant con su idea sobre el jus talionis (derecho de retaliación). También cita a Jeremy Bentham, filósofo preocupado por lograr una sociedad pacífica y razonable. Y a ellos se suma Hart, quien plantea que el derecho debe consistir en sanciones a aquellos que se aparten de las normas que la sociedad ha colocado para subsistir pero también en impulsar la actividad hacia adelante.

El tema es de por sí del mayor interés. Pero también admite grandes discrepancias. La distinción entre el derecho civil y el derecho penal no es fácilmente descartable. Cada una de estas actitudes jurídicas corresponde a situaciones de tipo diferente, aun cuando algunas veces puedan acompañarse. Pero lo importante es que resultan éstas una manera distinta de afrontar el equilibrio de la vida social. Ambas perspectivas —la civil y la penal— son indispensables para el funcionamiento de la sociedad. Pero indudablemente, cada una representa un camino distinto hacia la paz social.

El derecho civil se preocupa de compensar o aminorar los efectos del daño, estableciendo una obligación de compensación, esto es, obligando al causante a pagar su costo. En cambio, la sanción por el daño es tema del derecho penal. Es muy diferente la reparación y la sanción. Por

consiguiente, el costo de la reparación debe estar dirigido a quien sufrió el daño. Paralelamente —pero independientemente— quien cometió el daño por negligencia o mala intención debe además estar afecto a una sanción; y una sanción razonable es el pago de una cantidad punitiva, la cual no debe estar dirigida a quien sufrió el daño y cobró su indemnización por los daños sufridos, sino al Estado como administrador del orden público y de las condenas penales.

Algo novedoso que propone Sergio respecto a la distribución de la condena punitiva es la función del *private enforcement* existente en Estados Unidos, por el cual, se pretende justificar por qué cierta parte de la condena punitiva —un 25 % en promedio— debería pagarse en favor del demandante como recompensa por demandar y hacer cumplir el derecho.

A diferencia de Europa en donde el *enforcement* está asignado al derecho público, en el sistema anglosajón se confía en la auto regulación del mercado. Si un empresario no cuida la calidad de los productos que pone en circulación, y estos ocasionan daños a los consumidores, la demanda por sus productos bajará y seguramente será demandado por daños y perjuicios. Entonces el *enforcement* se rige por los litigios.

Sergio explica que siguiendo la perspectiva anglosajona del *private enforcement*, en el *civil law* se debería premiar al demandante que asume el costo del litigio y lleva al culpable ante una corte o tribunal. Si al menos una pequeña parte de la condena punitiva se paga en favor del demandante, entonces se generarán los incentivos necesarios en los privados para que sean ellos los interesados en hacer cumplir el derecho.

Estas condenas punitivas terminan por aligerar la estricta distinción entre el derecho civil y el derecho penal. Algunos podrán estar en desacuerdo. Pero algo en lo que sí debemos estar todos de acuerdo es que el derecho es un ser viviente que cambia con el tiempo. Tal vez en un futuro estas condenas punitivas no sean vistas tan controversiales como ahora.

Todas estas grandes discrepancias son discutidas en este interesante libro, cuyo objetivo es explicar cómo el castigo en el derecho privado,

largamente utilizado en Estados Unidos, ha ido ganando más simpatizantes en Europa.

Me complace presentar a los lectores este complejo y novedoso libro, de gran utilidad para el debate jurídico. Es muy gratificante cuando un joven que ha sido alumno mío se interesa por investigar a fondo temas que antes parecían ajenos a nosotros, pero que con el transcurso del tiempo urgen de una revisión.

Fernando de Trazegnies Granda
Profesor Principal de Filosofía e Historia del Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho,
Academia Peruana de la Lengua y Academia
Nacional de la Historia

PRÓLOGO

Empecé a conversar con Sergio en el 2016 y sobre todo el año pasado mientras visitaba Perú por un Congreso International de Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nuestras conversaciones se centraban en un interés académico común: la influencia del derecho americano en sistemas jurídicos del *civil law*. A efectos de la responsabilidad civil, discutíamos sobre los *punitive damages*. Ambos creíamos y creemos que la función punitiva es útil, y que los *punitive damages* deben ser incorporados, adecuadamente, en Perú e Italia.

Este libro termina y concretiza las curiosidades de Sergio en torno a los *punitive damages*. Su investigación profunda sobre el *punishment* en el derecho americano, sumado a las sólidas enseñanzas en derecho civil recibidas del profesor Gastón Fernández Cruz, dan como resultado un interesante aporte para la doctrina jurídica peruana. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el derecho de los *punitive damages* ha ido y sigue evolucionando con los años. Este libro pretende mantenernos actualizados al respecto.

La función sancionadora de la responsabilidad civil, de la cual los *punitive damages* son expresión emblemática, se presenta como uno de los desafíos centrales de los sistemas legales actuales. El debate suele estar impregnado de prejuicios, preocupaciones y entusiasmo, mientras que el análisis riguroso del fenómeno parece desvanecerse. Si los partidarios destacan su función moralizadora, los críticos objetan el riesgo de decisiones arbitrarias y excesivas. Sobre todo, surge el problema de la compatibilidad de un daño similar casi a la venganza con un sistema moderno.

No es posible enmarcar el fenómeno de los *punitive damages* sin tratar a la experiencia estadounidense, cuya evolución este libro traza

con vivacidad e rigor, aportando ideas originales. De hecho, es en los Estados Unidos de América donde se desarrollan junto con el cambio en la economía y la necesidad del control del mercado. En el siglo XIX sirvieron para afectar el comportamiento grave de las compañías ferroviarias y luego se usaron con el desarrollo de la producción en masa en la hipótesis de responsabilidad por productos defectuosos. De hecho, "in a world with only smaller, closely held businesses, we would not need punitive damages for this type of case. Once Joe, the owner of Joe's Automobile Company, realizes that there is a foul up in his business that is causing problems for his customers, he has plenty of incentive to correct it" , mientras que la compensación no parece suficiente para las grandes empresas.

Desde entonces, la historia de los *punitive damages* se ha caracterizado por una aplicación oscilante y controvertida, que sin embargo parece poner en crisis el sistema económico, legal y político. El debate se calienta sobre su función y sobre la necesidad de controlarlos. Si pueden desempeñar un papel útil, se deben identificar los criterios y límites para su adopción. La crisis en el mercado de seguros, evidente en algunos sectores, incluida la responsabilidad médica, las dificultades de las empresas para enfrentar daños incontrolados, y el aumento de los costos para los consumidores, determina la necesidad de repensar la institución, transformar un problema legal en un eslogan de campaña electoral y un tema recurrente de la *pop culture.*

Es con BMW v. Gore de 1996 que los *punitive damages* "as we know them" comienzan a cambiar radicalmente y presenciamos intervenciones legislativas y jurisprudenciales destinadas a reducir la imprevisibilidad de la indemnización. Afectan a) en la predicción de casos o criterios típicos, como requisitos de conducta o altos estándares de prueba; b) en la determinación de la cuantía, ya sea mediante procedimientos más rígidos o mediante *caps*, multiplicadores o porcentajes del volumen de negocios del demandado; c) sobre el destino final de la compensación con la provisión de fondos genéricos o específicos. Aunque en un examen superficial la situación parece cristalizarse, un análisis cuidadoso

muestra una cierta insatisfacción con los caps y los multiplicadores, tanto que en algunas jurisdicciones estadounidenses han sido declarados inconstitucionales. De hecho, se cuestiona si una condena punitiva tan disciplinada mantiene su función aflictiva o si se ha comprometido de manera irreparable.

Mientras que en la reflexión Estados Unidos de América parece centrarse exclusivamente en los límites y su eficacia, en los sistemas del *civil law* se advierte una tendencia a su aprobación expresa o enmascarada. El debate tiene dos perfiles: la admisibilidad del reconocimiento de sentencias extranjeras que liquidan *punitive damages*, que es exclusivamente del derecho internacional privado, y la conciencia de la multifuncionalidad de la responsabilidad civil, que en cambio afecta al derecho sustantivo. Ambos aspectos se examinan con equilibrio y rigor en este libro, destacando las diferentes soluciones y los diferentes problemas que plantean. El síntoma de la primera es la decisión 16601/2017 de las Sezioni Unite della Cassazione de Italia con la que se superó la orientación tradicional establecida en el 2007. Un fallo esperado que se ha abierto tímidamente intentando evitar una entrada jurisprudencial de la figura. Al pasar de los índices normativos existentes y a la luz de una concepción cambiada de la noción de un orden público más adecuado a una sociedad globalizada y multinivel, las Sezioni reconocen la naturaleza ahora multifuncional de la responsabilidad civil. Por esta razón, se establece la compatibilidad tendencial entre los *punitive damages* característicos de los sistemas del *common law* y el sistema legal italiano, cuando las hipótesis de condena sean típicas y previsibles y los límites se fijen en el monto de la compensación.

Es evidente que los dos perfiles no se pueden separar si no artificialmente porque cuando se admite la función de sanción y disuasión, comienza a impregnar la compensación al subirla o al menos imponer una reflexión centrada no solo en la compensación sino en todas las características del acto ilícito. Así, en una sentencia reciente de Cassazione italiana sobre un caso de acoso escolar, se observó que "ciertamente no es tarea de los jueces, sindicar en el nivel ético y social, el comportamiento

de los asociados en una época histórica dada, desde que el juicio civil (y en particular el objeto de responsabilidad civil) es funcional para ofrecer respuestas precisas, estrictamente circunscritas a la ley, a eventos individuales que afectan a individuos que buscan protección del tribunal".

Pero, concretamente, el juez civil, en la evaluación y liquidación del quantum, no puede ni debe ignorar, casi como si la dimensión de la jurisdicción se encuentra dentro de un territorio de pensamiento aséptico tan separado de la realidad, pero insensible a los cambios sociales y culturales, en el que se ejerce (en este caso, entre otros, Cass. 21619/2007, que analiza la "dimensión histórica" de los criterios de causalidad, y 5146/2018, que reconstruye expresamente la compensación por pérdida de oportunidad en términos de elección "de la política del derecho"): el clima perturbador de la intolerancia y la violencia, no solo verbal, en el que hoy viven los encargados del proceso educativo y de capacitación de las generaciones jóvenes y muy jóvenes .

No solo a menudo el reconocimiento de sentencias extranjeras que otorgan *punitive damages* es el primer paso hacia una reforma legislativa que apunta a su adopción. Esta parece ser la ruta francesa como lo fue en otras jurisdicciones, incluyendo Corea del Sur. La decisión de introducir *punitive damages* es delicada porque implica un cambio de perspectiva en el sistema que no solo tiene consecuencias legales. En primer lugar, cambia la manera de concebir el daño al ya no centrarse en la víctima, sino en el autor de la conducta. Además, implica un elemento de imprevisibilidad en el orden que no puede ser eliminado. Este es un perfil delicado porque aumentar los poderes del juez alienta el irracionalismo y el subjetivismo de las decisiones que llevaron a hablar de los eclipses del derecho civil. Finalmente, los estudios empíricos demuestran que los *punitive damages*, si no se detallan con cuidado, pueden causar un aumento en los costos sociales con peores consecuencias que los problemas que queríamos resolver.

La evaluación de qué modelo de *punitive damages* es útil y coherente con el sistema se vuelve central para la elección de su introducción. Por

lo tanto, es evidente que no deben incorporarse en el *civil law* por jurisprudencia, sino después de una reflexión legislativa ponderada. Como señala Castronovo, "esto debe evitarse, se debe tener precaución debido a la seriedad que debe reservarse a las elecciones del sistema, evitando los disfraces o las tergiversaciones". En este sentido, la elección del V y VI Pleno Supremo Jurisdiccional en Materia Laboral y Previsional plantea dudas. Sin embargo, como se señala en este libro, la clasificación de los daños impuestos como *punitive damages* por su pequeño tamaño no parece ser cierta. Será necesaria la aplicación posterior por los tribunales para proporcionar elementos útiles.

Sin embargo, las posiciones de esa doctrina y jurisprudencia que los derivan del daño no patrimonial no pueden compartirse. Los dos daños son diferentes: mientras que los *punitive damages* surgen para sancionar una conducta grave, el daño no patrimonial tiende a compensar la violación de activos que no tienen un valor económico. En la práctica, la distinción ya no tiene parámetros de cuantificación claros y precisos. Por lo tanto, los *punitive damages* han servido sobre todo en el pasado para reparar las ofensas de bienes como la dignidad, el honor y los daños no pecuniarios que hoy tienen un matiz sancionador en aquellos sistemas que no conocen los reembolsos de compensación excesiva. Esta es la difícil distinción entre *punitive compensatory damages* y *compensatory punitive damages*. Sin embargo, la naturaleza diferente no puede ser ignorada y conforma la disciplina de la figura: el daño no patrimonial también puede ser punitivo, pero nunca puede convertirse en una sanción efectiva. La doctrina estadounidense más atenta ya había señalado cómo los *punitive damages* reflejan la complejidad de la responsabilidad civil y no tienen una sola función, sino múltiples. Cada uno de ellos presenta sus peculiaridades y reglas a menudo distantes entre sí. Esto surge claramente a través de un examen del sistema de los Estados Unidos de América y, sobre todo, de su circulación en las distintas jurisdicciones. Ya no es posible, si es que alguna vez lo fue, considerarlos como una categoría unitaria. Los *punitive damages* en China, casi exclusivamente simbólicos,

son estructuralmente diferentes de los de Argentina y ambos están alejados de la experiencia estadounidense.

A pesar de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, siempre se ha limitado a afirmar la naturaleza principalmente sancionadora y en la disuasión alternativa de los *punitive damages*, cuando en la práctica la sanción, la disuasión y la compensación están entrelazadas y la prevalencia de uno u otro depende de la elección legislativa o jurisprudencial y de las características particulares del caso en concreto. Las opciones que se imponen en el sistema son, de hecho, principalmente cuatro y dependen de qué propósito queremos privilegiar:

a) La predicción de *punitive damages* como remedio general o para casos bien identificados (daños ambientales, daños a los consumidores);
b) Los estándares de conducta;
c) Establecer límites para su cuantificación;
d) El destino a los fondos estatales.

La función aflictiva es la tradicional que ha encontrado la afirmación más completa, especialmente antes de las reformas en los Estados Unidos de América y en la actualidad también en Canadá. Con Whiten se ha observado que "first, the attempt to limit punitive damages by "categories" does not work and was rightly rejected in Canada [...] The control mechanism lies not in restricting the category of case but in rationally determining circumstances that warrant the addition of punishment to compensation in a civil action. It is in the nature of the remedy that punitive damages will largely be restricted to intentional torts (and) [...] in the exceptional case in contract" .

Con claridad en este libro se enfatiza que no siempre el dolo es suficiente, sino que a menudo se necesita algo más: es necesario un comportamiento que sea escandaloso. Un ejemplo reciente es el caso de Monsanto, que recuerda las primeras aplicaciones de *punitive damages* por responsabilidad del producto. El incidente causó revuelo y despertó el interés de los medios de comunicación, no solo de los Estados Unidos

de América, quienes nuevamente cuestionaron el exceso de una compensación de $ 250 millones. Para la corte de California fue decisivo el descubrimiento de la conciencia de la sociedad sobre los prejuicios de salud relacionados con el uso del producto y los intentos de manipular los estudios científicos sobre el tema. Ante tal conducta oportunista que durante años ha expuesto a todos los consumidores a los riesgos del cáncer, solo los *punitive damages* parecen ser un remedio apropiado. La compensación excesiva puede también ser justificada por la naturaleza de la propiedad legal ofendida, por ejemplo, la violación de los derechos fundamentales.

Si esta dirección parece convincente, su carácter sancionador plantea el problema de verificar las garantías que deben acompañar la liquidación de los *punitive damages*. Se sabe que en el sistema de los Estados Unidos de América, a pesar de la afirmación de su naturaleza híbrida entre el derecho civil y el penal, la jurisprudencia se negó a aplicar las IV, V, VI y, sobre todo, la VIII Enmienda a este caso. Sin embargo, el fallo de las Sezioni Unite 16601/2017 parece adoptar el lenguaje del derecho penal que podría llevar a una solución diferente en el sistema legal italiano. La cuestión es fundamental, ya que los *punitive damages* se pueden rastrear hasta el concepto autónomo definido por el Tribunal de la "acusación penal" con todas las consecuencias que se derivan de él. Sin embargo, esta lectura nos deja perplejos: las diferencias estructurales que caracterizan al instituto son demasiado marcadas en comparación con el procedimiento penal para una aplicación aún más débil de estas garantías. Sobre todo, entonces, es difícil determinar los límites de la sanción en la responsabilidad civil. El sistema de los Estados Unidos de América ha demostrado la dificultad de esta evaluación y cómo el equilibrio es difícil: el castigo correcto de la conducta seria debe ser equilibrado por la necesidad de cálculo. La función de sanción se aborda a menudo en la misma jurisprudencia que la disuasiva, pero se siente que divergen profundamente cuando es necesario determinar el quantum. De hecho, si la medida debe ser alta para lograr un propósito aflictivo, la disuasión requiere la búsqueda de una medida correcta en este caso. En

este sentido, los estudios de análisis económico del derecho son útiles, e ilustran cómo no solo la falta de disuasión (*underdeterrence*), sino también la sobre detención (*overdeterrence*) es negativa. Los diferentes modelos propuestos (el multiplicador de Polisky y Shavell, la teoría de eliminación de ganancias de Hylton y el modelo de propiedad de Haddock), aunque pueden ser indicativos para el legislador al tratar de delinear un caso específico, tienen poca relevancia práctica porque requerirían conocimientos técnicos matemáticos que el decisor no posee.

Sin embargo, la función de disuasión asume una importancia considerable al haber influido en algunas disposiciones legislativas sobre *punitive damages*. La referencia es a las hipótesis en las que se limitan a los llamados daños sociales, como los consumidores y el medio ambiente. Esta opción generalmente se privilegia en los sistemas de derecho civil que prefieren una aplicación limitada del instituto y no adoptar repentinamente un remedio que parezca extraño a su cultura legal y porque en estos casos debido a las posibles consecuencias en la comunidad parecen merecer un daño excesivo. Observamos que también muestran cómo se entrelazan la sanción, la disuasión y la compensación: los *punitive damages* tienden a disuadir y, mediante el castigo, compensan un daño social que sería difícil de reparar a través de las reglas tradicionales. A menudo, entonces este tipo de ilícito es tan ventajoso que solo la privación de ganancias es efectiva. Se puede extraer otra hipótesis de una historia que ocurrió este verano en Italia sobre la caída de un puente que causó la muerte de 40 personas, numerosas personas heridas y desplazadas. La carretera estaba en concesión a una empresa privada que obtenía los beneficios de la obligación de mantenimiento. Si se determina que la responsabilidad es probable, es necesario preguntar qué daño ocurrió realmente y si el daño compensatorio es suficiente. Está claro que la lesión es colectiva y debe tener en cuenta las ganancias no invertidas y los riesgos a los que ha estado expuesta toda una comunidad, de lo contrario no sería posible hablar de compensación salvo formalmente.

Esto llevó a la doctrina a asimilar los *punitive damages* y el *disgorgement*. La tesis es desconcertante: el primer objetivo es golpear una con-

ducta por su gravedad, independientemente de la ventaja que conlleva, el segundo, sin embargo, se mueve a partir de la ganancia obtenida ilícitamente. Por lo tanto, puede haber acciones serias que justificarían la aplicación de *punitive damages*, pero no del *disgorgement*. Sin embargo, es evidente que la ganancia obtenida puede constituir una medida de los *punitive damages* en algunos casos, resolviendo así el problema de su previsibilidad y efectividad. Sin embargo, no debemos incurrir en excesos de acentos moralistas o paternalistas en temas como bancos, compañías de seguros o grandes compañías que tienen una imagen negativa en la opinión pública: la naturaleza del autor del daño no siempre es un factor agravante. Este hallazgo limita la efectividad de los activos del demandado para cuantificar los *punitive damages*.

Si la reparación "social" parece ser la más examinada, debe notarse que la sobrecompensación con frecuencia sirve para cerrar la brecha entre la lesión realmente causada y la que puede compensarse de acuerdo con las reglas tradicionales. Esto no solo en los Estados Unidos de América para las diferentes disciplinas sobre honorarios legales, sino en todos los sistemas legales. De hecho, la compensación es a menudo una ficción que ignora un examen cuidadoso del caso y sus efectos. También se debe tener en cuenta que en estos casos, incluso en el derecho civil, el juez aplica normas de compensación menos estrictas, como las de la prueba, o utiliza los otros elementos del daño, manipulándolos para tratar de llegar a una reparación. Son los *punitive damages* enmascarados que ahora están surgiendo cada vez más a menudo en experiencias legales. Por otro lado, es innegable que la liquidación del daño depende, en primer lugar, de la percepción del juez, de su visión no solo jurídica que lo lleva a conformar la reparación de la manera que se considere más apropiada.

En Perú, como en Italia, los *punitive damages* son un problema actual y decisivo para el futuro de la responsabilidad civil y su eficacia. Su adopción depende de una elección de política sobre la necesidad real de la función de sanción y de qué tipo de *punitive damages* se quiere introducir. Si se consideró apropiado, una oportunidad podría haber sido la reforma. Este libro permite una mejor comprensión de la figura por la

riqueza de información, la modernidad del método utilizado, atento a los recientes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, el uso correcto de la comparación. Es un libro inteligente y curioso, que describe el presente y nos permite construir un futuro consciente.

Francesca Benatti
Profesora de Derecho Privado Comparado
Universidad de Padua

INTRODUCCIÓN

"Ojo por ojo, diente por diente" en el siglo XXI

I

Se considera que la existencia del Derecho ha puesto fin a la Ley del Talión ("ojo por ojo, diente por diente"). Desde una perspectiva estrictamente legal la venganza privada no debería existir. La función punitiva en el Derecho tomaría un carácter público al estar reservada en favor del Estado y a ser ejercida por el derecho sancionador, destacando en ella el derecho penal[1]. La venganza privada, en todo caso, habría sido sustituida por la responsabilidad extracontractual como una alternativa civilizada a la venganza[2].

Esto parece cierto si recordamos los inicios de la Ley del Talión. Si alguien me golpeaba un brazo, yo tenía *derecho* a golpear el brazo de mi ofensor. Si alguien me daba una patada, yo podía regresar otra patada[3]. La regla era la venganza en forma específica y como tal era estrictamente privada, pues solo involucraba a las partes intervinientes, el ofensor y el vengador. Con el paso de los años la venganza privada en forma específica fue sustituida por el pago de una suma dineraria por concepto de castigo[4]. La Ley de las XII Tablas señalaba en el art. 2 de la

1 Oppenheimer, Heinrich, *The Rationale of Punishment*, London: University of London Press, 1913, p. 7.

2 Demogue, René, "Validity of the Theory of Compensatory Damages", en *Yale Law Journal*, n.° 5, vol. 27, 1918; Goldberg, John y Benjamin Zipursky, "Seeing Tort Law from the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties", en *Fordham Law Review*, n.° 3, vol. 75, 2006, p. 1581.

3 Waldron, Jeremy, "Lex Talionis", en *Arizona Law Review*, n.° 1, vol. 34, 1992, pp. 26 y 27.

4 Magnus, Ulrich, "Punitive Damages and German Law", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia, 2012, p. 243.

tabla VIII que "si alguien le rompe a una persona un miembro y no llega a un arreglo con él, que sufra la ley del talión (*talio esto*)". Así es como poco a poco la venganza en forma específica fue siendo reemplazada por las penas privadas.

Años más tarde esta pena privada fue perdiendo su carácter punitivo para ser compensatoria: si alguien me golpea un brazo, necesito que me compense por el daño sufrido. La venganza en forma específica no solo fue reemplazada por una pena privada, sino que dicha pena dejó de ser pena para convertirse en compensación. Esta compensación fue institucionalizada por el Derecho en lo que ahora conocemos como responsabilidad extracontractual, responsabilidad aquiliana o incluso responsabilidad delictual (*délictuelle*).

Uno podría pensar, en efecto, que la venganza privada en forma específica ya no existe en el derecho moderno porque era mala. Esto es parcialmente cierto. Nadie puede vengarse con sus propias manos, salvo en circunstancias excepcionales como en la legítima defensa —en donde incluso se puede habilitar a alguien a matar a su ofensor si ello fue necesario). Pero lo que sí ha sobrevivido a lo largo de los años son los fundamentos que justificaron en su momento a la Ley del Talión o, visto de otra manera, la Ley del Talión ha sobrevivido pero modificada. Y lo que es más interesante es que la pena privada aún existe en el derecho, pero no con un rol punitivo secundario sino con uno protagónico.

La idea de que la compensación es la regla en el derecho privado y la punición la excepción no es una verdad absoluta en la actualidad. El desarrollo de los *punitive damages* en Inglaterra y Estados Unidos de América durante los siglos XVIII, XIX y XX, y la bienvenida que le ha dado Europa en el siglo XXI, demuestran que la regla de la reparación integral (*réparation intégrale*) cada vez va retrocediendo en favor de las necesidades prácticas y emocionales de las personas. Si en algún momento la punición fue perdiendo batalla en favor de la compensación, ahora la historia parece ir en el rumbo contrario. Si bien parece difícil regresar al "ojo por ojo, diente por diente", lo cierto es que cada vez se siente más la necesidad de castigar los malos comportamientos, sobre

todo en el ámbito del derecho privado. Esta necesidad termina por borrar la estricta distinción entre derecho privado y derecho público, pues ahora la punición deja de ser exclusiva del derecho penal. De allí que los *punitive damages* sean considerados como cuasicriminales al proteger intereses privados, pero también, y sobre todo, intereses públicos en una controversia privada.

¿Por qué se necesita de la punición? Si el derecho está destinado a regular el comportamiento de las personas y si las personas que son de carne y hueso sienten la necesidad de vengarse, ¿podría ser que el derecho realmente nunca limitó la venganza privada, sino que simplemente la institucionalizó? ¿podría ser que la necesidad humana de venganza fue más fuerte que el propio derecho? CALABRESI explica que cuando alguien es lastimado de una manera particularmente grave e injusta, esta particularidad da lugar a la necesidad de demandar más que compensación. Se exige (*cries out*) el castigo del ofensor en orden de lograr el cierre del deseo de venganza (*bring closure*)[5].

La insolencia al momento de la comisión del daño es lo que lastima el espíritu humano, y esto justifica la necesidad de castigar[6]. Si esto es así, parece que el derecho no podría ignorar cómo se sienten las personas y por qué ellas sienten la necesidad de vengarse de aquel que los ha lastimado. Por ejemplo y respecto al daño moral punitivo, explica de DE TRAZEGNIES lo siguiente:

> Aun cuando se trate de una reminiscencia de sentimientos primitivos de venganza, un país tiene que darse un Código a su medida, y si en el Perú la víctima de un "daño moral" espera que se imponga una indemnización al culpable, es necesario que el Derecho atienda de alguna manera esta necesidad psicológica[7].

5 CALABRESI, Guido, "The Complexity of Torts-The Case of Punitive Damages", en MADDEN, M. Stuart (ed.), *Exploring Tort Law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2005, p. 345.

6 KELLY, J. M., "The Inner Nature of the Tort Action", en *Irish Jurist*, n.° 2, vol. 2, 1967, pp. 282 y 283.

7 DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, vol. IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 107.

En el derecho privado existen diversas instituciones de carácter punitivo que tienen como objetivo sancionar una conducta reprensible. A pesar de estar frente a una sanción, podría considerarse exagerado decir que en tales instituciones se encuentra la venganza privada que por tantos años el derecho ha combatido. Tal vez esto haya sido verdad hace muchos años, pero ahora las cosas han cambiado. Los altos montos "estratosféricos" que se impusieron por concepto de *punitive damages* demuestran que la venganza privada no es algo extraño en el derecho moderno, solo que ha sido disfrazada para que no parezca ilegítima, o en todo caso, se ha transformado. La pena privada que antes era pena y dejó de serlo para ser compensación, ahora va recuperando su función inicial como venganza privada.

II

No queremos decir que hemos retrocedido al origen de la Ley del Talión, pero sí es importante precisar que dicha ley ha sido malinterpretada por el conocimiento popular. Comúnmente se suele pensar que la Ley del Talión era incivilizada, barbárica y cruel, que quitarle el ojo al ofensor porque el ofensor le quitó el ojo a la víctima, no es una correcta manera de hacer justicia. En realidad, si uno presta atención a los historiadores y teólogos se daría cuenta que la Ley del Talión tiene una lógica que aún sirve en la actualidad y que es tan inherente a la justicia que pertenece al derecho natural. La Ley del Talión, antes de significar la libertad de cometer venganza sin límites, consistió en realidad en la imposición de un límite a la extensión de la sanción[8].

Si alguien me saca un diente, no puedo sacarle dos o tres dientes a mi ofensor, sino solo uno. Para evitar la venganza arbitraria y desproporcional, se impone la Ley del Talión para reconocer que la víctima solo puede ejercer sobre su ofensor un castigo de la misma naturaleza y gravedad que la ofensa inicial. De allí que se señale que la Ley del Talión representa el

8 VanDrunen, David, "Natural Law, the Lex Talionis, and the Power of the Sword", en *Liberty University Law Review*, n.° 3, vol. 2, 2008, p. 949; Duus-Otterström, Göran, *Punishment and Penal Responsibility*, Gotemburgo: Göteborg University, 2007, pp. 88 y 89; Waldron, Jeremy, "Lex Talionis", art. cit., p. 32.

principio moral de proporcionalidad que caracteriza a cualquier tipo de sanción[9]. La regla también es vista de la siguiente manera: quien quita un ojo, quita su propio ojo; quien quita un diente, quita su propio diente. Así es como se pretende que el castigo sea equivalente a la ofensa inicial[10].

La regla del *talio* sirve como un criterio de cuantificación de la sanción pensada en forma específica. Como el dinero no puede monetizar cuánto vale un ojo o un diente, se consideraba arbitrario otorgar un monto dinerario por castigo. Sería más equitativo, justo y exacto que si alguien me golpeaba un brazo, el castigo sea golpear el brazo del ofensor, lo cual implica no golpearle ambos brazos sino solo uno.

Como explicaba Dieter Betz:

> Ancient sources testify that the talio principle replaced a primitive system of indiscriminate cycles of blood revenge [...] The original purpose of the talio principle was to limit, or even to eliminate, revenge by revising the underlying concept of justice. Justice was no longer obtained by revenge but by proportionate punishment of the offender or by substitutional compensation[11].

Incluso se ha sugerido que en las comunidades en donde se aplicaba la ley del *talio* se presentaban menos situaciones de venganza, pues, en una sociedad en donde el ojo y el diente tienen un alto valor, las personas tienden a cometer menos ofensas[12].

Además, la aplicación de la ley del *talio* no significaba el uso de la venganza privada de manera desarticulada y desorganizada[13]. Los casos de homicidio se castigaban con muerte (sangre por sangre, vida por vida).

9 Fish, Morris, "An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 1, vol. 28, 2008, p. 57.

10 Duus-Otterström, *Punishment and Penal Responsibility*, ob. cit., p. 90.

11 Betz, Hans Dieter, "The Sermon of the Mount: A Commentary on the Sermon on the Mount, including the Sermon on the Plain", en VanDrunen, David, "Natural Law, the Lex Talionis, and the Power of the Sword", art. cit., p. 950.

12 Miller, Ian William, *Eye for an Eye*, New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 54 y 55.

13 Oppenheimer, *The Rationale of Punishment*, ob. cit., pp. 23 y 24.

Los descendientes cercanos del asesinado tenían el derecho, no el deber, de iniciar procedimientos legales para obtener un pronunciamiento favorable que les permita ejercer la venganza. De obtener dicha sentencia, era derecho, y no deber, de los descendientes ejecutar al asesino por sus propias manos o contratando a un especialista. Como en esa época se trataba de un daño privado, las autoridades solo se limitan a reconocer el derecho de los descendientes de ejercer la venganza, pero las autoridades no ejecutaban ni otorgaban perdón. Habiéndose reconocido el derecho de venganza, los descendientes eran los ejecutores y, de darse el caso, podían perdonar al asesino y reclamar compensación. Esto demuestra que la ley del *talio* estaba regulada y no era igual a la ley de la selva.

Dentro de las teorías que explican la razón de la sanción está la retribucionista de Immanuel Kant. Esta forma de ver a la sanción es retrospectiva, esto es, una vez que ya ocurrió la agresión. El objetivo de la pena es, precisamente, castigar los malos comportamientos. Interesantemente, para definir la extensión de la sanción, KANT se basó en la Ley del Talión, que según él era la regla más justa y segura, para determinar qué sanción se debe imponer a aquel que cometió una agresión:

> This is the Right of Retaliation (jus talionis); and properly understood, it is the only Principle which in regulating a Public Court, as distinguished from mere private judgment, can definitely assign both the quality and the quantity of a just penalty. All other standards are wavering and uncertain; and on account of other considerations involved in them, they contain no principle conformable to the sentence of pure and strict Justice[14].

Frente a la teoría retribucionista de Kant se enfrenta la utilitarista de Jeremy Bentham que se enfoca en la prevención al ser prospectiva. Así, es más importante enfocarse en las consecuencias de la sanción. BENTHAM no piensa en la necesidad de sancionar, sino en las consecuencias de hacerlo. Para él es más importante la prevención particular y la prevención general, la posibilidad de rehabilitar al ofensor y compensar a

14 KANT, Immanuel, *The Philosophy of Law. An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, Edinburgh: T&T Clark, 1887, pp. 196 y 197.

la víctima[15]. La teoría de Bentham es la que ha influenciado fuertemente al derecho penal y, sobre todo, al análisis económico del derecho.

Si bien siempre han existido debates entre retribucionistas e utilitaristas, H.L.A. HART explicaba que ambas teorías se complementan[16]. El derecho mira a la sanción prospectivamente como prevención para evitar que se comentan las ofensas, pero al mismo tiempo y una vez cometida la ofensa, es necesario imponer la pena a la persona específica que cometió la ofensa con el fin de castigarla. Y la extensión de dicha ofensa debe ser, como es la regla en todo sistema jurídico, proporcional y dicha proporcionalidad debe ajustarse a la Ley del Talión. Entonces, si uno comprende realmente el "ojo por ojo, diente por diente", puede concluir que el mismo realmente no es algo extraño a nuestro derecho actual. Simplemente tiene un disfraz distinto.

Las personas siempre han sentido la necesidad de castigar a quien hace un mal y por muchos años la Ley del Talión ha sido la regla. La misma se encuentra reconocida tres veces en el Antiguo Testamento (Éxodo 21:23-25[17], Levíticos 24:18-21[18] y Deuteronomio 19:21[19]), en la Ley de las XXII Tablas (art. 2 de la Tabla VIII[20]) y en el Código de Hammurabi (art. 196[21]). Entonces la Ley del Talión representa el verdadero sentido de justicia. Y ese origen no se ha desvanecido por el paso del tiempo, solo se ha camuflado, pues nos hemos olvidado del verdadero rostro histórico de la Ley del Talión.

15 BENTHAM, Jeremy, *The Rationale of Punishment*, London: Robert Heward, 1830, pp. 19 y 21.

16 WALDRON, Jeremy, "Lex Talionis", art. cit., p. 27.

17 "Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe".

18 "Y el que quite la vida a un animal lo restituirá, vida por vida. Si un hombre hiere a su prójimo, según hizo, así se le hará: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; según la lesión que haya hecho a otro, así se le hará. El que mate un animal, lo restituirá, pero el que mate a un hombre, ha de morir".

19 "Y no tendrás piedad: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie".

20 "If a person has maimed another's limb, let there be retaliation in kind, unless he agrees to make compensation with him".

21 "If a man put out the eye of another man, his eye shall be put out. [An eye for an eye]".

III

Habiendo explicado esto, parece que la Ley del Talión no es ajena al derecho moderno, y su máxima expresión actual se encuentra en los *punitive damages*. No es accidental que a los *punitive damages* también se los conozca como *vindictive damages*[22]. *Vindictive* se traduce al castellano como "vengativo". De una traducción literal, los *punitive damages* podrían denominarse también como "daños vengativos". Ya decían unos comentaristas americanos que "it has been argued that the law has recognized man's vengeful propensities, and allows punitive damages to prevent self-help".[23]

Se exige la sanción porque la compensación no es suficiente. Si la compensación consiste en restituir a la víctima en la posición que se encontraría de no haber ocurrido un daño, entonces deberíamos admitir que la víctima se sentiría indiferente entre no sufrir un daño o sufrir un daño y recibir compensación como una especie de precio por el privilegio de causarle el daño[24]. Alguien que tiene dinero puede darse el gusto que cometer una ofensa y luego voluntariamente pagar la compensación. Y esto ocurre incluso si estamos ante sanciones pecuniarias[25]. La única diferencia entre un monto compensatorio y un monto punitivo es que el segundo es más caro, y ello solo disuade a los no tan millonarios. Pero frente a aquellos con dinero, incluso la sanción pecuniaria puede ser insuficiente. Precisamente, por tal motivo tiene

22 Sedgwick, Theodore, *A Treatise on the Measure of Damages*, vol. I, 9.ª ed., Washington: Beard Books, 2000, p. 468; Harder, Sirko, *Measuring Damages in the Law of Obligations*, Reino Unido: Hart Publishing, 2010, p. 247: "Various names have been used to reflect this purpose, including exemplary, penal, punitive, retributory or vindictive damages"; Englard, Izhak, "Punitive Damages-A Modern Conundrum of Ancient Origin", en *Journal of European Tort Law*, n.° 1, vol. 3, 2012, p. 1; García Matamoros, Laura Victoria y María Carolina Herrera Lozano, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages", en *Estudios Socio-Jurídicos*, n.° 1, vol. 5, 2003, p. 213.

23 Walther, David L. y Thomas A. Plein, "Punitive Damages-A Critical Analysis: Kink v. Combs", en *Marquette Law Review*, n.° 2, vol. 49, 1965, p. 382.

24 Ripstein, Arthur, *Private Wrongs*, Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 236.

25 Kant, *The Philosophy of Law. An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, ob. cit., p. 197.

sentido económico tomar en consideración el patrimonio del dañador al momento de cuantificar el castigo.

Ante tales situaciones, si queremos sancionar realmente al ofensor desde el derecho privado, la solución se encuentra en aumentar el monto de la pena pecuniaria hasta que se logre la verdadera disuasión. Así se logra evitar realmente la comisión de la ofensa al no permitir la comisión de la misma de manera voluntaria como si se tratase de la compra de algo a cambio de un precio. Solo recordemos la visión transaccional de Calabresi[26]. Si un derecho es protegido con una regla de propiedad (*property rule*), el titular puede excluir a cualquier tercero de su derecho, y solo un tercero podrá afectar tal derecho si ofrece un precio lo suficientemente atractivo para hacer que el titular se deshaga de su derecho. Por el contrario, si un derecho es protegido con una regla de responsabilidad (*liability rule*), cualquier tercero tendría la libertad a afectar el derecho, pero deberá pagar un precio determinado de manera colectiva (por ejemplo, una corte).

Desde esta perspectiva la regla de responsabilidad significa que la víctima es indiferente entre no sufrir un daño o sufrirlo y recibir compensación. En ciertas ocasiones esto puede ser eficiente. Si alguien daña un activo mío que no uso, seré indiferente entre que el tercero no lo dañe o lo dañe y lo repare. Desde que se trata de un bien inactivo, puedo realmente ser indiferente. Esta indiferencia no libera al ofensor de su deber de reparar, simplemente demuestra el tipo de casos en donde la opción entre no dañar o dañar y pagar un precio no es problemático.

Diferente es la situación en donde existen ofensas que se quieren realmente evitar debido a su particular gravedad. La idea es que algo se evite, no que se realice y luego se pague una suma dineraria, sea solo compensatoria o sea una sanción pecuniaria. Y para ello es necesario generar un verdadero efecto disuasorio. Parte de ello se consigue incrementando la sanción pecuniaria. Si no se eleva la pena no se logrará

26 Calabresi, Guido y A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", en *Harvard Law Review*, n.° 6, vol. 85, 1972, p. 1089 y ss.

eliminar la opción disyuntiva (no dañar o dañar y pagar). El objetivo es hacer valer el imperativo "'si haces A, debes hacer C' *porque* 'no debes hacer A'" para no pasar a un condicional "Si haces A, entonces debes hacer C" que finalmente llegue al disyuntivo "No A o C"[27].

La idea es convertir la regla de responsabilidad en una regla de inalienabilidad, esto es, algo que no se puede afectar. La regla de inalienabilidad consiste en una prohibición. Pero cuando se usa la regla de responsabilidad para imitar la inalienabilidad, en realidad no se prohíbe algo, sino que se generan incentivos lo suficientemente fuertes para lograr la prohibición de manera indirecta. Y esto se logra con la imposición de *punitive damages*[28]. Si quiero incentivar algún tipo de actividad que es beneficiosa para la sociedad pero que inevitablemente generará daños, entonces la regla de responsabilidad incentiva la actividad al imponer una compensación menor a la real. A la inversa, si quiero desincentivar alguna actividad reprensible sin prohibirla —tal vez porque no puede ser prohibida o porque cuesta mucho prohibirla—, entonces es más fácil aumentar el monto dinerario que deba pagarse y así se logra la prohibición de manera indirecta pero eficaz. Dado que la función compensatoria está limitada a los daños reales y efectivos, la solución se encuentra en los *punitive damages*, cuya cuantía será la necesaria para lograr un efecto similar a la prohibición.

Si uno ve a los *punitive damages* de esta manera, podrá apreciar que funciona como la Ley del Talión. Claramente un fin importante en el *talio* era castigar al ofensor, siempre de manera proporcional, y disuadir con carácter general a cualquier potencial ofensor. Pero, sobre todo, al ser la venganza en forma específica una costosa, se genera la inalienabilidad de los derechos. Nadie quiere quitarle el ojo a su prójimo, pues ello implica sacar su propio ojo. Entonces los ojos se mantienen inalienables. La existencia de *punitive damages* permite, precisamente, que

27 Ripstein, *Private Wrongs*, ob. cit., p. 238.

28 Calabresi, Guido, "A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension", en *Law and Contemporary Problems*, n.° 2, vol. 77, 2014, pp. 7 y 8; Salvador Coderch, Pablo, "Punitive Damages", en *InDret*, n.° 1, 2000, p. 12.

los derechos se mantengan inalienables, pues nadie querrá ocasionar un daño cuando el costo del mismo es muy caro.

Y tal vez lo más interesante es advertir que los fundamentos psicológicos que explica la necesidad de las personas de ejercer la venganza también calzan en perfecta armonía con los argumentos que justifican la existencia de los *punitive damages*. Preguntarnos por qué las personas sienten que la necesidad de vengarse es importante demuestra que el derecho no puede ser ajeno a las pasiones de las personas. Si las personas necesitan ese *closure* para vivir tranquilos después de haber sufrido una ofensa, el derecho realmente no estaría garantizando la convivencia pacífica si no logra eliminar el deseo de venganza. Al final, la venganza deviene en necesaria y para que no se salga de control es necesario institucionalizarla. Pero dicha institucionalización, antes que eliminarla, implica un reconocimiento de la venganza privada y de su existencia en el derecho moderno.

IV

¿Por qué las personas sienten la necesidad o el impulso de vengarse? Siempre se dice que la venganza es dulce. A unos sujetos se les otorgó la posibilidad de castigar a sus contrapartes desleales en un experimento. Mientras los sujetos contemplaban la venganza, se escaneó sus cerebros para determinar la actividad neuronal. Las imágenes demostraron que una parte específica del cerebro se activó: el *dorsal striatum*, aquella encargada de procesar las recompensas. En otras palabras, la venganza sí era dulce[29].

En realidad, la venganza puede ser dulce, pero también puede no serlo. La venganza *per se* no generó satisfacción en los sujetos del experimento, sino la *anticipación* de sentir tal satisfacción[30]. Muchas veces

29 De Quervain, Dominique J.F.; Fischbacher, Urs; Treyer, Valerie; Schellhammer, Melanie; Schnyder, Ulrich; Buck, Alfred y Ernst Fehr, "The Neural Basis of Altruism Punishment", en *Science*, n.° 5688, vol. 305, 2004, p. 1254.

30 Knutson, Brian, "Sweet Revenge?", en *Science*, n.° 5688, vol. 305, 2004, p. 1246.

pensamos que la venganza nos producirá placer al ver cómo nuestro ofensor es castigado. Sin embargo, en algunas ocasiones no sentimos realmente el placer esperado, por el contrario, terminamos peor. Esto nos conduce a una paradoja: pensamos que tomar venganza por nuestras propias manos nos hará sentir mejor, pero en realidad se produce el efecto contrario. Tomar venganza no cierra las heridas. Las deja abiertas por mucho más tiempo.

Si alguien no tiene la posibilidad de tomar venganza tomará el hecho del agresor como uno de poca importancia y seguirá con su vida. Pero si toma venganza pensará que ha restaurado la injusticia cometida, cuando en realidad, el acto de venganza hace que la agresión perviva en nuestro recuerdo y no podamos superarla[31].

Al respecto, debemos entender el impacto de la ira en la memoria. Por un lado, las personas son malas al momento de predecir sus emociones y de cómo se verán en el futuro[32]. Por ejemplo, las personas pagan por quitarse tatuajes por los cuales antes pagaron por tenerlos, pagan por ir al gimnasio para quemar la comida chatarra que antes pagaron por comer, pagan por anticonceptivos a pesar de haber pagado antes por adquirir condones, entre otros[33].

El comportamiento de las personas no es coherente por la existencia de diversos sesgos, entre ellos, aquellos que hacen que las personas sobreestimen las consecuencias de algo. Uno de los más conocidos es el sesgo del impacto (*impact bias*). Una de las causas de tal sesgo es el *focalism*: la magnitud de un evento es sobreestimado por el hecho de pensar exclusivamente en ello. La ira concentra nuestra atención y hace complicado que pensemos en otra cosa[34]. Aquí es donde nace el deseo de venganza privada.

31 Carlsmith, Kevin M.; Timothy, D. Wilson y Daniel T. Gilbert, "The Paradoxical Consequences of Revenge", en *Journal of Personality and Social Psychology*, n.° 6, vol. 95, 2008, pp. 1317 y 1318.

32 Loewenstein, George; O'Donoghue, Ted y Matthew Rabin, "Projection bias in predicting future utility", en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, 2003, p. 1209; Wilson, Timothy D. y Daniel T. Gilbert, "Affective Forecasting. Knowing What to Want", en *American Psychology Society*, n.° 3, vol. 14, 2003, p. 131.

33 Quoidbach, Jordi; Gilbert, Daniel T. y Timothy D. Wilson, "The End of History Illusion", en *Science*, vol. 339, 2013, p. 96.

La psicología de la venganza privada es compleja y complicada, y para entenderla correctamente es necesario tener en cuenta diversas particularidades. El derecho impone un sistema de venganza institucionalizada por el cual las personas no pueden hacer justicia por sí mismas, sino que deben otorgar dicha labor al Estado y a los tribunales competentes. Recordemos que, si permitimos que las personas tomen venganza por sus propias manos, probablemente terminen peor. Pero si los ciudadanos no confían en las autoridades (por ser corruptas, por ejemplo) serán más propensos a tomar represalias[35].

Respecto a ello debemos tener en cuenta el entorno social del vengador. Los científicos sociales han demostrado que las personas pobres que han sido víctimas de violencia y delitos tienden a cometer más actos de venganza contra sus ofensores[36]. Los actos de venganza privada en el Perú ocurren principalmente en provincias donde la Fiscalía y el derecho penal no llegan a tiempo o nunca llegan en lo absoluto para proteger a las personas más pobres del país. Solo recodemos la campaña "chapa tu choro"[37].

Uno podría pensar que la venganza siempre es mala. Desde la perspectiva del vengador, aunque la venganza pueda parecer irracional e indeseable a primera vista, en realidad no es tan disfuncional como parece. La venganza es un medio para restaurar el sentimiento de in-

34 Fredrickson, Barbara L. y Christine Branigan, "Positive emotions broaden the scope of attention and thought-action repertoires", en *Cognition and Emotion*, vol. 19, 2005, pp. 313 y ss.

35 Murphy, Kate, "The Futility of Vengeance", en *The New York Times*, Nueva York: 7 de febrero del 2015.

36 McCullough, Michael E.; Pedersen, Eric J.; Schroder, Jaclyn M.; Tabak, Benjamin A. y Charles S. Carver, "Harsh Childhood Environmental Characteristics Predict Exploitations and Retaliation in Humans", en *Proceedings of the Royal Society Biological Sciences*, vol. 280, 2013, p. 2.

37 Pighi, Pierina, "'Chapa tu choro', la peligrosa campaña que busca combatir la delincuencia en el Perú", en *BBC Mundo*, 16 de setiembre de 2015.

justicia cometido y para corregir el comportamiento del ofensor. Y este sentimiento existe porque somos seres humanos y no robots.

En términos económicos diríamos que los beneficios sociales excederían a los costos privados (las lesiones e incluso la eventual muerte del ofensor), y, en consecuencia, la venganza sería eficiente. Sin embargo, más allá de la eficiencia de la venganza, lo importante es comprender por qué las personas se sienten bien ejerciendo venganza[38].

Un psicólogo social se preguntaría ¿cuándo es que la venganza restablece el sentimiento personal de justicia? ¿cuándo la venganza realmente genera beneficios sociales a nivel cognitivo?[39] El conocimiento popular nos haría pensar que el vengador se siente bien cuando ve a su ofensor sufrir. En psicología esto se conoce como *comparative suffering*[40]. Si el ofensor me golpeó, entonces el ofensor debe sufrir algo similar de mi parte. El "ojo por ojo, diente por diente" en su máxima expresión. Sin embargo, se ha demostrado que la venganza no es realmente dulce cuando el vengador ve sufrir al ofensor, sino cuando el ofensor entiende el mensaje de que el vengador no es del tipo de persona a quien se le puede cometer una ofensa. Esto es el *understanding hypothesis*[41]. Más que ver sufrir al ofensor, la idea es que él entienda que la conducta reprensible no puede volver a ocurrir. Acá es donde empieza a resaltar la función disuasiva de la venganza y, sobre todo, el carácter general de la misma.

Comprender que más importante es transmitir un mensaje que ejecutar la venganza en forma específica tiene grandes implicancias cuando pensamos en la gran difusión que puede tener el mensaje de-

38 Tripp, Thomas M. y Robert J. Bies, "What's good about revenge? The avenger's perspective", en *Research on Negotiation in Organizations*, vol. 6, 1997, p. 147.

39 Gollwitzer, Mario, *Individual and social functions of revenge. A justice-based approach*, Alemania: Philipps-University Marburg, 2014, p. 1 y ss.

40 Gollwitzer, Mario y Markus Denzler, "What makes revenge sweet: Seeing the offender suffer or delivering a message", en *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 45, 2009, p. 840.

41 *Loc. cit.*

seado a través de los medios de comunicación. Lo importante es que el mensaje llegue al mayor número de personas.

Esta publicidad del mensaje es relevante cuando reflexionamos si la venganza es algo que solo se puede cometer frente al agresor mismo. En realidad, la venganza puede ser ejercida contra una persona totalmente diferente y desvinculada de la ofensa que genera el acto vengativo. Esto es el *displaced revenge* o *vicarious retribution*[42]. Esta "venganza en grupo" solo funciona cuando existe un grupo (*entitative group*) cuyos miembros se comportan de manera similar, interconectada y guiada por los mismos fines que dirigen al grupo. Es como si los miembros del grupo fueran fungibles, de manera que no interesa si la agresión la realizó el miembro A o el miembro B, pues cualquiera de ellas hubiera cometido la agresión[43].

Los ofensores podrían ser vistos por los vengadores como miembros de un grupo que se comportan de la misma manera y que persiguen los mismos fines indeseables. En este contexto, la venganza será dulce si el ofensor entiende por qué lo están castigando, pero será aún más dulce si dicho mensaje puede ser difundido a todo el grupo de ofensores. Así, si el mensaje puede llegar a más miembros de ese grupo se restaurará en mayor medida el sentido de justicia y se generará un efecto disuasivo más fuerte. Como explica Gollwitzer: "displaced revenge is expected to be the more satisfying the higher chances are that the word is spread"[44].

42 Lickel, Brian; Miller, Norman; Stenstrom, Douglas M.; Denson, Thomas F. y Toni Schmader, "Vicarious Retribution: The Role of Collective Blame in Intergroup Aggression", en *Personality and Social Psychology Review*, n.° 4, vol. 10, 2006, p. 372.

43 Esto es muy similar a la responsabilidad penal de quien domina una organización (*Organisationsherrschaft*) compuesta por miembros que se consideran como fungibles, por el hecho de que cada uno de ellos ejecutaría la orden delictiva, siendo indiferente quién termina ejecutando el delito. Véanse a Ambos, Kai, "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*: ways of attributing international crimes to the 'most responsible'", en Nollkaemper, André y Harmen van der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 142 y 143; Jain, Neha, "The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law", en *Chicago Journal of International Law*, n.° 1, vol. 12, 2011, pp. 174 y 175.

44 Gollwitzer, *Individual and social functions of revenge. A justice-based approach*, ob. cit., p. 5.

El problema con esta perspectiva de la venganza es que es fácil que se salga de control si simplemente se ataca a personas que se parecen al ofensor inicial. Este es el motivo por el cual inocentes de rasgos árabes tuvieron que soportar la venganza del 11 de setiembre. Como decía Tripp: "The problem with revenge in interpersonal situations is [that] the victim is the accuser, detective, judge, jury and executioner, which inevitably leads to miscarriages of justice"[45]. Al final la venganza puede tener un lado bueno por los beneficios que genera, pero, como decía Luther King, "the old law of an 'eye for an eye' leaves everybody blind".

La venganza en psicología es pensaba en tomar justicia por las propias manos. Y como vemos, en algunas ocasiones esta venganza puede ser problemática. ¿Cuál sería la solución? Reemplazar la venganza en forma específica por la venganza dineraria. Pero tengamos en cuenta que lo que se hace es reemplazar el tipo de venganza, no eliminar la necesidad de imponer venganza. En otras palabras, la venganza sigue siendo necesaria, pero se aplica a través de mecanismos distintos. Esto significa reconocer la necesidad de imponer montos dinerarios por concepto de castigo, y —entiéndase por ello— que sean montos dinerarios superiores a la compensación.

V

El derecho —se piensa— es antónimo de la venganza privada pues allí donde existe un sistema de venganza institucionalizada respaldada por el Derecho y el Estado, no existe lugar para venganza entre privados. Sin perjuicio del derecho público sancionador en general, por el cual la fuerza es reservada en favor del Estado, resulta interesante pensar en la necesidad de venganza entre los privados al momento de solucionar sus controversias.

Inicialmente las instituciones privadas de carácter punitivo se limitaban a tener efectos entre las partes, pues se enmarcaban en un litigio

45 Murphy, Kate, "The Futility of Vengeance", en *The New York Times*, Nueva York: 7 de febrero del 2015.

privado. La ejecución de una cláusula penal (una institución punitiva del derecho privado) consiste en el pago de un monto dinerario por parte del deudor en favor del acreedor. Esta es una forma de venganza estrictamente privada, pues ante el incumplimiento del deudor, el acreedor no soporta el comportamiento ofensivo del deudor y solicita el pago de la pena privada estipulada en el contrato. Es común que el monto de la pena sea mayor a los daños compensatorios.

Lo mismo podemos decir del daño moral. Cuando el juez debe imponer un monto dinerario por concepto de daño moral, necesariamente toma en cuenta la gravedad de la conducta del ofensor para determinar la cuantía del monto dinerario. Muchos jueces aprovechan esta oportunidad para castigar al ofensor por su mala conducta. Mientras más grave sea la conducta dañina del ofensor, mayor será la venganza privada que el juez otorgará en favor del demandante. De Trazegnies explica la "verdadera naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral" al indicar que no se trata de "una reparación sino [de] una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo o que sufra cuando menos en su patrimonio"[46].

Hasta este momento podríamos decir que la venganza privada está controlada por el derecho, pero ello parece cambiar cuando pensamos en los *punitive damages*. Afirma Owen que "the legal revenge provided by punitive damages helps restore the plaintiff's emotional equilibrium and in this way compensates him for the psychological harm caused by the defendant's malicious act"[47]. Los *punitive damages* buscan remediar ese sentimiento de venganza natural de toda persona que ha sufrido un daño mediante una conducta maliciosa.

A diferencia de lo que ocurre con las instituciones punitivas estrictamente privadas como la cláusula penal o el daño moral, los *punitive damages* representan la materialización legal de la necesidad cognitiva

46 De Trazegnies, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 96.

47 Owen, David, "Punitive Damages in Products Liability Litigation", en *Michigan Law Review*, n.° 7, vol. 74, 1976, p. 1296.

que tienen las personas por la venganza. No solo importa ver sufrir al ofensor-demandado, sino mandar un mensaje a todo aquel que se atrevería a cometer una conducta similar. Los *punitive damages* tienen el objetivo de castigar al ofensor-demandado, pero a la misma vez, buscan transmitir el mensaje a la sociedad de que nadie puede volver a hacer lo mismo. Entonces, además de castigar, los *punitive damages* buscan disuadir con alcance general. Desde una perspectiva psicológica, los *punitive damages* cumplen con el *understanding hypothesis* o la venganza en grupo.

Percatarnos de esta característica de los *punitive damages* es importante, pues demuestra que sin perjuicio de tratarse de una institución jurídica punitiva y de carácter privado, al igual que la cláusula penal y el daño moral, también tiene un carácter público disuasorio. Uno podría pensar que la compensación también tiene un efecto disuasivo. Nadie quiere pagar el daño de otro, y, por ende, evitará cometer el daño en primer lugar. Sin embargo, si nos regimos solo por el dogma de la compensación, la disuasión es solo un efecto secundario. La verdadera disuasión y la consecuente reducción de los accidentes se logra reconociendo el rol público de los *punitive damages* en el derecho privado. Solo así podemos tener un verdadero efecto *deterrence*. Todo empieza por reconocer el rol de la venganza privada en la actualidad y el *closure* que pueden cumplir los *punitive damages*.

Parece que la Ley del Talión realmente nunca desapareció del derecho moderno. Solo se dejó de lado la venganza en forma específica, pero no la venganza dineraria.

VI

El presente libro tiene la intención de presentar a la gran institución punitiva del derecho moderno: los *punitive damages*. Pero para llegar a ello no podemos omitir algunas cosas importantes. La función punitiva en el derecho comparado tiene una historia particular, pues la punición no es la misma en el *civil law* que en el *common law*. Mientras que en

Europa se ejecutan las cláusulas penales, los *penalties* en Inglaterra y Estados Unidos de América son considerados nulos, pero a la misma vez en Estados Unidos de América las cortes tienen el poder de otorgar sumas millonarias por *punitive damages*. Por su parte, las cortes europeas no tienen el poder de otorgar *punitive damages* a pesar que en Europa existe el concepto de pena privada.

Estas particularidades exigen la necesidad de hacer un análisis comparado que tenga en cuenta a las dos instituciones punitivas más importantes: la cláusula penal por el *civil law* y los *punitive damages* por el *common law*. El estudio de la cláusula penal es importante, pues con ocasión de ella podemos entender el debate entre compensación y sanción en el *civil law* y el concepto de pena privada (*peine privée*). Esto nos permite estudiar comparadamente la distinción entre *liquidated damages* y *penalties*. La Parte I del presente libro está dedicada a la Cláusula Penal.

La Parte II entra al plato de fondo. El estudio de los *punitive damages* es tan complejo en el derecho comparado que analizarlo implica recorrer por otras instituciones punitivas existentes tanto en el *civil law* como el *common law*. De particular interés es percatarnos de cuáles son las anclas jurídicas que han utilizado los europeos para ser más receptivos con los *punitive damages*. Estas anclas han sido la cláusula penal y el daño moral cuando estamos ante lesiones extracontractuales que deben ser castigadas.

La intención de la Parte II, en general, es demostrar que la sanción siempre ha existido en el derecho privado comparado, solo que de manera encubierta. La falta de reconocimiento expreso se ha debido a la hipocresía legal del cual por mucho tiempo ha sufrido Europa, pero que viene siendo superada recientemente. La dirección apunta a que en los siguientes años Europa reconocerá legalmente a los *punitive damages* como se ha hecho en el sistema anglosajón, y con esto la historia demostrará que el derecho nunca pudo, y tal vez nunca podrá, liberarse totalmente de la necesidad de ejercer la venganza privada.

VII

Siempre me ha gustado decir que una investigación nunca se hace sola, sino con el apoyo de todos los amigos que están dispuestos a reservar un poco de tiempo para dedicarlo a las discusiones de curiosidades jurídicas, sobre todo cuando dichas curiosidades pueden cambiar el modo cómo se ejecuta el derecho en la práctica.

Entre estos amigos se encuentra el profesor Fernando de Trazegnies Granda, cuyos trabajos sobre responsabilidad civil siempre suelen constituir, entre los académicos peruanos, el primer peldaño por recorrer cuando uno se sumerge en el estudio de la asignación del costo económico del daño. Desde que era alumno siempre fue gratificante conversar con el profesor De Trazegnies, sea en las instalaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o en alguna reunión entre amigos. Toda oportunidad de escucharlo siempre fue y es una ocasión para seguir aprendiendo de él. Y en esta ocasión tuvo la gentileza de dedicar unas palabras para presentar mi libro. No solo sus palabras se encuentran a manera de presentación al inicio de este trabajo, sino también sus enseñanzas a lo largo de estas páginas.

Si bien profesionalmente mis intereses se enfocan en el derecho corporativo y financiero, siempre quise escribir algo sobre el derecho de daños y materializar todo lo que me transmitió el profesor Gastón Fernández Cruz, de quien aprendí lo que sé ahora de responsabilidad civil. Sin perjuicio que en este libro puedan presentarse discrepancias a los trabajos de mi maestro, que, incluso en algunos casos, pueden llegar a ser totalmente opuestas, ellas son posibles por lo aprendido de él. Así como Mattei decía que pudo ver más allá porque estuvo parado sobre hombros de gigantes (haciendo referencia a sus maestros Rodolfo Sacco y Rudolf Schlesinger), lo que propongo ahora sobre la función punitiva, la cláusula penal y los *punitive damages*, es posible por lo aprendido de mi maestro en derecho de daños.

Un agradecimiento especial al profesor Juan Espinoza, por sus ánimos para la publicación de este trabajo. Su gran amistad y disposición

para intercambiar ideas jurídicas que siempre nutren mis escritos en derecho civil. Su apoyo y afecto es invaluable.

Debo destacar también el tiempo expropiado al profesor Vladimir Contreras, cuya oficina en el Estudio (cuando trabajábamos juntos) siempre fue irrumpida sin previo aviso para discutir sobre mis curiosidades académicas, y, a pesar de ello, siempre mostró una gran disposición.

También agradezco profundamente a un grupo de amigos civilistas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quienes me han brindado la oportunidad de aprender de ellos. Los profesores Leysser León, Rómulo Morales, Renzo Saavedra, Héctor Campos, José Luis Gabriel, Gilberto Mendoza y Walter Vásquez son un ejemplo de seriedad académica.

La profesora Francesca Benatti, de la Università degli Studi di Padova, merece una mención especial por todo el material bibliográfico compartido sobre *punitive damages*. Si no hubiera sido por ella este libro no hubiera tenido la oportunidad de beneficiarse de tan importante bibliografía. Pero, sobre todo, el continuo diálogo que pudimos mantener fue un excelente guía para desarrollar las ideas que defiendo en este trabajo. Sus reflexiones sobre las razones que explican la urgencia de reconocer legislativamente a los *punitive damages* en el *civil law* se encuentran, gentilmente, a manera de prólogo en este trabajo.

De igual manera, agradezco al profesor Paolo Gallo, de la Università di Torino, por su entusiasmo en el estudio de la pena privada y por compartir sus ideas e interesante material bibliográfico.

Finalmente, y no por ello menos importante, es un privilegio poder rendir homenaje a mi querida Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú por sus 100 años. No existe mejor homenaje para una casa de estudios que el compromiso con la investigación. Un libro es una ofrenda que durará para toda la vida. Como decía Stefan Sweig, "los libros solo se escriben para, por encima del propio aliento,

unir a los seres humanos, y así defendernos frente al inexorable reverso de toda existencia: la fugacidad y el olvido".

Agradezco al decano de la Facultad de Derecho, el profesor Alfredo Villavicencio, por darme la invaluable oportunidad de ser parte de la Coleccción Centenario, y así, unirme a esta inolvidable celebración.

Cualquier error o imprecisión en este trabajo es exclusivamente imputable al autor.

Sergio García Long
Pontificia Universidad Católica del Perú

TABLA *de* CONTENIDO

Epígrafe 7
Presentación 13
Prólogo 17
Introducción 27

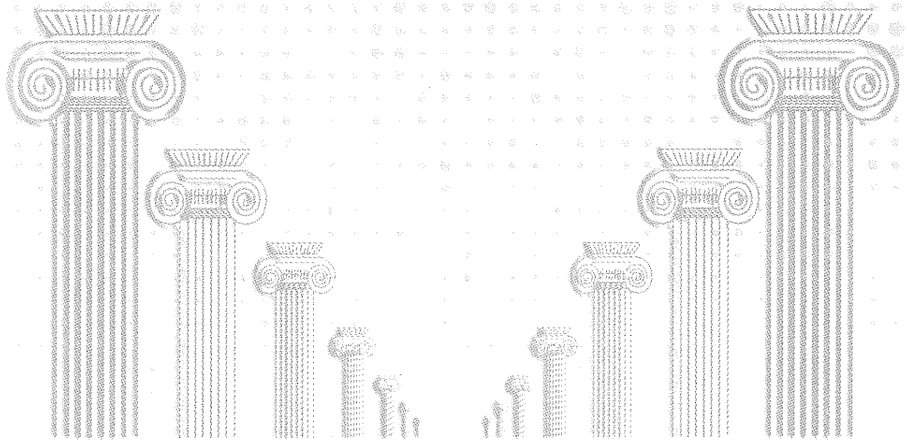
Parte I
CLÁUSULA PENAL
LAS FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL 53
I. Introducción 53
1.1. *Damages clauses y fees* 53
1.2. De la cláusula penal a los *punitive damages* 58
1.3. La relación compensación-punición en la cláusula penal 68
II. La cláusula penal 72
2.1. Remedios 72
2.2. Importancia práctica de las funciones de la cláusula penal 77
2.3. Economía de la cláusula penal y los *penalties* 88
2.3.1. La cláusula penal como un seguro 88
2.3.2. *Liquidated damages vs. penalties* 92
2.3.3. El nuevo derecho inglés de los *penalties* 97
2.3.4. La eficiencia de los *penalties* 101
2.4. Indemnización vs. resarcimiento 113
2.5. Las verdaderas funciones de la cláusula penal 115
2.5.1. Primer momento: cuando se estipula la cláusula penal 115
2.5.2. Segundo momento: cuando ocurre el incumplimiento 126
2.5.3. La no exclusividad de la función compensatoria 143
III. Tipos de pena privada en el derecho de contratos 148
3.1. La cláusula penal 148
3.2. La pena convencional 150
3.3. La cláusula de *punitive damages* en el convenio arbitral 152
IV. Conclusiones 155

157 **Parte II**
PUNITIVE DAMAGES

LA VERDAD SOBRE LOS PUNITIVE DAMAGES 159
I. Introducción 159
1.1. La incomprendida y sesgada posición en Europa 159
1.2. ¿Qué son realmente los *punitive damages*? 169
II. La función punitiva en el derecho comparado 187
2.1. La complicada interacción entre compensación y punición 187
2.2. Compensación versus punición en el derecho comparado 195
2.3. Los límites constitucionales a los *punitive damages* 203
2.4. *Punitive damages, exemplary damages, multiple damages, capped damages y aggravated damages* 218
III. La verdad sobre los *punitive damages* 232
3.1. Derecho internacional privado y *punitive damages* 238
3.1.1. Los *punitive damages* como contrarios al orden público 248
3.1.2. Suiza y el reconocimiento de los *punitive damages* contra las ganancias ilícitas 260
3.1.3. Grecia y la proporcionalidad de los *punitive damages* 263
3.1.4. España y el daño moral punitivo 265
3.1.5. Francia y los *punitive damages* contra la *faute lucrative*. 284
3.1.6. Italia y la esperada bienvenida a los *punitive damages*. 328
3.1.7. Alemania y el elemento compensatorio de los *punitive damages* 347
3.2. Perú 366
3.2.1. Derecho laboral punitivo 366
3.2.2. La función punitiva en el derecho peruano 371
3.2.3. Límites constitucionales a los "daños punitivos" peruanos 377
3.3. Argentina 382
3.4. Quebec 387
IV. *Private enforcement* y la unión europea 391
4.1. *Private* vs. *public enforcement* en el derecho comparado 391
4.2. *Punitive damages* en el derecho de la Unión Europea 395
V. La economía de los *punitive damages* 403
5.1. La función social de los *punitive damages* 403
5.2. La eficiencia e ineficiencia de los *punitive damages* 409
VI. Derecho civil del enemigo y el fundamento jurídico de los *punitive damages* 420
VII. ¿Cómo regular a los *punitive damages* en el *civil law*? 428
7.1. ¿Cuándo se imponen los *punitive damages*? 429
7.2. ¿Cómo se calculan los *punitive damages*? 432
7.3. ¿A quién se pagan los *punitive damages*? 437
7.4. ¿Para qué sirven los *punitive damages*? 439
7.5. ¿Cuándo se limitan los *punitive damages*? 442
Bibliografía 445

PARTE I

CLÁUSULA PENAL



LAS FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL

The area of penalty clauses in contract law
seems to be one in which all legal systems
converge towards inefficiency,
although the civil law countries may be considered,
from this perspective,
more efficient (or less efficient)
than their common law counterparts.

Ugo MATTEI

I. INTRODUCCIÓN

1.1. *Damages clauses* y *fees*

Antes de empezar con nuestro estudio es indispensable explicar el uso y significado de los términos *damages clauses* (a veces también como *agreed damages*) y *fees*, comúnmente extraños para el *civil law*. En el sistema anglosajón, *damage* no es lo mismo que *damages*. No se trata de un mismo término en singular y en plural. Si bien es cierto que en el lenguaje cotidiano *damages* es el plural de *damage* y significan lo mismo, en términos jurídicos son distintos.

El daño, pérdida, costo o perjuicio sufrido es el *damage*, mientras que el monto dinerario que se otorga, con ocasión de dicho perjuicio, se denomina *damages*. En simple, *damage* es algún tipo de perjuicio que ocurre en los hechos, mientras que *damages* es un remedio que consiste en el pago de un monto dinerario[1]. En los *damages*, destacan los *com-*

1 OLIPHANT, Ken y MORRIS, Annette, "England and Wales", en WINIGER, Benedict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard y Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Damages*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, p. 37: "In english law, 'damage' (which the English lawyer tends to treat as synonymous with 'actionable damage') denotes

pensatory damages (daños compensatorios). Este monto normalmente es liquidado por una corte o tribunal arbitral con posterioridad a la materialización del daño.

Por otro lado, *damages clauses* hace referencia a un pacto estipulado por las partes, destinado a fijar un monto dinerario que se pagará ante la ocurrencia de un eventual perjuicio. Téngase en cuenta que los *damages* se liquidan por un juez u árbitro con posterioridad a la ocurrencia de un *damage*, mientras que los *damages clauses* son liquidados por las partes con anterioridad a la ocurrencia de cualquier perjuicio. De allí que también sean llamadas como *agreed remedies*[2].

Esta es precisamente la terminología que se usa en los principales instrumentos internacionales de derecho privado europeo. Tanto el art. 9:509[3] de los Principles of European Contract Law como el art. 7.4.13[4] de

the injury that the claimant must prove in order to make out the cause of action, and 'damages' the compensation that must be paid in respect of that injury"; Hogg, M., "Scotland", en Winiger, Benedict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Damages*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, p. 38: "'Damage' is not the same thing as 'damages' (monetary compensation for loss suffered as a result of damage), though the two are evidently linked, as an injured party will often seek damages for the damage it has suffered". Similar distinción se encuentra en el *civil law* cuando se diferencia entre el "daño evento" y el "daño consecuencia". Véase Fernández Cruz, Gastón, "La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de daños", en Espinoza Espinoza, Juan (coord.), *Análisis sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 492 y 493.

2 Zamir, Eyal y Doron Teichman, *Behaviorral Law and Economics*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 273.

3 "Aggred Payment for Non-performance
(1) Where the contract provides that a party which fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss.
(2) However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances".

4 "Agreed Payment for Non-performance
(1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of actual harm.
(2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excesive in relation to the harm resulting from the non-performance and to other circumstances".

los Principles of Internacional Commercial Contracts hablan de *agreed payments*, mientras que el art. III.-3:712 del Draft Common Frame of Reference habla de *stipulated payments*[5].

El punto clave que queremos resaltar ahora es que mientras los *damages* giran en torno al daño real (ya ocurrido), los *damages clauses* o, mejor aún, *agreed payments* giran en torno al daño anticipado (que aún no ha ocurrido y que incluso podría no ocurrir, además, en caso de ocurrir, podría ser de una cuantía distinta —menor, igual o mayor— al monto pactado por las partes). Esta distinción es fundamental, pues no puede tratarse jurídicamente de igual manera a la liquidación del daño por un juez o árbitro (*damages*) que a un monto previamente liquidado por las partes (*damages clauses* o *agreed payments*).

Un ejemplo de *damages clauses* o *agreed payments* son los *liquidated damages* (daños liquidados). Pero entiéndase, sin perjuicio de la traducción literal, que la liquidación no se da respecto al daño cierto en los hechos, sino respecto a un daño que aún no ha ocurrido. Se trata de una liquidación preventiva sobre los daños que pueden anticiparse, no el daño real que aún no ha ocurrido.

Este es el mismo motivo por el cual es incorrecto traducir *punitive damages* como daños punitivos, pues no se trata de algún daño o perjuicio fáctico que sea punitivo en sí mismo, sino de un monto dinerario que se impone por castigo. Por ello, conceptualmente los *punitive damages* no se enfocan en el daño ocurrido (*damage*), sino en la conducta reprochable del agente que causa el daño. Explica Koziol que el término *punitive damages* es "a term obscuring the fact that in reality they are *not* directed at *compensating damage* but solely at imposing *monetary penalties*"[6].

5 "Stipulated payment for non-performance
(1) Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a speficied sum to the creditor for such non-performance, the creditor is entitled to that sum irrespective of the actual harm.
(2) However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and other circumstances".

6 Koziol, Helmut, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag, 2012, p. 50. Véase también Edelman, James, *Gain-Based Damages*, Oregon: Hart Pub-

De allí que una mejor traducción de *punitive damages* sea sanción civil, resarcimiento punitivo o multa civil. En el presente trabajo se usará la denominación original en inglés *punitive damages*.

Estas precisiones son importantes, pues no es lo mismo liquidar un monto dinerario antes de que ocurra el daño, que liquidarlo cuando el daño ya ocurrió en la realidad. Entender esta distinción es fundamental pues, como explicaremos, define la naturaleza de la institución privada en concreto, y, sobre todo, permite distinguirlas. No es lo mismo una institución privada que liquida un monto dinerario frente a un daño que aún no existe y que solo puede anticiparse, que una institución privada que liquida un monto dinerario frente a un daño que ya ocurrió. Esto, que parece tan sencillo, parece no tomarse en cuenta en ciertos debates doctrinarios sobre la naturaleza de los diversos remedios que buscan, en cierta medida, pagar un monto dinerario ante la ocurrencia de un daño.

El término anglosajón *damages clauses* puede encontrar su equivalente continental en la denominación "liquidaciones convencionales o contractuales", el cual permite agrupar a todo pacto privado por el cual las partes liquidan un monto dinerario que se pagará ante determinado supuesto: cláusulas penales, arras, derechos de salida, indemnidades, entre otros. Lo interesante de esta categoría es que cada manifestación en concreto cumple funciones distintas. Una cláusula penal liquida un monto que se pagará ante el incumplimiento contractual; un derecho de salida liquida un monto que deberá pagar aquel que quiere ejercer su derecho a terminar el contrato; las arras liquidan un monto que se aplicará contra el precio, ante un eventual resarcimiento o como pago para dejar sin efecto el contrato.

lishing, 2002, pp. 1 y 2: "[…] the only way to define 'damages' is as a money remedy for a wrong and that such money awards are not always concerned with compensation for loss. The false hegemony of compensation and the argument that it is co-terminous with 'damages' are rejected by showing the legitimacy of exemplary damages as a remedy for wrongs, an award that is avowedly not concerned with compensation"; Tilbury, Michael, "Restitutionary Damages", en Robyn Carroll (ed.), *Civil Remedies. Issues and Developments. Sydney*, The Federation Press, 1996, p. 7: "[…] the function of the law of damages would require revision, with 'damages' becoming a description of all monetary remedies, whether aimed at compensation, restitution or punishment".

Esta forma de organizar los distintos pactos que liquidan montos dinerarios (como *damages clauses* o liquidaciones contractuales) es muy útil para entender cada pacto en concreto, cómo funcionan los mismos y cuáles son las distintas funciones que cumplen en el derecho de contratos. Un aspecto en particular, que es de especial interés para nosotros, es la función punitiva que cumplen varios de estos pactos, tanto en el *civil law* como en el *common law*, lo cual sirve para definir la naturaleza jurídica del pacto en cuestión. Como explicaremos, definir si determinado pacto es punitivo o no, compensatorio o no, tiene un gran impacto práctico en el derecho comparado, tanto para definir la validez o invalidez de estos pactos como para determinar las reglas legales y contractuales aplicables al mismo. El estado actual del derecho comparado demuestra que aún no se ha superado totalmente la confusión en torno a la naturaleza de las liquidaciones contractuales.

Por otro lado, el término *fee* o *fees* es, en determinadas circunstancias, sinónimo de *damages clauses*. En la práctica corporativa y financiera, un *fee* es un monto dinerario fijado por las partes y que deberá pagar una en favor de la otra en cierto supuesto. Incluso el término es usado tan ampliamente que puede referirse a cualquier contraprestación que deba pagar una parte a la otra, como, por ejemplo, el *fee* en favor de un banco por sus servicios financieros.

A efectos del derecho de contratos, el término *fee* es utilizado para dar nombre a ciertos pactos o remedios como los *termination fees*, que son derechos de salida estandarizados en contratos de fusiones y adquisiciones de empresas. En virtud de un *termination fee*, hasta antes de la fecha de cierre, el vendedor de la empresa tiene el derecho a dejar sin efecto el contrato, en cualquier momento y sin mención de causa, con el simple requisito de pagar el *fee* pactado. Este *fee* es un monto dinerario liquidado en favor del comprador para compensar cualquier eventual pérdida, costo o daño que pueda sufrir con ocasión de la cancelación de la operación. A la inversa, el *reverse termination fee* es el derecho que tiene el comprador para dejar sin efecto la operación, en cualquier momento y sin mención de causa, con el único requisito de pagar el *fee* en favor del vendedor.

Entonces, mientras que las liquidaciones contractuales o *damages clauses* son la categoría general que engloba a cualquier monto dinerario fijado previamente por las partes, *fee* es el término usado para referirse a ciertas liquidaciones contractuales comúnmente pactadas en transacciones corporativas y financieras. Nuestro interés de explicar a las liquidaciones contractuales no se agota en los remedios estándares que se incorporan en los contratos civiles, ya que también queremos mencionar a aquellos *fees* que se pactan en contratos corporativos y financieros, y que a menudo son ignorados por los civilistas, a pesar de tratarse de remedios contractuales.

Tratándose de un estudio de derecho privado comparado debemos empezar por analizar a la liquidación contractual más usada en el derecho europeo: la cláusula penal. Primero explicaremos la naturaleza de la cláusula penal en el *civil law*, pues ello nos permitirá entender otros pactos similares, sobre todo aquellos con carácter punitivo. Este también será nuestro punto de partida para analizar liquidaciones contractuales y sanciones privadas típicas del *common law* (*liquidated damages*, *penalties*, *punitive damages*). Este análisis comparado permitirá poner en evidencia aspectos a veces omitidos por los civilistas, entre ellos la supuesta incompatibilidad de los *punitive damages* americanos con el *civil law*, lo cual será desarrollado a detalle en la parte II de este trabajo.

1.2. De la cláusula penal a los *punitive damages*

El *civil law* y el *common law* generan una batalla constante para determinar qué familia jurídica es mejor que la otra o, mejor aún, cuál es la más eficiente. Usualmente, el *common law* se autoproclama como ganador de esta contienda al criticar cómo los abogados civilistas se preocupan más en discutir teorías que en solucionar problemas prácticos. Esta supuesta falta de practicidad se traduciría en mayores costos de ejecución del derecho, lo cual, claro está, no termina siendo eficiente. Este análisis económico y comparado (*comparative law and economics*[7]) es

7 Mattei, Ugo, *Comparative Law and Economics*, Michigan: The University of Michigan Press, 1998, pp. 1 y 2: "In using the tools of law and economics together with those of comparative law, the notion of efficiency assumes itself a comparative meaning. An institution, rule, or state of the world is never efficient or inefficient in the abstract or absolute. It may only be so compared with concrete alternatives that may fit better or worse in a given context. Of course, the alternative rules, institutions, or states of the world may be provided by history, by comparative analysis, or by scholarly creativity. Consequently, the notion of efficiency, as used in comparative law and economics, maintains a clearly dynamic meaning, strictly linked with the notion of legal change"; Mattei, Ugo; Antoniolli, Luisa y Andrea Rossato, "Comparative Law and Economics", en Bouckaert, Boudewijn y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, pp. 505-507. Recientemente en Europa se ha publicado: Eisenberg, Theodore y Giovanni Ramello, *Comparative Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, 2016. Por otro lado, en el Perú se ha publicado la primera obra dedicada exclusivamente al *comparative law and economics*: Saavedra Velazco, Renzo, *Análisis económico y comparado del derecho privado*, Lima: Fogueras, 2016.

una de las tareas más interesantes que debe realizar todo abogado que ejerce profesionalmente en un área jurídica, en donde se practica un derecho diferente al derecho vigente (principalmente, el Código Civil).

En el derecho corporativo, es usual evidenciar que los contratos se redactan al estilo americano, usando instituciones contractuales del derecho americano, incluso aquellas que no se encuentran expresamente reguladas en el derecho aplicable (nuevamente, el Código Civil). Por ejemplo, en algún contrato sujeto a ley peruana se pactó la siguiente cláusula:

> Asimismo, las partes acuerdan que ninguna de ellas será responsable frente a la otra por la pérdida de reputación, reclamaciones de clientes, lucro cesante o cualesquiera daños especiales, indirectos, emergentes o incidentales. Asimismo, ninguna de las partes será responsable frente a la otra en ningún caso por daños punitivos, ejemplares o consecuenciales.

Llamará la atención, a cualquier civilista, la inclusión de categorías de daños ajenas al sistema del *civil law*, como son los daños punitivos (*punitive damages*), daños ejemplares (*exemplary damages*, nomenclatura inglesa usada para referirse a los *punitive damages* americanos) y daños consecuenciales (*consequential damages*). Los daños punitivos o ejemplares son aquellos montos dinerarios que se imponen por castigo, con

ocasión de la ocurrencia de un daño, y, como tales, no se enfocan en el daño ocurrido, sino en la conducta del agente.

Por ejemplo, en el caso *Texaco vs. Pennzoil* (1987), la Corte condenó a Texaco al pago de $7,53 mil millones por daños compensatorios (que representó el monto dinerario equivalente a los daños efectivamente sufridos por el demandante) y $3 mil millones por *punitive damages* (que representó el monto dinerario que el demandante solicitó por castigo contra el demandado)[8]. Este tipo de sanción privada no se encuentra reconocido de manera general en el Perú para el derecho de contratos[9] y, por ello, no necesita de un pacto expreso para excluir su procedencia. Tales daños no proceden simplemente porque el derecho privado peruano no los reconoce en alguna norma legal, de manera que un juez u árbitro no podría otorgarlos (tema distinto es el caso del *Execuátur*, como se explica en la parte II: *Punitive damages*).

Lo mismo ocurre con los daños consecuenciales (*consequential damages*) en el derecho contractual. En el sistema anglosajón, rige la regla de la previsibilidad, impuesta hace mucho tiempo en el conocido caso inglés *Hadley vs. Baxendale* (1854)[10], en donde la Exchequer Court señaló lo siguiente:

8 Cooter, Robert y Thomas Ulen, *Law & Economics*, 6.ª ed., Boston: Addison-Wesley, 2012, pp. 257 y 258.

9 Es importante mencionar, como se desarrollará en la parte II: *Punitive damages*, que recientemente se han publicado el V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, los cuales han reconocido la posibilidad de imponer *punitive damages* como remedio ante el despido fraudulento y el despido incausado, y ante accidentes de trabajo. Sin perjuicio de las críticas a tales plenos, no puede decirse ahora que el Perú rechaza totalmente la procedencia de *punitive damages* desde que los jueces laborales pueden imponerlos incluso de oficio. Si bien no existe algo similar en sede contractual (esto es, aplicable a todos los contratos), somos de la opinión que la experiencia laboral permitirá reconocer mayor protagonismo a los *punitive damages* en el derecho privado peruano, más aún si tenemos en cuenta el desarrollo jurisprudencial en el derecho internacional privado y el derecho arbitral internacional. Creemos que se debe admitir la procedencia general de los *punitive damages* en el derecho privado peruano, sobre todo en la responsabilidad extracontractual.

10 Bebchuk, Lucian y Steven Shavell, "Information and the Scope of Liability for Breach of Contract. The Rule of Hadley v. Baxendale", en *Journal of Law, Economics & Organization,* n.° 2, vol. 7, 1991, pp. 284 y 285; Swain, Warren, *The Law of Contracts 1670-1870,* Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 197 y 198.

> Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it[11].

En virtud de tal regla, los *consequential damages* no son resarcibles, a menos que hayan sido anticipados por el deudor[12].

La historia del derecho de contratos ha advertido que la regla expresada en Hadley tiene como antecedente los tratados de Pothier, el Code Civil de 1804 (arts.1149, 1150 y 1151) y el Louisiana Civil Code de 1825 (art. 1928)[13]. La regla anglosajona de la previsibilidad consiste, entonces, en un *legal borrowing* del *civil law*[14].

A pesar de tal coincidencia, la denominación *consequential damages* no existe como tal en el Perú y demás países del *civil law*, y, por ende, no tiene sentido pactar expresamente la exclusión de la misma. Eventualmente, y habría que analizarlo en el caso concreto, un pacto que excluye a los *consequential damages*, en el Perú, podría contravenir la prohibición del art. 1328 del Código Civil.

Este es solo un ejemplo de cómo en operaciones comerciales se suele incorporar en el contrato el derecho americano, a pesar de que la ley vigente sea la peruana. Este contraste requiere preguntarnos si una cláusula estándar en el derecho americano es necesaria en el sistema continental y, específicamente, en el Perú, y si puede ser pactada de modo válido. Este proceso de homologación al derecho peruano es solo

11 Adler, Barry, "The Questionable Ascent of Hadley v. Baxendale", en *Stanford Law Review*, n.° 6, vol. 51, 1999, p. 1549.

12 Eisenberg, Melvin, "The Principle of Hadley v. Baxendale", en *California Law Review*, n.° 3, vol. 80, 1992, pp. 565 y 566.

13 Swain, Warren, *The Law of Contracts 1670-1870,* ob. cit., p. 198.

14 Barnes, Wayne, "Hadley v. Baxendale and Other common law Borrowings from the civil law", en *Texas Wesleyan Law Review*, n.° 2, vol. 11, , 2005, pp. 631-633.

una parte del análisis. El mismo debe complementarse con el estudio del derecho comparado, y, sobre todo, prestar atención a qué opción legislativa es la más eficiente.

Un objeto de estudio interesante para aplicar el análisis comparado y económico es la institución de la cláusula penal. Tal institución contractual ha sido de particular interés para los comparatistas. Si bien los *common lawyers* suelen profesar que su derecho es más eficiente, existen algunos institutos del derecho privado que parecen demostrar una supremacía del *civil law* sobre el *common law*. La cláusula penal, *clauses pénales* francesa, *Vertragsstrafe* alemana o *clausola penale* italiana encuentran su equivalente en la distinción anglosajona *liquidated damages/penalties*. Mientras que, en el *civil law*, existe un solo término para referirse a la misma institución (la cláusula penal), en el *common law*, dicha institución se ha disgregado en dos para dar lugar a una distinción terminológica extraña para los europeos. Como explica Treitel: "This difference in terminology gives rise to some awkwardness in a comparative discussion of the institution"[15].

En el *civil law*, se reconoce que la cláusula penal tiene una naturaleza híbrida: a) es una especie de pena privada y, por ello, resalta la función punitiva —por algo se llama cláusula "penal" o "penalidad"—, y b) constituye, a su vez, una estimación de los daños eventuales que podrían surgir ante el incumplimiento (liquidación contractual). Por su parte, en el *common law*, se rechaza el pacto de montos dinerarios que vayan más allá de los daños anticipados o reales al priorizarse el principio de compensación (*compensation principle*), el cual excluye de la autonomía de las partes la posibilidad de pactar el pago de un monto dinerario que no corresponda con los daños sufridos y que busque disuadir y castigar (*in terrorem*).

Por tal motivo, las *damages clauses*, válidos en el sistema anglosajón, se denominan *liquidated damages*, mientras que las inválidas son

15 Treitel, Guenter, "Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)", en Von Mehren, Arthur (ed.), *Contract in General*, vol. VII, The Hague o Brill, 1976, p. 90.

—precisamente— las *penalties*, que en castellano se traducirían como "penalidades" y, por la función que cumplen, es lo más cercano a la cláusula penal del derecho europeo. Pero, para ser más precisos, tanto los *liquidated damages* como los *penalties* son manifestaciones de la cláusula penal europea, diferenciándose en la función que cumplen: la primera es estrictamente liquidatoria (y compensatoria para los anglosajones) y la segunda, principalmente punitiva.

En otras palabras, mientras que en el *civil law* la cláusula penal tiene una naturaleza híbrida, al ser una pena y a su vez una liquidación contractual de los eventuales daños, en el *common law* la primera manifestación de la cláusula penal se denomina *penalty* y la segunda *liquidated damages*. Solo los *liquidated damages* son válidos y ejecutables en el *common law*.

El estudio del tratamiento comparado de las cláusulas penales ha sido la oportunidad perfecta para que los abogados civilistas, desde el análisis económico, concluyan que, en relación con las *damages clauses* o liquidaciones contractuales, el *civil law* es más eficiente que el *common law*. Este tipo de análisis también es importante en la práctica desde que no es raro que un contrato redactado en inglés y sometido a ley peruana incluya una cláusula de *liquidated damages* y no una cláusula penal, tal y como la conocemos en el sistema continental, y que incluso se pacte expresamente que no se trata de una *penalty*, algo que solo tiene sentido cuando la ley aplicable es una anglosajona. ¿Cómo analizar una cláusula de *liquidated damages/penalty* en virtud de la legislación peruana? ¿Cuáles son las distinciones y similitudes entre el régimen de *liquidated damages/penalty* y el régimen de cláusulas penales en el *civil law*?

Este trabajo no es solo una oportunidad para reflexionar sobre los regímenes del *civil law* y el *common law*, sino también el momento adecuado para reconocer que la cláusula penal es realmente una pena privada y darnos cuenta de las consecuencias de admitir la procedencia de la función punitiva en el derecho de contratos. Entendida correctamente a la cláusula penal y su función punitiva, resulta curioso el aún existente rechazo frente a la procedencia de los *punitive damages* en sede

contractual. Una cláusula penal que sea estrictamente una pena privada se asemeja mucho a los *punitive damages*, siendo la única gran diferencia que la primera la liquida las partes, mientras que la segunda, el juez.

Los *punitive damages* no se encuentran reconocidos expresamente en alguna norma legal en el derecho europeo continental, por lo tanto, un demandante no podría plantear como pretensión la condena de *punitive damages*. Sin embargo, mediante pacto se podría incorporar una cláusula penal que sea puramente punitiva y la principal consecuencia práctica de ello sería que la penalidad no sustituiría al resarcimiento. En este caso, la penalidad sería acumulativa: podría demandarse el pago de los daños compensatorios por las reglas generales de la responsabilidad civil más el monto íntegro de la pena privada. Una cláusula penal estrictamente punitiva sería muy similar a los *punitive damages* (el cual consiste en un monto distinto a los daños compensatorios).

Y esto no debe parecernos extraño si estamos al tanto de lo que está ocurriendo en el derecho internacional. Sin perjuicio de que Europa aún no reconoce expresamente a los *punitive damages* en los códigos civiles, esto no ha sido un obstáculo, por ejemplo, para que, vía las reglas de derecho internacional privado, diversos países europeos le hayan dado la bienvenida a los *punitive damages* (en sede contractual y extracontractual), al señalar que tal institución no vulnera el orden público doméstico o internacional del país receptor. Entre los países europeos que ahora admiten los *punitive damages* vía execuátur se encuentran Suiza (1989), Grecia (1999), España (2001), Francia (2010) e Italia (2017), mientras que entre los países que han señalado que una sentencia americana de *punitive damages* es contraria al orden público se encuentran Japón (1991) y Alemania (1992). Sin embargo, hay que señalar que en el caso de Alemania se ha regulado una excepción en favor de la ejecución de los *punitive damages*, la cual permitiría, y así lo han advertido los comentaristas alemanes, que Alemania pronto imite a sus vecinos europeos y reconozca a los *punitive damages*.

Si Europa ya dejó de lado el sesgo y la fobia contra los *punitive damages*, ¿se puede seguir afirmando en Latinoamérica que los *punitive*

damages son ajenos al *civil law*? Argentina los ha reconocido en una norma expresa y el Perú vía pleno jurisdiccional. Todo apunta a que el *civil law* está muy cerca de admitir legislativamente el poder de los jueces de imponer *punitive damages*. El no reconocimiento expreso de este remedio, en alguna ley, no ha sido un obstáculo para que Europa pueda ejecutar en sus territorios —vía execuátur— montos dinerarios por concepto de castigo.

Este reconocimiento, por parte de Europa, de los *punitive damage*, vía reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, puede generar un gran impacto en el futuro del derecho arbitral comercial internacional, sobre todo desde el caso americano *Mastrobuono vs. Shearson Lehman Hutton* (1995)[16], en donde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América señaló, con ocasión de un arbitraje doméstico sobre *securities*, que los árbitros tienen el poder de condenar al pago de *punitive damages* cuando el convenio o la ley arbitral no digan nada al respecto. Antes la regla supletoria era la inversa, pues se necesitaba de pacto expreso en el convenio arbitral o de habilitación expresa en la ley arbitral aplicable. Sin embargo, con Mastrobuono se cambió la regla supletoria, ya que mientras no se pacte en contrario, los árbitros tienen el poder de imponerlos.

Pero tal vez lo más interesante de Mastrobuono es el hecho de que los árbitros puedan imponer *punitive damages*, independientemente de que los mismos se encuentren reconocidos en el derecho sustantivo aplicable. De una primera impresión, tal vez en el año en que fue emitido (1995) este pronunciamiento americano podría haberse considerado como totalmente inaplicable para los europeos. Por ejemplo, los árbitros no podrían otorgar *punitive damages* en un arbitraje sujeto a ley alemana, pues Alemania no reconoce tal concepto en su Código Civil. La habilitación en el convenio arbitral para que los árbitros puedan otorgar *punitive damages* podría considerarse como insuficiente si el derecho sustantivo aplicable no lo permite.

16 Gotanda, John, "Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.", en *Harvard International Law Review*, n.° 1, vol. 38, 1997, pp. 59 y 60.

Sin embargo, actualmente Europa ha admitido a los *punitive damages* en virtud de las reglas de derecho internacional privado, y esto podría generar un gran impacto en el ejercicio de los árbitros de su poder para imponer *punitive damages*.

Los árbitros son responsables de emitir un laudo susceptible de ejecución, sobre todo en arbitrajes internacionales, en donde los ganadores podrían buscar ejecutar la sentencia en un foro distinto (*forum shopping*). Supongamos que un arbitraje internacional tiene sede en Nueva York, la ley sustantiva es la italiana (la cual no reconoce en su Codice Civile a los *punitive damages*), el demandante es una empresa americana y la demandada una empresa italiana. Si la ley de arbitraje es una que no se pronuncia respecto a la procedencia de los *punitive damages* (lo cual es la regla) y el convenio arbitral no lo prohíbe, en virtud del caso Mastrobuono, los árbitros tendrían el poder de imponer *punitive damages*. Sin embargo, teniendo este poder, los árbitros aún tienen que decidir si lo ejercen o no, pues tienen la responsabilidad de emitir un laudo susceptible de ejecución. Para ello deberán tener en cuenta los posibles foros en donde el demandante podría solicitar reconocimiento y ejecución del laudo americano.

Si los activos de la empresa italiana se encuentran en Italia, entonces lo más probable es que el demandante, si gana, buscará ejecutar el laudo en Italia y no en Estados Unidos de América. Teniendo esto en cuenta, los árbitros podrían decidir en no otorgar *punitive damages*, pues Italia no reconoce tal concepto, y, en consecuencia, de solicitarse ejecución en Italia, lo más probable es que las cortes nacionales italianas señalen que el laudo americano es contrario al orden público de Italia. Sin embargo, recientemente, en el 2017, la Corte di Cassazione ha señalado que los *punitive damages* no son contrarios al orden público cuando son proporcionales. Este pronunciamiento animaría a los árbitros a otorgar *punitive damages*, pues los mismos serían susceptibles de reconocimiento y ejecución en Italia.

Así es como Mastrobuono, finalmente, cobra sentido. Los árbitros podrían imponer *punitive damages* en un arbitraje comercial internacional, independientemente de lo que regule la ley sustantiva, pues lo que importa es la jurisprudencia sobre execuátur, respecto al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales americanas que imponen *punitive damages*. Este nuevo escenario permite reflexionar sobre el pacto expreso, en el convenio arbitral, del poder de los árbitros para imponer *punitive damages*. Entonces, tendríamos la cláusula de *punitive damages* como una manifestación más de la función punitiva en el derecho de contratos.

De esta manera, los *punitive damages* pueden ingresar al *civil law* por dos puertas, mientras no sean reconocidas legislativamente: 1) vía execuátur de sentencias americanas (en virtud de las reglas del derecho internacional privado) y 2) vía execuátur de laudos americanos (en virtud de las reglas del derecho arbitral internacional).

Finalmente, reconociendo a la categoría general de la pena privada y a la función punitiva en el derecho de contratos, podemos distinguir entre tres supuestos de pena privada que pueden ser pactados por las partes:

1) La cláusula penal, regulada supletoriamente en los códigos civiles.
2) Una pena convencional, que cumple estrictamente una función punitiva por pacto expreso de las partes —también conocida como penalidad pura—, y a la cual no le es aplicable la regulación supletoria de la cláusula penal, salvo las que le sean aplicables por su naturaleza. La principal diferencia entre la cláusula penal y pena convencional es que la segunda, en cualquier caso, puede acumularse a la acción de daños y perjuicios, mientras que la primera, por definición, sustituye al resarcimiento[17].

17 Si bien la pena convencional no se encuentra regulada de manera expresa, podemos encontrarla escondida dentro de la regulación legal de la cláusula penal. Por ejemplo, el art. 1342 del Código Civil peruano, que regula a la cláusula penal moratoria, señala que puede pactarse una "cláusula penal [...] en seguridad de un pacto determinado" en cuyo caso "el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación". La cláusula penal, por regla, solo puede ser cumulativa a la ejecución forzada cuando es moratoria. Pero en el Perú se permite pactar una cláusula penal para asegurar un pacto determinado, y ante la inejecución, puede pedirse la pena más la ejecución forzada. Para diferenciar la penalidad moratoria de la penalidad en seguridad de un pacto determinado, la

3) Los *punitive damages* a través del convenio arbitral, que consiste en pactar expresamente en el convenio arbitral la posibilidad de someter a arbitraje la imposición de *punitive damages*.

1.3. La relación compensación-punición en la cláusula penal

Tal vez la idea más importante que queremos transmitir, a efectos de este capítulo dedicado a la cláusula penal y adelantándonos respecto al siguiente capítulo referido a los *punitive damages*, es que no se pueden tomar extremos dentro del debate sobre la procedencia de la función compensatoria y punitiva en el derecho privado. La relación compensación-punición es muy compleja como para reducirla a un binomio. Tanto la compensación complementa a la punición como la punición complementa a la compensación y, en muchos casos, ambas se presentan en una misma institución jurídica del derecho privado. La cláusula penal es un ejemplo de ello, al igual que los *punitive damages*.

Instituciones privadas que nacieron como punitivas luego se volvieron compensatorias (la responsabilidad civil en sus inicios, antes de que se distinga del derecho penal). Instituciones que son compensatorias cumplen también un rol punitivo (el daño moral), así como instituciones privadas punitivas también sirven para compensar (la *lex talionis* en el derecho romano y los *punitive damages* en la actualidad). La historia del derecho, el derecho comparado y el rol que cumplen las instituciones privadas en la práctica demuestran que es apresurado catalogar a una institución privada como exclusivamente compensatoria o exclusivamente punitiva. La intención de este capítulo y el siguiente es demostrar que debemos evitar mirar a la relación compensación-punición como si fuera una relación blanco-negro. En realidad, todo es gris. Por el momento basta con la advertencia realizada.

La relación compensación-punición es particularmente interesante en la cláusula penal, pues la misma no es homogénea en el *civil law*.

segunda debe liquidar un monto más alto que aquel destinado a resarcir los daños derivados de la demora. Entonces, su carácter punitivo es evidente.

Mientras que en el *common law* se distingue entre *liquidated damages* y *penalties*, en el *civil law* no se aplica tal distinción, pues solo existe la cláusula penal. Pero es importante apreciar que la cláusula penal no es la misma en todo Europa, y es este diferente tratamiento lo que demuestra la volátil relación entre compensación y punición.

La cláusula penal en el Código Civil de Italia (art. 1382) y del Perú (art. 1341) *limita* el resarcimiento al monto de la penalidad. Esta redacción legislativa ha generado que los comentaristas italianos y peruanos analicen si la cláusula penal contraviene o no aquella norma legal que señala que son nulas las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad por culpa grave o dolo. Esta discusión no existe, en tal magnitud, respecto al Código Civil de España (art. 1152), el cual señala que la cláusula penal *sustituye* el resarcimiento, lo cual tiene más sentido. Se pacta un régimen particular correspondiente a la cláusula penal porque se quiere evitar la aplicación de normas generales relativas a la responsabilidad contractual.

Otra redacción que consideramos adecuada es la holandesa, la cual indica que, por la cláusula penal, el deudor se obliga a pagar una suma dineraria ante el incumplimiento, independientemente de que la misma sea para compensar el daño o inducir el cumplimiento (art. 6:91). Entiéndase, la cláusula penal reemplaza al monto dinerario que se otorgaría por las normas generales (art. 6:92). Nuevamente, la intención es reconocer que la cláusula penal es un régimen distinto a las normas generales de daños.

Tanto en Italia como en Perú se debate si la cláusula penal tiene o no una función compensatoria, lo cual se ve reforzado con el hecho de que las legislaciones italiana y peruana indican que la cláusula penal *limita* el resarcimiento. Lo contrario ocurre en España, pues desde que su Código Civil señala que la cláusula penal *sustituye* al resarcimiento, la doctrina dominante considera a la cláusula penal como una pena privada, resaltando la función punitiva. Sin perjuicio de lo señalado, un sector de la doctrina italiana y peruana considera que la cláusula penal es una pena privada.

La relación entre la compensación y punición también se observa ante la posibilidad de solicitar daños mayores al monto pactado en la penalidad. En Italia (art. 1382), Perú (art. 1341) y Portugal (art. 811), las codificaciones civiles permiten el pacto de resarcibilidad de daños mayores al monto de la penalidad (daño ulterior), mientras que en Alemania (art. 340) y Austria (art. 1336) el monto de la penalidad es el mínimo de daños que puede solicitar el acreedor. España no señala nada al respecto, pero la doctrina considera como válido el pacto de resarcibilidad de daños mayores, sin perjuicio de que la cláusula penal sea considerada como una pena privada. Francia (art. 1231-5) y Holanda (art. 6:94) tampoco se pronuncian sobre el resarcimiento del daño ulterior; pero ello es así porque legislativamente en Francia el juez puede aumentar la pena de oficio, mientras que en Holanda, a petición de parte, el juez puede otorgar una compensación adicional a la pena. Esta es una novedad, pues normalmente las legislaciones civiles permiten reducir el monto de la pena, pero no aumentarla cuando sea considerada irrisoria u otorgar un monto adicional.

Este dato también fomenta el debate sobre la naturaleza compensatoria o punitiva de la cláusula penal. El pacto de resarcimiento del daño ulterior es considerado como una muestra de que la cláusula penal es resarcitoria, pero podría ocurrir que las parten no pacten la compensación de daño mayores. En tales casos la cláusula penal sería subcompensatoria. Esto no ocurre en aquellos sistemas jurídicos en donde la cláusula penal es el monto mínimo que se puede cobrar.

Así como el pago de una suma dineraria mayor al monto de la cláusula penal es considerada como un indicio de la naturaleza compensatoria de la misma, la posibilidad de pactar el monto de la cláusula penal permite que existan cláusulas penales por montos muy encima a lo que correspondería a los daños compensatorios. Esto refuerza la tesis punitiva. Pero a la misma vez, dado que generalmente las codificaciones civiles reconocen el poder del juez o árbitro de reducir la penalidad cuando sea muy excesiva, se considera que esta habilitación legal refuerza la tesis compensatoria. A esto se replica que la cláusula

penal puede reducirse, pero nunca hasta igualar al monto que se otorgaría como daños compensatorios, en respeto de la función punitiva. Entonces, siempre deberá quedar un monto extracompensatorio.

Si quisiéramos establecer una escala de punición, podríamos decir que las cláusulas penales alemanas y austriacas son las menos punitiva, pues los respectivos códigos civiles señalan que la penalidad es el monto mínimo que se puede pedir por daños; mientras que la cláusula penal más punitiva es la española, pues es abiertamente considerada como una pena. En el medio se encontrarían los demás sistemas jurídicos mencionados al existir posturas doctrinarias para ambos lados.

Si uno puede evidenciar que la cláusula penal no es exactamente la misma en Europa, podríamos preguntarnos: ¿cuál es la mejor regulación europea? Esto podría complementarse con el análisis económico. Explicaremos más adelante que la posibilidad de reclamar daños mayores al monto de la penalidad o de solicitar la reducción de la misma elimina las eficiencias de pactar una cláusula penal libre, la cual no debería estar sujeta a eventuales revisiones, sea para aumentarla o para reducirla. Si las partes *ex ante* liquidan un monto dinerario, lo hacen porque no quieren que alguien lo haga *ex post*. Si entendemos que la cláusula penal funciona como un seguro al distribuir riesgos, entonces comprenderemos la eficiencia de la función punitiva. Para nosotros, la cláusula penal debe permanecer inmutable para ser eficiente. La sección dedicada al análisis económico nos ayudará a fundamentar nuestra postura.

La intención de esta sección es advertir que la cláusula penal no es una institución jurídica simple o indiscutible, sobre todo, pretende dar una introducción al debate sobre la naturaleza de la penalidad, y del impacto que tiene tal debate en la práctica. No se trata de un simple ejercicio teórico, sino de un estudio necesario que facilite el pacto y ejecución de las cláusulas penales. Al final, la cláusula penal es como una cebra, al tener tanto rayas negras como rayas blancas. El problema con la doctrina es que se ha entercado en determinar si la cláusula penal es negra con rayas blancas o blancas con rayas negras. Esta forma de verla genera complicaciones innecesarias.

II. LA CLÁUSULA PENAL

2.1. Remedios

La cláusula penal pasó por mucho tiempo como una institución contractual que no merecía mayor atención al no ser una disposición complicada. Siempre ha sido un monto dinerario que debe pagar el deudor, en favor del comprador, ante el incumplimiento del contrato. Sin embargo, conforme se desarrollaba la doctrina, la misma evidenció que la cláusula penal tenía muchas particularidades en la práctica, lo cual hacía difícil enunciar con claridad y precisión qué es la cláusula penal y para qué sirve. Se trataba de un Frankenstein compuesto de diversas características provenientes de varios institutos del derecho privado. Al final, se enunciaba todo lo que podía hacer la cláusula penal, pero no se definía con coherencia realmente qué era.

Esto es particularmente importante desde que no hay nada más práctico, en el derecho de contratos, que el sistema de remedios contra el incumplimiento. Siendo evidente la relevancia de los remedios contractuales, es cuestionable que la doctrina no haya definido con precisión el aspecto más práctico del derecho contractual. Recientemente, y en un trabajo que demuestra lo que enunciamos[18], se ha confirmado que se ha dicho mucho sobre la cláusula penal tanto en el Perú como en Italia, y, sin embargo, mucho de lo que se ha escrito no ha sido totalmente preciso, principalmente por no diferenciar correctamente los diversos medios de tutela y los remedios específicos que ofrece el derecho privado. En específico, por no diferenciar entre la tutela resarcitoria (responsabilidad civil) y la pena privada (categoría a la cual pertenece la cláusula penal).

Nuestra intención es enfocarnos en el análisis legal pero no limitarnos a ello. Para completar la receta es indispensable pensar en un ingrediente fundamental que nos permitirá entender, finalmente, lo que es la cláusula penal: el análisis económico. Opinamos que la falta de rigurosidad al momento de analizar la naturaleza jurídica de la cláusula

18 Fernández Cruz, Gastón, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria, La problemática de su encuadramiento*, Lima: ARA, 2017.

penal se debe a que los comentaristas se suelen limitar al análisis legal, el cual es necesario pero insuficiente. Es el análisis económico lo que nos permite evidenciar para qué funciona realmente la cláusula penal y cómo la misma es efectivamente usada en la práctica.

En virtud del art. 1219 del Código Civil[19], es el acreedor quien elige cuáles serán los remedios que utilizará ante el incumplimiento culpable de su deudor. En efecto, dicha norma inicia su redacción señalando que "es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente". Dicha precisión es importante, en términos comparados, si tenemos en cuenta que en el *common law* la elección de cómo proceder ante el incumplimiento contractual (*breach of contract*) la tiene el propio deudor, quien decidirá si cumple (*performance*) o se libera pagando daños (*damages*).

Esto se debe a que la responsabilidad contractual, en el derecho americano, es objetiva, en el sentido de que cualquier incumplimiento genera responsabilidad frente al acreedor. Como señala la sección §260(2) del Restatement (Second) of contracts: "When performance of a duty under a contract is due, any non-performance is breach". Explica Farnsworth lo siguiente: "For, as every first-year law student learns, contract liability is absolute liability –that is to say, liability not based on fault. In the law of contracts, trying is not enough"[20]. Por tal motivo, ante cualquier incumplimiento, el deudor debe pagar daños si no ejecuta su compromiso. Es como si tuviera a su cargo una obligación facultativa de fuente legal: si decide por no ejecutar su promesa el derecho, le autoriza a *cumplir* pagando daños (el equivalente económico al cumplimiento

19 Art. 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.
Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este art., salvo los casos de los incisos 1 y 2.

20 Farnsworth, E. Allan, "On trying to keep one's promises. The duty of best efforts in contract law", en *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 46, 1984, p. 3.

del contrato, esto es, el interés positivo o *expectation damages* para los anglosajones)[21]. Así es cómo se parte de la premisa de que el deudor deberá pagar daños, a menos que cumpla el contrato.

Este principio del derecho contractual americano es uno de los pilares usados para justificar la teoría del incumplimiento eficiente (*efficient breach*). Si el deudor puede liberarse del contrato pagando los daños ocasionados, desde que no puede verse compelido vía ejecución forzada (*specific performance*), salvo casos excepcionales, entonces puede elegir por incumplir el contrato cuando los beneficios del cumplimiento sean menores a los beneficios del incumplimiento.

Por el contrario, como señalábamos, en el *civil law* la elección la tiene el acreedor. Por ejemplo, el art. §241(1) del BGB señala que en virtud de la obligación el acreedor tiene el derecho a exigir el cumplimiento al deudor (*Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern*). En el Perú, conforme al art. 1219 del Código Civil, la elección es del acreedor, quien decidirá teniendo en cuenta su interés y la posibilidad física en la ejecución de la prestación: i) si el acreedor mantiene interés en la ejecución de la prestación y la misma puede ejecutarse, ante el retraso en la ejecución el acreedor solicitará la ejecución forzada más el pago de daños moratorios (destinados a resarcir los daños derivados de la demora); por el contrario, ii) si el acreedor no mantiene interés en la prestación al considerar el incumplimiento como uno absoluto, independientemente de la posibilidad física de ejecutar la prestación, podrá solicitar la resolución del contrato y pedir el pago de daños compensatorios (que son el equivalente económico de la prestación no ejecutada)[22].

21 Esto en términos económicos, porque claramente para que se trate de una obligación facultativa como se entiende en el *civil law*, el pago de daños debería tener efecto solutorio, lo cual no ocurre en el sistema anglosajón.

22 Al respecto y con ocasión de la cláusula penal, véase: Fernández Cruz, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. La problemática de su encuadramiento*, ob. cit., pp. 67-69.

De esta manera, en el *civil law*, los remedios típicos que tiene el acreedor a su disposición son la ejecución forzada, la resolución del contrato y el pago de daños. En concreto, el pago del resarcimiento deberá ser liquidado por el juez o tribunal arbitral. El demandante que pide daños deberá probar la existencia de un daño resarcible y demostrar la cuantía del costo económico sufrido. Esto genera una oportunidad para el error judicial: los tribunales no tienen toda la información y es costoso que las partes provean la información necesaria para poder cuantificar y liquidar con precisión los daños sufridos por el perjudicado, evitando así supuestos de *over-compensation* (daños mayores a los efectivamente sufridos) y *under-compensation* (daños menores a los efectivamente sufridos)[23]. Recordemos que la regla en el *civil law* es la reparación integral del daño (*restitutio in integrum*).

Una solución destinada a excluir dicha liquidación de la jurisdicción de las cortes o tribunales es el pacto de una cláusula penal o penalidad. En los supuestos que la cláusula penal se pacte como complemento a la ejecución forzada, estaremos ante una *cláusula penal moratoria* (por liquidar de manera previa los daños derivados del retraso). Por otro lado, en los supuestos que la cláusula penal se pacte como complemento a la resolución del contrato, estaremos ante una *cláusula penal compensatoria* (por liquidar de manera previa los daños derivados de la inejecución total de la prestación comprometida).

Por tal motivo, se ha señalado que la principal función de la cláusula penal es la liquidación preventiva del daño[24]. La liquidación de los daños queda en manos de las partes, quienes se encuentran en mejor posición, en comparación con las cortes y tribunales, para cuantificar los daños debido a la asimetría de la información. Una de las deficiencias de la liquidación privada de daños, a través de la cláusula penal, es la incorporación de daños de difícil probanza cuya probabilidad de otorgamiento,

23 Ponzanelli, Giulio, *La Responsabilità Civil. Profili di Diritto Comparato*, Bologna: Il Mulino, 1992, p. 27 y ss.

24 Bianca, Massimo, *Diritto Civile. La Responsabilità*, vol. 5, Milano: Giuffrè, 1994, p. 222.

por parte de las cortes o tribunales, es baja[25]. Dicha eficiencia se logra porque para solicitar el pago de la penalidad no se deben probar los daños efectivamente sufridos.

Otra ventaja clara de pactar una cláusula penal es la reducción en los costos de liquidación de los daños sufridos. Ante el pacto de una cláusula penal, las partes no deben acudir a los tribunales para solicitar la cuantificación y liquidación de los daños demandados, dado que tal labor ya ha sido realizada por las mismas partes. Ello no solo permite que desde la suscripción del contrato las partes sepan cuál es el monto por daños que se pagará, sino que tal determinación hace más fácil su cobranza. Las partes podrían compensar[26] las penalidades devengadas con las deudas que existan entre ellas, e incluso podrían pactar anticipadamente una cláusula que les otorgue un mayor ámbito de compensación al pactar en contra de los requisitos legales de la compensación[27] (por ejemplo, la posibilidad de compensar las penalidades con deudas ilíquidas).

Desde la perspectiva del acreedor, es más barato cobrar daños cuando se ha pactado una penalidad que acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil, en donde debe asumir la costosa tarea de probar el daño. Incluso, además de prescindir de la probanza del daño, se podría pactar, si el derecho aplicable lo permite, una cláusula penal objetiva para prescindir, también, de la probanza en la imputabilidad en el incumplimiento.

Desde la perspectiva del deudor, la cláusula penal le otorga certeza al determinar el límite del monto dinerario que deberá pagar al acreedor ante el incumplimiento contractual. Verificado el incumplimiento, se

25 Goetz, Charles y Robert Scott, "Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach", en *Columbia Law Review*, n.° 4, vol. 77, 1977, pp. 572 y 573.

26 Art. 1288 del Código Civil.- Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

27 Art. 1289 del Código Civil.- Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran los requisitos previstos por el art. 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente.

pagará el monto de la penalidad. Así de simple. Si el acreedor sufrió daños mayores, no podrá solicitar el pago de un monto mayor a la penalidad, salvo que se haya pactado con claridad el resarcimiento del daño ulterior.

Resulta evidente que, para el deudor, solo tiene sentido gastar en costos de negociación para definir el monto de una cláusula penal, siempre que la misma no incluya el resarcimiento del daño ulterior; de manera que, ante el incumplimiento, solo se pague el monto ya negociado y nada más. La asunción de costos de negociación no se justifica si luego el acreedor podrá solicitar el pago de daños mayores al monto de la penalidad ya acordada. De allí que muchas penalidades se pacten en la práctica sin daño ulterior.

Una verdadera cláusula penal tiene sentido económico si puede cobrarse exactamente por el monto pactado. En el *civil law* y el *common law* esto no es así, pues o se puede reducir o aumentar la penalidad, o pactar el resarcimiento del daño ulterior, o se considera como nulo los pactos que liquiden montos mayores a los daños anticipados o reales. Las liquidaciones contractuales más eficientes serán aquellas que permitan el mínimo nivel de revisión.

2.2. Importancia práctica de las funciones de la cláusula penal

Debido a que la liquidación contractual, acordada por los contratantes, está destinada a fijar el monto dinerario que deberá pagar una parte en favor de la otra ante un evento de incumplimiento, se ha señalado que la cláusula penal cumple una función —a veces se señala— más importante que la función liquidatoria: la función compensatoria (o resarcitoria). Supuestamente el monto liquidado en la penalidad se paga por concepto de resarcimiento, como si se tratase de un supuesto convencional de responsabilidad civil. Otros autores señalan que la función resarcitoria, a su vez, debe ser complementada con otra función: la punitiva. Para otros la cláusula penal es punitiva y liquidatoria, pero no compensatoria[28].

28 Agnino, Francesco, *Clausola penale, caparra confirmatoria e caparra penitenziale*, Vicalvi: Key, 2018, p. 27 y ss.

No hay dudas respecto a la existencia de la función liquidatoria y punitiva de la cláusula penal, pero sí existen cuestionamientos respecto a la función compensatoria. Entiéndase, desde el inicio, que estas discusiones no son meramente teóricas. Distinguir correctamente a los remedios, en el derecho de contratos, tiene un gran impacto en la práctica comercial, sobre todo al momento de decidir qué normas son aplicables a cada remedio. Veamos un ejemplo real.

En un arbitraje comercial internacional se discutía la procedencia de una cláusula penal moratoria en un contrato de construcción. El titular de la obra encargó al contratista la realización de cierta construcción. Una vez que la construcción se retrasó, ambas partes se culparon mutuamente de los retratos respectivos. En el contrato de construcción se había pactado una penalidad que solo cubría parte de los daños sufridos por el titular de la obra. Desde que el monto de la penalidad era muy bajo, el titular de la obra demandó el pago de la penalidad y el resarcimiento del daño ulterior (el cual no se había pactado). Cuando el contratista respondió la demanda explicó que, en el supuesto que el retraso le sea imputable, solo procedería el pago del monto de la penalidad, pero no un monto mayor al no haberse pactado el daño ulterior.

Hasta ese momento del arbitraje, el contratista no tenía de qué preocuparse. Para él los retrasos eran imputables al titular de la obra y, en todo caso, si el tribunal arbitral concluyese que el retraso en realidad le era imputable, el mismo ya había considerado el monto de la penalidad como un pasivo, pero ningún monto mayor. Desde que no se había pactado el daño ulterior no era posible que el tribunal arbitral fallara condenando al contratista al pago de daños en exceso de la penalidad (los cuales eran casi tres veces el monto de la penalidad).

Sin embargo, el escenario cambió después que un civilista analizó el caso del titular de la obra y recomendó ampliar la demanda para incluir una pretensión adicional: la nulidad de la penalidad por vulnerar el art. 1328 del Código Civil. Este último señala que "es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor". Todos sabemos que conforme al art. 1341 la cláusula penal

limita los daños que debe pagar el deudor frente al incumplimiento. Si se considera que la cláusula penal cumple una función compensatoria, ¿esto quiere decir que la cláusula penal vulnera el art. 1328 del Código Civil, al ser un límite a la responsabilidad civil del deudor?

Con este cambio, el arbitraje se volvió más complicado para el contratista, pues si la cláusula penal era nula o de alguna otra manera no era aplicable, entonces el titular de la obra tendría la posibilidad de solicitar el pago de daños en virtud de las reglas generales de la responsabilidad civil, esto es, pedir todos los daños sufridos. La doctrina peruana no había aclarado este problema hasta el momento del arbitraje, con lo cual el tribunal arbitral solo pudo guiarse de los argumentos de los abogados de las partes. ¿Cuál era la respuesta? ¿Es la cláusula penal una manifestación convencional de la responsabilidad civil? ¿O se trata de una institución diferente que no se regula por la normativa de la responsabilidad contractual?

De los trabajos que hemos podido revisar en el Perú sobre la cláusula penal[29], resulta pertinente resaltar uno reciente del profesor Gastón Fernández, quien es autor del único libro publicado en sede nacional, dedicado enteramente a la cláusula penal y cuyo objetivo fue analizar el problema del encuadramiento de la cláusula penal dentro del derecho privado. El autor explica que la doctrina tradicional, en el derecho

29 Véase Espinoza Espinoza, Juan, *Introducción al derecho de las obligaciones*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 301 y ss.; Cárdenas Quirós, Carlos, "Reflexiones sobre la mutabilidad o inmutabilidad de la pena obligacional", en Carlos Cárdenas Quirós, *Estudios de derecho privado. Reflexiones de un tiempo*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, p. 345 y ss; Cárdenas Quirós, Carlos, "La reforma del derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984", en *Revista de Derecho Themis*, n.° 60, 2011, p. 184 y ss.; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre, "La funcionalidad de la cláusula penal", en *Ius et Praxis*, N.° 47, 2016, p. 29 y ss; Gutiérrez, Walter y Alfonso Rebaza, "Artículo 1341 del Código Civil", en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. VI, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 1103 y ss; Martínez Coco, Elvira, "La cláusula penal y la capitalización de intereses", en Martínez Coco, Elvira, *Ensayos de derecho civil I*, Lima: San Marcos, 1997, p. 156 y ss; Soto Coaguila, Carlos, "Cláusula penal. Función e inmutabilidad de las penalidades libremente pactadas", en Soto Coaguila, Carlos (coord.), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*, Lima: Editorial Jurídica Jurivec, 2016, p. 447 y ss; Pereyra Zaplana, Augusto Emilio, "La cláusula penal en el Derecho Civil peruano y la liquidated damages y la penalty clause en el common law de los Estados Unidos de América", en *Actualidad Civil*, n.° 36, Lima: Junio del 2017, p. 129 y ss.

comparado (principalmente en Italia), se ha equivocado al considerar que la cláusula penal cumple una función compensatoria, lo cual es lo mismo que considerar a la penalidad como un pacto convencional de responsabilidad civil o cláusula de resarcimiento.

"Durante gran parte del siglo XX, la problemática de la cláusula penal ha sido abordada por muchos como un tipo de remedio consensual expresivo de la tutela resarcitoria", explica FERNÁNDEZ.

Además, el mismo autor, al respecto, agrega lo siguiente:

> [B]ajo la confusión de esta forma de tutela con la función de "liquidación preventiva y global (omnicomprensiva) del daño eventual"; reconociéndosele a la cláusula penal —por no ser, se dice, la función resarcitoria su única función— una función dual o "ambivalente". Más aún, en la doctrina tradicional del derecho continental, autores de reconocido prestigio y versados en el conocimiento de la responsabilidad civil, han defendido la prelación de la función resarcitoria dentro de las funciones de la cláusula penal[30].

Lo que hace FERNÁNDEZ es explicar que no es lo mismo hablar de la tutela resarcitoria (responsabilidad civil) que hablar de otras formas de tutelas, aquellas contra el incumplimiento contractual, como lo es la pena privada (entre sus manifestaciones, la cláusula penal). La responsabilidad civil es una tutela contra el daño, en donde debe cumplirse con el principio de reparación integral, por el cual no puede resarcirse ni más ni menos que los daños efectivamente sufridos. El objetivo es colocar a la parte perjudicada en la posición que se encontraría de no haber ocurrido daño alguno. Si esto es así, la parte perjudicada no puede recibir más del daño que ha sufrido, o, en otras palabras, no puede recibir un beneficio con ocasión de la comisión del daño.

Para que un daño sea resarcible debe ser un daño actual, su certeza fáctica debe ser probada y la liquidación correspondiente tiene que ser

30 FERNÁNDEZ CRUZ, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. La problemática de su encuadramiento*, ob. cit., pp. 21 y 22.

equivalente al daño sufrido. Teniendo esto en claro, es evidente que la responsabilidad civil es una tutela que se activa contra el daño no permitido ya ocurrido, y que tiene como fin borrar los costos económicos del mismo. En otras palabras, se trata de una tutela *ex post*, que se activa cuando ya existe un daño real.

Habiendo internalizado las ideas precedentes, resulta claro que la cláusula penal es algo distinto a la tutela resarcitoria. Si bien el monto de la penalidad se otorga *con ocasión de un daño*, la misma no se otorga por concepto de responsabilidad civil, por las siguientes razones[31]:

a) La responsabilidad civil gira en torno al daño real (*ex post*), por lo cual, para que se desencadene un daño, este debe ocurrir en los hechos, se debe probar su existencia y los requisitos que lo califican como un daño resarcible. Mientras que la cláusula penal gira en torno al daño anticipado al momento de la estipulación de la cláusula (*ex ante*) y por ende prescinde de la regla de la probanza del daño.

b) La responsabilidad civil busca restituir el *status quo* generado por el daño no permitido, lo cual se logra con la reparación integral del mismo, situación distinta con la cláusula penal, cuyo monto se otorga independientemente del daño ocurrido, el cual podría ser menor, igual o mayor a los daños efectivos, e incluso podría pagarse una penalidad sin daño.

c) Mientras que en la responsabilidad civil está prohibido que la parte perjudicada se enriquezca con el resarcimiento, porque solo se le otorga el equivalente económico del daño sufrido, mediante la cláusula penal el acreedor podría terminar recibiendo un monto superior al daño real, e incluso cobrar la penalidad sin la ocurrencia de un daño.

Para FERNÁNDEZ, entonces, es claro que la cláusula penal no cumple una función compensatoria. No es lo mismo la tutela resarcitoria (respon-

31 *Ibid*, pp. 61 y 62.

sabilidad civil) que la tutela contra el incumplimiento. El incumplimiento no necesariamente puede generar un daño, incluso podría generar un beneficio (solo pensemos en el *efficient breach*). Por ende, la reacción del derecho privado contra el *incumplimiento* no es el mismo que frente al *daño*.

Recordemos nuevamente que la eficiencia de la cláusula penal permite a las partes negociar —cuando pueden negociar a bajos costos— quién deberá soportar el costo económico de un *eventual daño* y cuál será la cuantía del mismo. La elección es simple: o se opta por una disposición convencional o se opta por las reglas ordinarias de la responsabilidad civil. Si las partes optan por la responsabilidad civil deberán esperar a que ocurra un daño y demandar la liquidación y el pago del mismo ante un tribunal. Si las partes optan por la penalidad, deberán acordar su cuantía y el mismo se pagará sin probar daño alguno, y, por ende, en principio, no interesa si en los hechos ocurre un daño o no y la cuantía del mismo.

Visto de otro modo, las partes pueden optar entre un mecanismo judicial para cobrar un monto dinerario (responsabilidad civil) o un mecanismo extrajudicial (cláusula penal). Las partes deciden entre acudir a un juez o mantener la ejecución como una estrictamente privada.

Entonces son las mismas partes las que eligen si prefieren negociar la cuantía del daño o si prefieren acudir a una corte para liquidarlo. En el primer supuesto, no existe daño, pero aun así las partes pactan un monto dinerario; mientras que, en el segundo supuesto, sí existe daño y es labor de una corte o tribunal arbitral determinar su cuantía. Como vemos, no es lo mismo la reacción frente a un eventual incumplimiento (gira en torno al daño anticipado) que frente a la ocurrencia efectiva de un daño (gira en torno al daño real).

El debate en torno a la función compensatoria de la cláusula penal puede resumirse en lo siguiente: o se rechaza totalmente dicha función en la cláusula penal o, en todo caso, se admite la misma, pero de manera restringida. Sin embargo, de admitirse la misma, no puede ser esta la función más importante de la cláusula penal, si advertimos que el monto de la penalidad no tiene en cuenta el daño real (el cual ocurre en un

momento posterior al pacto de la penalidad), y que incluso la penalidad podría otorgar un beneficio con ocasión del incumplimiento, lo cual es totalmente ajeno a la responsabilidad civil.

Además, no puede considerarse a la moderación judicial de la pena como un argumento en favor de la función compensatoria, pues es claro que el juez no podría, por ejemplo, reducir una penalidad pactada al momento de la suscripción del contrato para equipararla al monto exacto de los daños sufridos *ex post*. Recordemos que el art. 1346 del Código Civil le otorga al juez o árbitro la autoridad para reducir equitativamente la pena cuando sea *manifiestamente excesiva*, lo cual quiere decir que las penas excesivas se ejecutan, pues es solo la *manifiestamente excesiva* aquella que *podría* —se trata de una facultad— ser reducida (respecto a este punto regresaremos más adelante). Entonces, por definición, no es raro que se ejecute una penalidad mayor a los daños reales, pues ello se debe a la función punitiva.

Como explica Rowan, comentando sobre la función punitiva en Francia: "Whilst French courts have jurisdiction to reduce sums payable under penalty clauses that are 'manifestly excessive' in order to protect weaker contracting parties, the coercive and punitive functions of such clauses are still very much alive"[32]. Si la cláusula penal fuese simplemente un sustituto al pago de daños, con una exclusiva función compensatoria, entonces el monto de la penalidad debería limitarse a los daños compensatorios[33]. Pero desde que existe la función disuasiva y punitiva, en la cláusula penal, la misma, en intervención del juez, no puede ser reducida hasta el monto equivalente a los daños compensatorios, pues siempre deberá ser mayor, en reconocimiento de las funciones disuasiva y punitiva.

32 Rowan, Solène, "Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 3,vol. 30, 2010, p. 514.

33 Zimmermann, Reinhard, "Agreed Payment for Non-performance", en Jansen, Nils y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 1541.

Habiendo hecho esta distinción, Gastón Fernández explica, optando por el rechazo absoluto de la función compensatoria de la cláusula penal, que la función punitiva "constituye la principal función de la cláusula penal, que a su vez se complementa con la de 'liquidación anticipada y global de daños eventuales y futuros' a favor del acreedor"[34]. Si el monto dinerario que se otorga por concepto de cláusula penal no es un supuesto de responsabilidad civil, entonces el monto de la penalidad se paga por concepto de sanción.

La importancia práctica de distinguir entre los diferentes medios de tutela es la aplicación del régimen legal correspondiente. "[U]na vez que las partes de un contrato pacten la aplicación de una cláusula penal, resultarán aplicables las reglas particulares de la penalidad en tanto tutela contra el incumplimiento, no así las reglas de la tutela resarcitoria"[35], entre las cuales se encuentra el art. 1328 del Código Civil. Así es como se explica por qué una cláusula penal no puede ser considerada como nula al no limitar el resarcimiento contractual[36]. Lo que ocurre es que las partes optan por un régimen legal y excluyen el otro, es decir —expresándonos correctamente y con precisión—, la cláusula penal no limita, sino sustituye al resarcimiento, y esto es posible porque es la misma ley la que lo permite.

Y, en todo caso, debemos diferenciar correctamente a una cláusula penal de una cláusula limitativa de responsabilidad para darnos cuenta de que se trata de instituciones distintas. Mientras que la primera protege al acreedor (al otorgarle un monto dinerario a su favor) y se enfoca en el incumplimiento, la segunda protege al deudor (al limitar su

34 Fernández Cruz, *La cláusula penal. tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria. La problemática de su encuadramiento*, ob. cit., pp. 59-60.

35 *Ibid*, p. 64.

36 En posición contraria en sede nacional, véase Espinoza Espinoza, *Introducción al derecho de las obligaciones*, ob. cit., p. 338: "dentro de la posición que sostengo, la cláusula penal solo puede ser pactada, si interpretamos sistemáticamente los arts. 1328 y 1341 c.c., en caso de incumplimiento o cumplimiento inexacto por culpa leve; no por dolo ni culpa inexcusable, ni por culpa leve cuando se violan normas de orden público".

responsabilidad) y se enfoca en el daño[37]. Tema distinto es que se pacte, con la etiqueta de *cláusula penal*, una verdadera cláusula de limitación de responsabilidad. En este caso, dado que se trataría de un supuesto de fraude a la ley, sí sería aplicable el art. 1328, pero esto confirma que ambas figuras jurídicas son distintas y que una no puede pasarse por la otra. La conclusión sigue siendo la misma: al tratarse de figuras distintas, le son aplicables reglas distintas. El régimen general es el de la responsabilidad contractual, mientras que el especial es el de la cláusula penal.

Resulta interesante advertir que el mismo problema también existe en el sistema anglosajón. En el derecho americano, existen los *liquidated damages* y los *penalties*. El primero es un pacto por el cual se liquida convencionalmente un monto dinerario por concepto de daños. En este caso, el comentario a) de la sección §356 del Restatement (Second) of Contracts señala expresamente que dicho monto dinerario debe cumplir con el principio de compensación (*principle of compensation*). Por el contrario, el segundo pacto (el *penalty*) es una estipulación que liquida un monto dinerario superior a los daños anticipados o reales, y que cumple una función disuasiva y punitiva (*in terrorem*). La consecuencia práctica de tal distinción es simple: los *liquidated damages* son pactos válidos que se ejecutan (*enforceable*), mientras que los *penalties* no se ejecutan por ser nulos (*void*). Entonces, comprendemos por qué los términos "cláusula penal" o "penalidad" son usados para traducir al término *liquidated damages* y no al *penalty*, y mucho menos a la *penalty clause*, que es el término empleado en el derecho inglés[38].

37 Rodríguez Tapia, José Miguel, "Sobre la cláusula penal en el Código Civil", en *Anuario de Derecho Civil*, n.° 2, vol. 46, 1993, p. 530.

38 Respecto a la confusión que se puede generar por la terminología que se usa en ambos sistemas jurídicos, véase Pejovic, Caslav, "Civil law and common law: Two Different Path Leading to the Same Goal", en *Victoria University of Wellington Law Review*, n.° 3, vol. 32, 2001, p. 826: "The common law terms 'liquidated damages' and 'penalties' may cause confusion in civil law, especially in French law, because the French term "clause penale" and the English term "penalty clause" seem to be similar, but they have very different meanings. *Clause penale* specifies the sum of money which is recoverable by the creditor if the debtor fails to perform his obligations. The amount specified by *clause penale* should correspond to the estimated loss suffered by the innocent party. Hence, the correct English translation of *clause penale* is 'liquidated damages clause' and not 'penalty clause'".

Ante esta realidad, y confundiendo los diversos *remedies,* se ha pretendido calificar como *penalties* a ciertas estipulaciones, por las cuales se liquida un monto dinerario, pero que no se pacta realmente como *liquidated damages.* Un caso en concreto lo encontramos en los *termination fees* (también conocidos como *break-up fees*), los cuales son estándares en los contratos de fusiones y adquisiciones. Un *termination fee* le otorga al vendedor de una empresa el derecho a dejar sin efecto el contrato, en cualquier momento y sin alegación de causa, con el simple pago del *fee* pactado; mientras que un *reverse termination fee* le otorga al comprador el mismo derecho. Si bien, en los contratos, se suele señalar expresamente que, por ejemplo, en el caso del *termination fee*, el *fee* pactado es el único remedio en favor del comprador y que el mismo limita la responsabilidad (*liability*) del vendedor, esto no quiere decir que estemos ante una manifestación de los *liquidated damages*. Lo contrario implica admitir que a los *termination fees* les es aplicable el principio de compensación, y, en consecuencia, serían nulos los *termination fees* cuyos montos sean irrazonables, en relación con los daños anticipados o reales al calificar como *penalties*[39].

Sin embargo, uno de los autores más importantes en fusiones y adquisiciones en el derecho americano y profesor de la Harvard Law School ha explicado que los *termination fees* no son iguales a los *liquidated damages*, al consistir en remedios distintos. Mientras que los primeros son remedios para terminar el contrato (al tratarse de derechos de salida), los segundos son remedios que se desencadenan ante el incumplimiento. En efecto, John Coates señala que "such fees are different than liquidated damages clauses, which represent contractually agreed remedies for breach, as opposed to termination"[40]. Como vemos, en el *common law* también se exige la correcta distinción entre remedios para evitar

39 Para una discusión al respecto, véase Swett, Thomas, "Merger Terminations after Bell Atlantic: Applying a Liquidated Damages Analysis to Termination Fees Provisions", en *University of Colorado Law Review*, vol. 70, 1999, p. 341 y ss.

40 Coates IV, John, "M&A Contracts: Purposes, Types, Regulation, and Patterns of Practice", en *The European Corporate Governance Institute, Working Papers Series in Law, Law Working Paper*, n° 292, 2015, p. 12.

que el régimen legal de uno se aplique al otro, y esto parte de entender correctamente la naturaleza jurídica de los diversos remedios, en virtud de sus funciones.

A diferencia de lo que señala el maestro Gastón Fernández, nosotros consideramos que la función compensatoria sí es parte de la cláusula penal, pero es una función contingente. La clave está es apreciar a las funciones de la cláusula penal en dos momentos distintos: 1) al momento de la estipulación de la cláusula y 2) al momento del incumplimiento. La función compensatoria es contingente porque la misma se apreciará recién al momento del incumplimiento del contrato, además la existencia de tal función dependerá de la ocurrencia o no de un daño y de su cuantía en relación con el monto de la penalidad pactada.

Al momento de la estipulación de la cláusula penal la misma puede cumplir las siguientes funciones: a) liquidación, b) disuasión, o c) garantía. Al momento del incumplimiento del contrato las funciones pueden ser: a) punitiva, b) compensatoria, o c) distribución de riesgos. La discusión en torno a la naturaleza de la cláusula penal no puede prescindir de la distinción entre estos dos momentos, pues, así como puede ocurrir que el daño sea menor a la penalidad, también podría suceder que sea mayor. Si se pacta una penalidad por 100 y los daños son 20, dicha penalidad será principalmente punitiva, pero si los daños ascienden a 150, dicha penalidad no puede ser punitiva al ser claramente compensatoria, mejor aún subcompensatoria.

Además, para entender esta postura es importante internalizar que la función compensatoria no se materializa exclusivamente a través de la responsabilidad civil. Admitir la función compensatoria, aunque sea de manera contingente, en la cláusula penal, no quiere decir que esta sea una manifestación convencional de la responsabilidad civil. La cláusula penal es un sustituto de la responsabilidad civil, pero, a su vez, la responsabilidad civil no tiene el monopolio de la función compensatoria. Existen otros institutos jurídicos que también pueden cumplir dicha función, aunque no sea de manera preponderante como ocurre en la responsabilidad civil.

En pocas palabras, la cláusula penal es distinta a la responsabilidad civil, pero la esta cláusula puede aún cumplir una función compensatoria al no ser la misma exclusiva de la responsabilidad civil. Regresaremos sobre esto más adelante y a detalle.

2.3. Economía de la cláusula penal y los *penalties*

2.3.1. La cláusula penal como un seguro

El estudio de la cláusula penal debe complementarse, para su correcto entendimiento, con el análisis económico. Es pertinente adelantar que, desde una perspectiva económica, la cláusula penal funciona como un seguro. La utilidad del análisis económico es que nos permite descubrir cómo funcionan realmente en la práctica los institutos legales, entre ellos, los remedios contractuales. Entiéndase que no se trata de distinguir entre una cláusula penal *legal* y una cláusula penal *económica*. El objetivo es demostrar cómo el análisis económico nos permite evidenciar la forma como es utilizada la cláusula penal, con el objetivo de conseguir los mismos resultados que se logran a través de otras instituciones legales como el seguro.

Algunos autores consideran que la cláusula penal solo debería desencadenarse ante el incumplimiento contractual, pero no ante cualquier tipo de incumplimiento, sino frente a uno imputable al deudor. Sin perjuicio de que el art. 1343 del Código Civil señala que es requisito, para el pago de la penalidad, el incumplimiento imputable al deudor "salvo pacto en contrario" (con lo cual se admite el pacto de una penalidad *objetiva*), se considera que tal disposición legal debería corregirse en una próxima reforma al tratarse de un grave error conceptual.

Como indica Gastón Fernández, presidente del grupo de trabajo para la revisión del Código Civil peruano:

> No hay duda, en nuestra opinión, de la claridad del texto legislativo; y por ello consideramos que en el Perú puede pactarse una penalidad para cubrir un evento de causa no imputable a las partes. Empero, consideramos que esto constituye un *grave error conceptual* que debe ser corregido en una futura reforma del Código Civil peruano, dado que ello tuerce groseramente la naturaleza propia de la cláusula penal que no debiera ser admisible para cubrir supuestos ajenos a su tipicidad, en la medida que este instituto, en su causa típica, reconoce un supuesto de hecho sancionatorio justamente antitético a la causa no imputable. Como ya hemos indicado precedentemente, es perfectamente posible y lícito que las partes puedan pactar una cláusula atípica y regular los efectos que ellas desean cubrir ante el suceso de una causa no imputable, sobre la base de la autonomía privada, pero ella no debería ser encuadrable bajo la figura típica de la cláusula penal[41].

Otros autores no tienen inconvenientes con la cláusula penal objetiva. Explica Juan Espinoza, vice presidente del grupo de trabajo para la revisión del Código Civil peruano, que "en atención a lo prescrito, no hay impedimento legal para que una de las partes asuma el riesgo y se haga responsable del incumplimiento por causas imputables, estableciéndose una penalidad por ello"[42].

Nosotros consideramos que la cláusula penal objetiva demuestra la verdadera utilidad de esta institución contractual. Pensemos en un ejemplo. Supongamos que el acreedor necesita un bien no fungible que debe enviar en un barco. Si el bien no llega el día lunes antes de la 3:00 p. m. (hora en que sale el barco), entonces el bien no le sirve al acreedor, pues no podrá embarcarlo. Por tal motivo, el acreedor necesita de un deudor que firme un contrato y se obligue a la entrega del bien en el tiempo y modo pactado, pero desde que el deudor puede incumplir, el contrato mismo es insuficiente. Siendo que el acreedor es adverso al riesgo y que estaría dispuesto a pagar un monto adicional siempre y cuando pueda eliminar el riesgo de incumplimiento, resulta útil que se incluya, en el contrato, una penalidad lo suficientemente alta que se desencadene ante la simple no entrega del bien (cubriendo de esta manera

41 Fernández Cruz, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria. La problemática de su encuadramiento*, ob. cit., p. 59.

42 Espinoza Espinoza, *Introducción al derecho de las obligaciones*, ob. cit., p. 337.

el incumplimiento no imputable). Si el deudor es indiferente al riesgo (e incluso amante del mismo), no tendrá problemas para asegurar al acreedor concediéndole una penalidad alta a cambio de un precio mayor.

Así es como la penalidad imita funcionalmente a un seguro. El deudor asume un riesgo —el riesgo de no entrega del bien— a cambio de una prima (un mayor precio). En caso el bien no se entregue, el deudor mantendrá indemne al acreedor con el pago de la penalidad. El pacto de una penalidad de este tipo induce al deudor a realizar todo lo posible para entregar el bien, desde que es el deudor quien se encuentra en mejor posición para controlar los riesgos que le impidan entregar el bien. Por tal motivo, asume el riesgo de incumplimiento sea por causa imputable o no imputable. Con este pacto se incrementa el valor del contrato, pues el acreedor paga por una seguridad absoluta y el deudor logra conseguir un mejor precio. Quienes estén familiarizados con la práctica arbitral podrán confirmar que no es raro el pacto de cláusulas penales objetivas que se desencadenan ante la simple inejecución de la prestación.

La necesidad de pactar una penalidad, que sirva como una garantía específica, demuestra la insuficiencia de la garantía universal del deudor frente al acreedor y del régimen legal de responsabilidad contractual. Al acreedor le es más útil contar con una garantía personal, diferente a las tradicionales, que le otorgue mayor protección y agilidad en el cobro de un monto dinerario. Además, lo eficiente de la cláusula penal es que el asegurador es el mismo deudor, no un tercero ajeno a la relación contractual. Esto claramente reduce los costos de la transacción: es más barato que el mismo deudor asegure el cumplimiento a que lo haga un tercero.

La cláusula penal funciona como:

> [G]arantía personal, pues concede al acreedor una facultad subsidiaria contra el propio deudor. A diferencia de otras garantías personales (fianza, aval), el garante no es un tercero, sino el propio deudor; además, puede facultar al acreedor para recibir no solo el valor del crédito insatisfecho (como la fianza, prenda, hipoteca...), sino algo más, ya que el monto de la pena convencional puede exceder de la cuantía a que asciendan los daños y perjuicios efectivamente derivados del incumplimiento[43].

Además de la función de garantía, la equiparación de la penalidad a un seguro permite desenterrar otra función comúnmente ignorada por los civilistas tradicionales: la distribución de riesgos. Al prescindir la cláusula penal de la existencia del daño y de su probanza, las partes distribuyen riesgos en virtud del monto pactado por concepto de penalidad. El acreedor asumirá los mayores daños que pueda sufrir por encima de la penalidad (salvo que se pacte el daño ulterior), mientras que el deudor asumirá el mayor costo de la penalidad si el acreedor no sufre daños o sufre daños menores al monto pactado.

Así se explica claramente cómo la cláusula penal es diferente a la responsabilidad civil. Si agregamos las funciones de garantía y distribución de riesgos, entonces es evidente que la cláusula penal objetiva no es una cláusula atípica; por el contrario, es una cláusula típica que demuestra la verdadera utilidad de la cláusula penal.

Esta equiparación económica de la cláusula penal a un seguro se origina en el enfoque económico, utilizado en el derecho americano para criticar la distinción entre *liquidated damages* y *penalties*. Como sabemos, el análisis económico del derecho surgió en Estados Unidos de América para analizar a las instituciones legales anglosajonas desde una perspectiva económica. Posteriormente autores europeos han utilizado el análisis económico para estudiar a sus propias instituciones civilistas[44]. El análisis económico nos permite comprender que la economía de la

43 Arana de la Fuente, Isabel, "La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria", en *ADC*, t. LXII, fasc. IV, 2009, pp. 1590 y 1591.

44 Véase Schäfer, Hans-Bernd y Claus Ott, *The Economic Analysis of civil law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2004; Mackaay, Ejan, *Law and Economics in civil law Systems*, Cheltenham: Edward Elgar, 2013; Deffains, Bruno y Thierry Kirat, *Law and Economics in civil law Countries*, Amsterdam: Elsevier, 2005.

cláusula penal continental surge del análisis económico de la distinción entre *liquidated damages* y *penalties*.

Los americanos utilizaron el análisis económico para criticar esta distinción y explicaron por qué los *penalties* son eficientes al liquidar un monto dinerario mayor a los daños anticipados o reales, señalando que, por tal motivo, deberían ser pactos válidos y exigibles. Este análisis económico sobre los *penalties* anglosajones es útil para comprender cómo la cláusula penal continental, que liquida un monto excesivo, es un pacto punitivo que es eficiente.

Como hemos explicado, los *penalties* son nulos, mientras que las cláusulas penales excesivas son pactos válidos que eventualmente podrían ser reducidos. Este tratamiento diferenciado de la cláusula penal, en relación con el *penalty,* implica una victoria de eficiencia en favor del *civil law*[45]. La economía de los *penalties* permitirá comprender en mejor medida por qué es eficiente el pacto de cláusulas penales cuyos montos excedan al daño real.

2.3.2. Liquidated damages vs. penalties

Por *liquidated damages* se conoce a aquellas estimaciones convencionales que realizan las partes sobre los daños anticipados o reales que pueda sufrir el acreedor, ante el incumplimiento contractual, mientras que, en los *penalties*, la estimación de los daños no es razonable al consistir en un monto mayor a los daños anticipados o reales.

Dicha diferencia es importante desde que, en la experiencia anglosajona, se rechaza la ejecución de las liquidaciones contractuales que sean considerados como *penalties*, esto es, estimaciones que los tribunales han

45 Mattei, Ugo, "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract", en *American Journal of Comparative Law*, n.° 3, vol. 43, 1995, p. 430.
A pesar de la supuesta superioridad del *common law* sobre el *civil law*, el derecho comparado ha reconocido tres temas legales contractuales en donde el *civil law* le gana la batalla de la eficiencia al *common law*: i) la procedencia de los remedios ante el incumplimiento contractual (*specific performance* vs. *damages*), ii) el pacto de la cláusula penal y iii) la responsabilidad precontractual.

calificado como liquidaciones no razonables de los daños anticipados o reales. En efecto, la sección §356 del Restatement (Second) of Contracts señala lo siguiente:

> 1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.
> 2) A term in a bond providing for an amount of money as a penalty for non-occurrence of the condition of the bond is unenforceable on grounds of public policy to the extent that the amount exceeds the loss caused by such non-occurrence.

De esta manera, solo se ejecutarán las sumas pactadas que sean iguales o menores a una estimación razonable de los daños anticipados o reales[46]. Adicionalmente, el Restatement señala que una estimación es razonable cuando los daños anticipados o reales sean de difícil probanza.

Para determinar si una cláusula de daños se ejecuta o no, las cortes suelen empezar por buscar evidencias que le permitan concluir si la intención de las partes fue pactar una cláusula de daños compensatoria (*liquidated damages*) o una cláusula punitiva (*penalty*)[47].

La referencia que hace el Restatement a los daños anticipados o actuales implica la posibilidad de emplear dos tipos de análisis, uno

46 Edlin, Aaron S. y Alan Schwartz, "Optimal Penalties in Contracts", en *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, 2003, p. 33: "The law also permits parties to specify in their contract the sum the promisor must pay on breach: the specified sum is permitted to fall below, but cannot exceed, a reasonable ex ante estimation of the promisee's expectation interest. The rules regulating contractual damage measures, denoted here as the "liquidated damages rules," thus prohibit penalties"; Rubin, Paul, "Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance", en *The Journal of Legal Studies*, n.° 2, vol. 10, 1981, p. 241: "A contract may include a clause specifying the amount to be paid by the performing party in the event of breach. However, this payment cannot be more than the cost of the breach to the paying party. If the payment specified is larger than this cost, the courts will generally hold that the payment is a penalty and will not enforce the agreement".

47 Calleros, Charles, "Punitive damages, liquidated damages, and *clauses pénales* in contract actions: A comparative analysis of the American common law and the French Civil Code", en *Brook. J. Int'L L.*, vol. 32, 2006, p. 74.

prospectivo o *ex ante* (por los daños anticipados) y uno retrospectivo o *ex post* (por los daños actuales o reales). Por el análisis prospectivo, las cortes ejecutarán una cláusula de daños si al momento de la estipulación de la cláusula el monto pactado representaba una estimación razonable, en virtud de la información disponible a tal momento, de los daños que derivarían del incumplimiento contractual. También se tendrá en cuenta la dificultad de definir el monto de la cláusula al momento de su estipulación. Aparentemente esta debería ser la única regla aplicable para analizar si una cláusula de daños es una *penalty* o no. La evaluación de la cláusula de daños debe tener como referente los daños que se podían anticipar al momento de la celebración del contrato (análisis prospectivo) y no los daños cuando ya ocurrieron (análisis retrospectivo), los cuales, claramente, no se pueden internalizar ni tomar en cuenta con exactitud al momento de la celebración del contrato.

Sin embargo, y tal como señala la sección §356(1), las cortes evalúan la razonabilidad del monto pactado, en virtud tanto de los daños anticipados como de los daños actuales. Pero téngase en cuenta que el análisis retrospectivo no puede ser usado para rechazar la ejecución de una cláusula de daños que prospectivamente calificaba como *liquidated damages*[48]. Entonces, entiéndase que el análisis retrospectivo se usa en favor de una cláusula de daños para evitar que sea considerada como *penalty*. Si una cláusula contiene un monto razonable, en relación con los daños que se podían anticipar al momento de pactar la cláusula, las cortes deberían ejecutar dicha cláusula al considerarla como *liquidated damages*, sin perjuicio de que posteriormente, en los hechos, el incumplimiento ocasione daños menores o incluso ningún daño[49].

48 *Loc. cit.*

49 Weisfield, James Arthur, "Keep the change: A critique of the No Actual Injury Defense to Liquidated Damages", en *Washington Law Review*, vol. 65, 1990, p. 978: "The *Lind* defense of "no actual injury" eradicates the benefits of liquidating damages. When ordinary remedial measures for breach would yield no damages at trial, the defense voids otherwise enforceable clauses. By preventing parties from relying on their negotiated clauses, the defense diminishes the advantages of agreed remedies without delivering reciprocal gains in equity. A no actual injury defense, therefore, contravenes Washington's long standing policy of favoring liquidated damages clauses. To preserve the utility of liquidated damages clauses, courts should reject the *Lind* defense and judge enforceability as of the time of contract formation".

Por el contrario, si la cláusula contiene un monto irrazonable *ex ante*, en virtud de la información disponible al momento de redactar la cláusula, pero los daños efectivos que derivan del incumplimiento terminan siendo mayores, entonces el monto irrazonable *ex ante* no sería irrazonable *ex post*, porque los daños actuales terminaron siendo mayores a los que razonablemente pudieron haberse anticipado. De esta manera, el análisis retrospectivo cura a la cláusula de daños y evita que sea considerada como *penalty*. Recordemos, además, que retrospectivamente también se tiene en cuenta la dificultad en la prueba de los daños, pero, en este caso, no en relación con la liquidación previa del monto, sino en la cuantificación de los daños sufridos.

En el *civil law*, la diferencia entre *liquidated damages* y *penalties* no existe. Mientras que, en el derecho americano, existen dos cláusulas (una que se ejecuta, *liquidated damages*, y otra que no, *penalties*), en el *civil law*, tenemos una sola cláusula conocida como cláusula penal o penalidades (*clauses pénales*, *Vertragsstrafe*, *clausola penale*). Con ello debe entenderse que la traducción correcta del término "cláusula penal" al inglés debe ser *liquidated damages* y no *penalties*. Esta clara diferencia del tratamiento de las liquidaciones convencionales, en el *civil law* y *common law*, ha sido ampliamente discutida principalmente por los abogados comparatistas[50].

La principal diferencia práctica que podemos identificar entre ambos sistemas es que las cláusulas penales continentales siempre se deberán ejecutar. Un tribunal peruano no podría señalar que la liquidación de las partes no es razonable y disponer la no ejecución de la misma. Sin

50 Mattei, Ugo, "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract", art. cit., p. 427 y ss; Miller, Lucinda, "Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study", en *The International and Comparative Law Quarterly*, n.° 1, vol. 53, 2004, p. 79 y ss.; Hatzis, Aristides, "Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law", en *International Review of Law and Economics*, vol. 22, 2003, p. 381 y ss.; Marsh, Norman, "Penal Clauses in Contracts: A Comparative Study", en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, n.° ¾, vol. 32, 1950, p. 66 y ss.; Pejovic, Caslav, "Civil law and common law: Two Different Path Leading to the Same Goal", art. cit., p. 817 y ss.; McKenna, J. Frank, "Liquidated Damages and Penalty Clauses: A civil law versus common law Comparison", en *The Critical Path, ReedSmith*, 2008, p. 1 y ss.

embargo, lo que sí pueden hacer los jueces y árbitros, pero, de manera excepcional y restringida, es reducir las penalidades que consideren manifiestamente excesivas siempre que así haya sido solicitado por el deudor de la penalidad, conforme al art. 1346 del Código Civil peruano. Este sistema se conoce como de mutabilidad relativa. En otros sistemas como el francés rige el sistema de mutabilidad absoluta, por el cual la cláusula penal también puede ser aumentada, incluso de oficio, en caso los daños sean mayores al monto de la penalidad, conforme al nuevo art. 1231-5 del Code Civil[51].

Si bien, en la práctica, un régimen de *liquidated damages* y *penalties* frente a uno de cláusula penal, con reducción equitativa, pueden ser similares, la gran diferencia es que los *penalties* no se ejecutarán en su totalidad, mientras que las cláusulas penales, en el peor de los casos, se ejecutarán, pero reducidas a petición de parte o de oficio en los sistemas que así lo permitan[52].

Esta distinción no solo ha llamado la atención de los comparatistas, sino también de los académicos dedicados al análisis económico del derecho. La literatura económica ha criticado duramente la no ejecución de los *penalties* por ser ineficiente e intervencionista, al vulnerar el pacto entre las partes.

51 Art. 1231-5.- Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.
Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.
Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.
Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.
Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.

52 Marín García, Ignacio, "Enforcement of Penalty Clauses in Civil and common law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties", en *European Journal of Legal Studies*, n.° 1, vol. 5, 2012, p. 98 y ss.

2.3.3. El nuevo derecho inglés de los penalties

En el *common law*, siempre ha destacado la distinción entre *liquidated damages* y *penalties*, para considerar válidos y ejecutables a los primeros (al ser compensatorios), pero inválidos e inejecutables a los segundos (por ser disuasivos y punitivos). Sin embargo, esta posición anglosajona ha cambiado para el derecho inglés a partir del 4 de noviembre del 2015, en virtud de lo resuelto por la UK Supreme Court en *Cavendish Square Holding BV vs. Talal El Makdessi* (Cavendish) y *ParkingEye Limited vs. Beavis* (Beavis)[53]. Se trata de un solo pronunciamiento que resuelve ambos casos, Makdessi y Beavis.

La práctica tradicional en el derecho inglés consistía en analizar si una cláusula de daños era considerada como *liquidated damages* o *penalty*. Para ello debía evaluarse si se trataba de una genuina preestimación de los daños que pudieran derivarse del incumplimiento y si la cláusula se había pactado con el objetivo de compeler o coaccionar el cumplimiento (*in terrorem*).

Así como en el derecho americano se ha propuesto eliminar el derecho de los *liquidated damages* para hacer ejecutables a los *penalties*, por ser estos eficientes[54], en el derecho inglés también se discute la misma alternativa. Como explica la UK Supreme Court, "the penalty rule in England is an ancient, haphazardly constructed edifice which has not weathered well, and which in the opinion of some should simply be demolished, and in the opinion of others should be reconstructed and extended"[55].

Al final, la UK Supreme Court decidió en no abolir la prohibición, sino en crear un nuevo test basado en los legítimos intereses del acree-

53 [2015] UKSC 67.

54 DiMatteo, Larry, "A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages", en *American Business Law Journal*, n.° 4, vol. 38, 2001, p. 634 y ss.

55 [2015] UKSC 67, párrafo 3.

dor[56], y que, por lo tanto, sea más realista. Este test basado en los legítimos intereses reemplaza al test propuesto en su momento en el caso *Dunlop Pneumatic Tyre vs. New Garage and Motor* (1914)[57]. El efecto de este nuevo test es limitar la prohibición de los *penalties*. En adelante, al tener en cuenta los legítimos intereses del acreedor, se relativiza la distinción entre *liquidated damages* y *penalties*, pues ahora los primeros son válidos siempre y cuando pretendan asegurar el cumplimiento del contrato. Tal vez lo más interesante del pronunciamiento de la UK Supreme Court es el hecho de que se pronuncia sobre dos casos totalmente opuestos: 1) la venta de un negocio entre dos partes comerciales altamente sofisticadas y con buena asesoría de abogados, y 2) la imposición de un recargo a un conductor por pasarse el límite de la hora de estacionamiento. En el primero, estamos ante un caso de Goliat versus Goliat (contrato de M&A), mientras que en el segundo de David versus Goliat (contrato de consumo)[58].

En *Makdessi*, el caso consiste en un complejo contrato por el cual se acordó en vender una empresa. El acuerdo proveía un periodo de no competencia contra el vendedor (Makdessi), y, en caso de incumplimiento, el comprador (Cavendish) podría retener las dos últimas cuotas del precio (aproximadamente $ 44 millones) y adquiriría una opción para comprar acciones del vendedor a un precio menor y que no tenga en cuenta el *goodwill*. El interés legítimo del comprador era mantener la lealtad del vendedor como una manera de mantener el valor de la empresa.

56 [2015] UKSC 67, párrafo 36: "[…] we do not consider that judicial abolition would be a proper course for this court to take".

57 "(1) that the provision would be penal if 'the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach'; (2) that the provision would be penal if the breach consisted only in the non-payment of money and it provided for the payment of a larger sum; (3) that there was 'a presumption (but no more)' that the provision would be penal if it was payable in a number of events of varying gravity; and (4) that the provision would not be treated as penal by reason only of the impossibility of precisely pre-estimating the true loss".

58 Giliker, Paula, "Case Note England and Wales, UKSC 4 November 2015, Cavendish Square Holdings BV. Makdessi; ParkingEye Ltd v. Beavis", en *European Review of Private Law*, n.° 1, vol. 25, 2017, pp. 174 y 178.

Según la UK Supreme Court, el nuevo test puede ser formulado de la siguiente manera: "The true test is whether the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation".

En virtud del nuevo test, se debe evaluar: 1) si existe un legítimo interés protegido por la provisión contractual, y 2) si la provisión contractual es extravagante, exorbitante o excesiva (*extravagant, exorbitant or unconscionable*).

Recordemos que, en el presente caso, estamos ante la venta de una empresa, en donde participaron partes altamente sofisticadas con buenos abogados. Esto es lo que se conoce como negociación en igualdad de condiciones (*at arm's length*). En este escenario, como señalaron Lords Neuberger y Sumption, "in a negotiated contract between properly advised parties to comparable bargaining power, the strong initial presumption must be that the parties themselves are the best judges of what is legitimate in a provision leading with the consequences of breach"[59]. En este sentido, se da preferencia a la libertad contractual de las partes. En el caso en concreto, se consideró que el derecho de retención del precio y la opción no eran considerados como un *penalty*.

Por otro lado, el caso *Beavis* consistía en una relación de consumo, esto es, algo totalmente opuesto a la situación de *Makdessi*, en donde las partes eran sofisticadas y se encontraban adecuadamente asesoradas. El Sr. Beavis estacionó su carro en un estacionamiento operado por ParkingEye. En dicho establecimiento se encontraban carteles grandes y claros anunciando que el estacionamiento era gratis por dos horas, y que, en caso de superar este límite, debía pagarse un recargo de £85. El Sr. Beavis se sobrepasó del límite por casi una hora y se rehusó a pagar el recargo.

La UK Supreme Court consideró que el monto impuesto por ParkingEye no era un *penalty*. Aplicando el nuevo test, se evaluó si 1) ParkingEye

59 Giliker, "Case Note England and Wales, UKSC 4 November 2015, Cavendish Square Holdings BV. Makdessi; ParkingEye Ltd v. Beavis", art. cit., p. 177.

tenía un legítimo interés en proteger con la imposición del recargo, y 2) si el recargo era excesivo. La UK Supreme Court concluyó que a) para administrar el uso eficiente de los espacios de estacionamiento en favor del público, era necesario disuadir que los clientes superen el límite de dos horas, y b) que la existencia del recargo permitía a ParkingEye asegurar su flujo de ingresos para poder asumir los costos operativos del estacionamiento y obtener una ganancia. Sin embargo, ello no sería posible si los clientes se estacionan más allá del límite de dos horas[60].

El Sr. Beavis argumentó que el recargo era contrario al Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation de 1999. Al respecto, la UK Supreme Court no estuvo de acuerdo y, nuevamente, tomó en cuenta los legítimos intereses de ParkingEye de inducir a los consumidores a no superar el límite de estacionamiento libre, con el objetivo de maximizar el uso de los espacios de estacionamiento en favor del público. En este contexto, el recargo no era considerado como excesivo, debido a los logros que con este se conseguían.

Este nuevo test creado por la UK Supreme Court permite ahora tener *liquidated damages* que sean *in terrorem*, y, sin embargo, no sean consideradas como *penalties*. Es interesante analizar si este cambio, en el derecho inglés, permitiría que dicha regla se asimile mucho a la regla del *civil law*. En principio, los *penalties* eran nulos en el derecho inglés si cumplían la función *deterrence*, lo cual no era un problema para los sistemas jurídicos del *civil law*, en donde se reconoce expresamente la función *deterrence* de la cláusula penal. En todo caso, se admite la reducción de la cláusula penal si la misma es excesivamente onerosa, pero nunca se considera como una cláusula inválida, pues se da preferencia a la voluntad de las partes.

Pero ahora el derecho inglés ha optado por una postura que se dirige a restringir la intervención judicial para declarar nulos los *penalties* y confirmar la libertad contractual; mientras que el *civil law* se mantiene con la regla de confirmar la intervención judicial para reducir el monto de la penalidad, confirmando así la justicia y equidad contractual. Con-

60 *Ibid*, p. 178.

siderando este nuevo panorama, ¿se podría decir que el derecho inglés se asemeja más a sistemas jurídicos del *civil law*[61] y, en contraposición, se aleja del modelo americano? De ser así, esto demuestra —como ya hemos señalado— que la opción del *civil law*, de reconocer la validez de las cláusulas penales, es mejor que la tradicional prohibición anglosajona contra los *penalties*[62].

El nuevo test propuesto permite otorgar mayor flexibilidad para que ciertas cláusulas de daños no sean consideradas como *penalties*. Si bien no se admite, expresamente, a la función punitiva en el pacto de este tipo de cláusulas, la referencia al legítimo interés del acreedor permite matizar el duro dogma de la compensación al admitirse —ahora— a la función *deterrence*.

2.3.4. La eficiencia de los penalties

La eficiencia de los *penalties* puede explicarse si tenemos en cuenta lo siguiente: i) la distribución de riegos, ii) la liquidación de daños de

61 Patti, Francesco Paolo, "The New English Law on Penalty Clauses: An Italian Perspective", en *European Law of Private Law*, n.° 1, vol. 25, 2017, p. 234: "In this respect, the UK Supreme Court judgment determines a rapprochement between the English common law and the rules provided in civil law countries where the penalty clause is not considered a mere pre-estimate of the damages and where different functions are generally recognized to such clauses (compensatory, compulsory, punitive)"; Cannarsa, Michel, "French Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court", en *European Law of Private Law*, n.° 1, vol. 25, 2017, p. 225: "The conclusive remarks will come as no surprise considering the fact that English law and French law generally differ in their perception of freedom of contract and of the courts' role in 'redrafting' the contracts. But are these two approaches irreconcilable? Probably not as we can be united in diversity". Esta aparente convergencia merece un cuidadoso análisis comparativo. Gordley explicaba que si en el derecho comparado existen reglas distintas en diversos sistemas jurídicos, esto no quiere decir que estemos ante principios diferentes. A veces, los mismos principios podrían dar lugar a reglas diferentes, que se justifican en una forma diferente de regular la incertidumbre, pero finalmente, aunque se traten de perspectivas distintas, se podría identificar un principio común. Véase Gordley, James, "The universalist heritage", en Legrand, Pierre y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 31 y ss.

62 Faust, Florian, "German Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court", en *European Law of Private Law*, n.° 1, vol. 25, 2017, p. 207: "On the contrary, German law stands for the general enforceability of penalty clauses, which -in favor of consumers- is mitigated by a judicial review of the *application* of the clause under the specific circumstances. In my view, this is clearly preferable to the English all-or-nothing approach".

difícil probanza, y iii) el uso de los *penalties* como un seguro, en donde el deudor es quien puede asegurar al acreedor a menor costo.

Pensemos en el ejemplo clásico del vestido de novia. Después de largos trámites y una angustiada espera, la boda será el próximo sábado. Como el novio le prometió a la novia la boda perfecta, quiso asegurase contra cualquier contingencia; por ello, a pesar de que el vestido costaba $20 000, el novio estuvo dispuesto a pagar $30 000 siempre que la vendedora le asegurase la entrega oportuna del vestido a través del pacto de una penalidad por $15 000. Si bien la entrega del vestido había sido acordada para una semana antes del día de la boda, lo cual permitiría que, en caso de incumplimiento, se pueda encontrar —aunque con dificultad— un vestido alternativo, el novio es adverso al riesgo y prefirió asumir un precio mayor con el fin de disminuir el riesgo de incumplimiento.

Desde la perspectiva económica, ¿qué ha ocurrido en la transacción mencionada? Podemos mencionar lo siguiente:

i) las partes han distribuido el riesgo de incumplimiento entre ellas;
ii) dado que el comprador es adverso al riesgo, se justifica que el deudor sea el asegurador;
iii) dicho seguro se concretiza en una penalidad tan alta que llega casi a igualar el precio inicial de venta del vestido (lo cual es posible porque el deudor es neutral o amante del riesgo);
iv) el monto de la penalidad refleja que el vendedor conoce de la baja probabilidad de incumplimiento (si el riesgo de incumplimiento es 0, la penalidad de $15 000 es igual a cero); y,
v) se otorga protección sobre daños subjetivos (idiosincráticos) de difícil probanza, que normalmente tienen una alta probabilidad de rechazo por parte de los tribunales.

a) Distribución del riesgo de incumplimiento

En primer lugar, debemos tener en claro que el principal objetivo del derecho de contratos es la distribución de riesgos entre las partes, lo cual se evidencia claramente en operaciones complejas como las de

fusiones y adquisiciones de empresas[63]. Lo esencial no se enfoca en el bien objeto de la transacción y en el precio como contraprestación, sino en todos los riesgos que puedan afectar el éxito del contrato o, mejor aún, la economía subyacente al mismo. Las contrataciones más importantes no son aquellas de ejecución instantánea, sino aquellas que tiene un *performance* en el tiempo: contratos de duración o de ejecución instantánea diferidos. Además, dado que lo único que se mantiene constante es el cambio, las partes necesitan prever una serie de riesgos que serán asignados en la parte que pueda soportarla al menor costo. Esto es precisamente lo que ha pasado en el caso del novio.

Quien se encuentra en mejor posición para evitar el incumplimiento es la vendedora. Por ello, el riesgo de incumplimiento recae por completo sobre sus hombros, lo cual se ve asegurado con el pacto de una penalidad muy alta. En simple, la vendedora es quien puede evitar el riesgo al menor costo (*cheapest cost avoider*)[64]. Como contraprestación a la no asunción del riesgo de incumplimiento por parte del novio, este paga un precio mayor que no pagaría si tuviera que soportar dicho riesgo.

b) Aversión al riesgo

En segundo lugar, el comprador es una persona adversa al riesgo. Los agentes económicos pueden ser adversos al riesgo, neutrales al riesgo o amantes del riesgo. Mientras que los neutrales son indiferentes, los adversos se preocupan por invertir en reducir su exposición al riesgo y no en maximizar sus beneficios. Por su parte, lo contrario ocurre con

63 Coates IV, John, "Allocating Risk Through Contract: Evidence from M&A and Policy Implications", en *Harvard Law School. Working paper*, 2012, p. 1 y ss; Aava, Ott, "Risk Allocation Mechanisms in Merger and Acquisition Agreements", en *Helsinki Law Review*, vol. 2, 2010, p. 31 y ss.

64 Posner, Richard y Andrew Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis", en *The Journal of Legal Studies*, n.° 1, vol. 6, 1977, p. 88 y ss.

los amantes al riesgo, pues ellos están dispuestos a arriesgarse con el fin de obtener una mayor rentabilidad[65].

Si a una persona se le otorga la posibilidad de elegir entre un beneficio cierto de 100 y un beneficio de 200 al 50 % y es adversa al riesgo, preferirá los 100 (y así evita la incertidumbre); si es neutral al riesgo será indiferente (porque 100 es igual al beneficio esperado de 200*50 % = 100); y si es amante al riesgo preferirá la segunda opción (porque, aunque el beneficio esperado sea de 100, si gana recibirá 200).

Para el caso de las penalidades queda claro que el acreedor está dispuesto a asumir un mayor precio si con ello evita el riesgo de incumplimiento (está dispuesto a pagar $30 000 en vez de $20 000). Por su parte, el aseguramiento otorgado por el vendedor es eficiente si este es neutral al riesgo[66], e incluso amante al riesgo. Así es como el comprador asume la certeza mientras que el vendedor asume la incertidumbre, y con esto, se incrementa el valor del contrato.

c) El modelo del asegurador a bajo costo

En tercer lugar, el pacto de una penalidad alta se justifica porque la misma sirve como un seguro, al ser el vendedor quien se encuentra en mejor posición para proveer en favor de su comprador un seguro a bajo costo. Ello es eficiente por los bajos costos que tiene que asumir el vendedor a diferencia de los costos que tendría que incurrir un asegurador externo, y por la posibilidad de incorporar como parte de la penalidad daños subjetivos de difícil probanza que no serían concedidos por las cortes o tribunales arbitrales[67].

65 Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, 2.ª ed., Boston: Little, Brown and Company, 1989.

66 Rea, Samuel, "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", en *The Journal of Legal Studies*, n.° 1, vol. 13, 1984, p. 152: "If the seller is risk neutral and the buyer is risk averse, it is beneficial to both parties for the seller to insure the buyer".

67 Hatzis, Aristides, "Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law", art. cit., p. 390: "For economist, liquidated damages are far superior to the conventional damages awarded by the courts since they have been designed by the parties themselves". Goetz y Scott, "Liquidated damages, penalties and the just compensa-

Los remedios tradicionales frente al incumplimiento son la ejecución forzada, la resolución del contrato y el pago de daños. En caso el acreedor ya no tenga interés en la ejecución de la prestación al haberse calificado una situación de incumplimiento definitivo, podrá solicitar la resolución del contrato más el pago de daños compensatorios. Estos daños deberán ser probados por el demandante y, finalmente, liquidados por el tribunal competente. La regla es que el tribunal otorgue daños que coloquen a la parte perjudicada en la situación que se encontraría de haberse cumplido el contrato. En otras palabras, deberá otorgarse el interés positivo, esto es, el beneficio que hubiera recibido si la contraparte hubiera ejecutado su prestación.

Dicha expectativa de beneficio será determinada principalmente conforme a lo que se haya pactado en el contrato. Sin embargo, el resarcimiento no puede limitarse a una simple resta entre el valor de la prestación y el valor de la contraprestación para obtener el beneficio esperado por una de las partes. La regla es que, en las contrataciones, se encuentran involucrados intereses subjetivos e idiosincráticos que otorgan valor a la transacción[68].

Un vendedor podría realizar inversiones para reducir sus costos y aumentar su margen de ganancia, mientras que un comprador podría necesitar el bien por intereses estratégicos. Solo las partes saben realmente por qué contratan, y usualmente una parte no conoce todos los

tion principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach", art. cit., p. 570: "Implementing the compensation principle is much more difficult, however, in those cases where there is a recognized market value for the promised performance, but the promisee attaches an additional idiosyncratic value to the performance. Idiosyncratic value would include any subjective or "fanciful" valuation which varied significantly from the established market value. Where the subjective utility is greater than the established market valuation, the compensation principle may require a subjective basis for the compensation payment".

68 De Geest, Gerrit y Filip Wuyts, "Penalty Clauses and Liquidated Damages", en Bouckaert, Boudewijn y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol III, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 142: "In addition, liquidated damages are meant to compensate fully for losses, including subjective and other hard to prove losses. It is possible that courts mistakenly consider liquidated damages to be penalty clauses because they underestimate subjective costs. Yet, from an analytical point of view these clauses should be seen as liquidated damages".

motivos de su contraparte. Si dicha asimetría de información se traslada a las cortes, la asimetría sería incluso mayor. Hay muchas posibilidades de que las cortes rechacen otorgar daños que consideren muy subjetivos o que, simplemente, no puedan probarse con éxito en el litigio.

Con la liquidación previa de un monto por concepto de penalidades se evita los altos costos de litigio[69] y de error judicial[70]. Ante la ausencia de una cláusula penal, las cortes podrían equivocarse y otorgar daños menores a los realmente sufridos. Si a ello le añadimos los costos de litigio, es indiscutible que la solución eficiente será el pacto de un monto previamente liquidado, sin perjuicio de que sea mayor o menor a los daños reales. Si las cortes tienen la posibilidad de no ejecutar la penalidad, como en el caso americano, o de reducir la penalidad, como en el caso peruano, el pacto de una penalidad no cumplirá su función de evitar los costos de litigio y error judicial, porque una de las partes tendrá los incentivos para comportarse de manera estratégica y buscar la no ejecución o la reducción de la penalidad, según sea el caso.

En este momento es evidente que las eficiencias que pueden generar las penalidades solo podrán obtenerse si se restringe la intervención de los tribunales. Ellos deberían limitarse a verificar si se cumplió el supuesto de hecho regulado en la penalidad. De ser verificado, la penalidad se ejecuta y punto. Los tribunales no deberían tener el poder de rechazar la ejecución total o parcial del monto liquidado. Como señala Mattei:

> The penalty is by definition higher than the damages, so it is pointless to use the courts as accounting agencies of damages. In this manner

69 Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell, "Costly litigation and optimal damages", en *International Review of Law and Economics*, vol. 37, 2014, p. 86: "A basic principle of law is that damages paid by a liable party should equal the harm caused by that party. However, this principle is not correct when account is taken of litigation costs, because they too are part of the social costs associated with an injury".

70 Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell, "Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law", en *Journal of Law, Economics, and Organization*, n.° 1, vol. 5, 1989, p. 99: "The occurrence of legal error seems inevitable since evidence brought before courts will often be incomplete or subject to misrepresentation, and since courts will sometimes misconstrue law".

> all the inefficiencies and delays of using the courts can be avoided, and, of course, the social desirability of such self-enforcing contracts is greater the more inefficient the courts[71].

En resumen, el pacto de una penalidad en favor del comprador refleja cuáles son los verdaderos daños que este puede sufrir ante un supuesto de incumplimiento. El monto pactado no solo refleja la incorporación de intereses idiosincráticos y de difícil probanza[72], sino también se convierte en un signo de predictibilidad y seguridad jurídica, lo cual se logra si se evitan los costos de litigio y error judicial. Las penalidades son eficientes porque los costos de negociación se compensan con el ahorro de los costos de litigio en general[73], siempre y cuando el intervencionismo de las cortes sea mínimo.

En este contexto, es sencillo explicar cómo las penalidades funcionan como un seguro contra el incumplimiento. ¿Qué le resultaba más barato al novio? ¿Contratar a un tercero para que le brinde un seguro o contratar con su misma contraparte? ¿Quién puede otorgar un seguro a menor costo? ¿A quién le es más barato evitar los costos de litigio y error judicial?

La equiparación de la cláusula penal como un seguro puede remitirse al famoso trabajo de Charles J. Goetz y Robert E. Scott, quienes propusieron el modelo del *most efficient insurer*[74]. Para identificar al asegurador

71 Mattei, Ugo, "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract", art. cit., p. 428.

72 Rea, "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", art. cit., p. 148: "Another consideration is the difficulty in measuring or proving a loss. Courts are more likely to enforce damages clauses when measurement is difficult".

73 Goetz y Scott, "Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach", art. cit., p. 578: "This hypothesis is based on the assumption that liquidated damages provisions will (1) reduce transaction costs where the parties determine that the costs of negotiation are less than the expected costs of litigation upon breach; and (2) reduce the error costs produced upon breach when the promise is denied recovery for his non-provable idiosyncratic value".

74 Goetz y Scott, "Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach", art. cit., p. 578: "In the absence of evidence of unfairness or other bargaining abnormalities, efficiency would be

eficiente debemos tener en cuenta los costos de proveer el seguro. Estos costos deberán incluir: i) la probabilidad del incumplimiento (p), ii) el pago en favor del asegurado (R), y iii) los costos de transacción que deberá asumir el asegurador (T). De manera que el costo total del seguro (C) puede resumirse en la siguiente fórmula[75]:

$$C = pR + T$$

Se asume que el deudor conoce mejor el riesgo de incumplimiento al tener el control sobre la conducta objeto de su prestación. De otro lado, el acreedor conoce mejor los daños que podría sufrir, pues conoce el valor de sus intereses involucrados en el contrato. De esta manera, el deudor sabe cuál es el riesgo de no entregar un bien (por ejemplo, una maquinaria), y, a su vez, el acreedor sabe cuánto perdería en producción y ventas por no contar con dicha máquina a tiempo. Como el deudor-asegurador conoce mejor los riesgos de su actividad y el acreedor-asegurado también tiene conocimiento del daño que sufriría ante la ocurrencia del siniestro, por medio de una cláusula penal, las partes acuerdan un monto que refleja tanto la protección otorgada por el vendedor como los daños que sufriría el comprador. En consecuencia, es el deudor quien puede asegurar a menor costo el incumplimiento de su prestación[76].

Como es evidente, el principal elemento de la fórmula no son los costos de transacción ni el monto de la penalidad, sino la probabilidad del incumplimiento (p). Precisamente, el vendedor es quien se encuentra en mejor posición para conocer cuál es la probabilidad de incumplimiento,

maximized by the enforcement of the agreed allocation of risks embodied in a liquidated damages clause".

75 *Ibid*, p. 580.

76 *Ibid*, p. 583: "The preceding argument has been that non-enforcement of liquidated damages provisions has the result of inducing individuals to protect against otherwise non-recoverable losses through special third-party insurance. This is likely to be an extremely inefficient alternative since there are strong economic arguments that suggest that the vendor is the lowest-cost insurer against non-performance".

y, en consecuencia, tiene la posibilidad de incidir de la disminución o aumento de p. La inclusión de una penalidad alta es una señal que demuestra que las probabilidades de incumplimiento son muy bajas. Si la penalidad es de $20 000, pero la probabilidad de incumplimiento es de 10 %, el pago esperado es de $2000. Si el vendedor es quien tiene el control de la ejecución de la prestación y tiene incentivos para realizar inversiones que aseguren la ejecución de la misma, entonces la reducción de la probabilidad de incumplimiento será algo cercano a 0.

Como vemos, los tribunales no pueden analizar una penalidad exclusivamente desde una perspectiva legal. El pacto de una penalidad manifiestamente excesiva no otorga automáticamente la potestad a las cortes y tribunales arbitrales para no ejecutar (*common law*) o reducir (*civil law*) la penalidad. Es necesario tener en cuenta los incentivos que tienen las partes para pactar dicha penalidad alta, y más aún, la probabilidad de incumplimiento. Mientras más baja sea la probabilidad de incumplimiento, más inocente será una penalidad cuyo monto sea, a primera vista, manifiestamente excesivo. En otras palabras, a menor probabilidad de incumplimiento, menor debe ser la intervención judicial, independientemente del monto de la penalidad. Nuevamente, el monto de la penalidad no se define solo por su monto, sino por la probabilidad de pagar dicho monto, esto es, por la probabilidad de que ocurra un incumplimiento.

Estas reflexiones sirven para limitar el uso de la potestad que tienen, en el Perú, las cortes y tribunales arbitrales, en virtud del art. 1346 del Código Civil, las cuales también son aplicables a cualquier jurisdicción que permita la reducción de las cláusulas penales. No solo se deberá tener en cuenta la magnitud de la penalidad, sino también la posibilidad de incumplimiento. Por más que el monto sea alto, si la probabilidad es baja, la penalidad no podrá considerarse como manifiestamente excesiva, pues en los hechos la misma será inocua.

d) El incumplimiento eficiente

Como se puede observar, la cláusula penal permite la distribución eficiente de los riesgos entre las partes, quienes pactarán una cláusula

penal siempre y cuando los beneficios excedan los costos. La existencia de una penalidad es evidencia de que las partes están maximizando el valor del contrato. Con ocasión del caso *Lake River Corporation vs. Carborundum Company* (1985), el juez Richard A. Posner criticó la tendencia de las cortes americanas de rechazar la ejecución de los *penalties*, agregando lo siguiente:

> But this overlooks the earlier point that the willingness to agree to a penalty clause is a way of making the promisor and his promise credible and may therefore be essential to inducing some value-maximizing contracts to be made. It also overlooks the more important point that the parties (always assuming they are fully competent) will, in deciding whether to include a penalty clause in their contract, weigh the gains against the costs –cost that include the possibility of discouraging an efficient breach somewhere down the road- and will include the clause only if the benefits exceed those costs as well as all other costs[77].

Si las partes han pactado una penalidad es porque dicho pacto representa el equilibro económico que ellas han realizado, teniendo en cuenta los costos y beneficios. Dicha asignación permitirá que las partes asuman los riesgos que están dispuestas a asumir y realicen las inversiones que consideren necesarias para evitar incurrir en responsabilidad[78].

Tal vez uno de los puntos más importantes de la sentencia citada es la relacionada al incumplimiento eficiente. Uno de los argumentos económicos empleados para criticar la ejecución de las cláusulas penales que excedan a los daños efectivos es el desincentivo al incumplimiento eficiente (*efficient breach*). Si la penalidad es muy alta los deudores no podrán cumplir y reasignar el bien al tercero que le otorgue un uso más

77 769 F.2d 1284 (1985).

78 Triantis, George, "Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts", en Bouckaert, Boudewijn y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol III, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 101: "The contractual allocation of risks has significant efficiency consequences because it sets investment incentives for each party (resource allocation) and exploits differences in their respective risk-bearing capabilities (risk-sharing)".

valioso. Sin perjuicio de ello, el mismo Richard Posner —gran defensor del *efficient breach*— afirma, en la resolución del caso citado, que entre los costos internalizados al pactar un *penalty* se encuentra "[the] cost that include the possibility of discouraging an efficient breach somewhere down the road".

Más aún, consideramos que la teoría del incumplimiento eficiente, si bien puede ser coherente en términos económicos, debe tener en cuenta los obstáculos legales del sistema jurídico en donde se intenta su aplicación. Si, en términos económicos, el *efficient breach* es coherente, en términos legales, su aplicación no sería posible. En sede nacional se ha argumentado en favor[79] y en contra[80] del incumplimiento eficiente.

Por el incumplimiento eficiente, el deudor calcula los costos y beneficios de incumplir, concluyendo que los beneficios exceden a los costos. De esta manera, el deudor retiene el bien (esto es, incumple), paga los daños al acreedor (el interés positivo), reasigna el bien al tercero (siempre que los costos de transacción sean bajos) y cobra el mayor precio que este le ofreció, el cual obviamente es mayor al precio inicialmente ofrecido por el acreedor. El incumplimiento será eficiente si el precio ofrecido por el tercero es mayor al daño que tiene que pagar el incumplidor a su contraparte y los costos de transacción de reasignar el bien a quien le dará un uso más valioso.

Sin embargo, tal reasignación debe tener en cuenta lo señalado por el art. 1321 y 1328 del Código Civil. Para que el deudor pueda estar seguro de que el incumplimiento será eficiente, necesita poder calcular a cuánto ascenderán los daños que deberá pagar al acreedor. Esto será posible siempre y cuando solo sean resarcibles los daños previsibles, de lo

79 Bullard González, Alfredo, "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente", en Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores, 2010, p. 315 y ss.

80 Saavedra Velazco, Renzo, "Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?", en *Themis*, n.° 58, Lima: 2010, p. 247 y ss.

contrario, no podrá calcular con certeza los costos de su incumplimiento. En efecto, esta es la regla americana: los daños por incumplimiento contractual se restringen a los *expectation damages* en virtud de la regla de la previsibilidad de Hadley. Si el acreedor no puede anticipar los costos del incumplimiento, no sabrá si los beneficios serán lo suficientemente mayores como para justificar incumplir el contrato.

El punto clave está en la siguiente pregunta: ¿acaso el incumplimiento eficiente no es un incumplimiento doloso? Cuando el deudor ya se comprometió a ejecutar un contrato, y, sin embargo, decide incumplirlo porque ha encontrado un mejor postor, es indiscutible que ese incumplimiento es uno con dolo. Si recordamos que, en el Perú —y Francia e Italia—, la regla en sede contractual es que el deudor responde hasta por los daños imprevisibles cuando ha incumplido con culpa grave o dolo (como señala el art. 1321 del Código Civil), entonces el deudor no podrá anticipar los daños que deberá pagar al acreedor, pues su responsabilidad no se limita a la previsibilidad. Deberá pagar los daños que sean consecuencias directas del incumplimiento (regla de la causalidad), tanto previsibles como imprevisibles. Además, el deudor no podría limitar su responsabilidad por culpa grave o dolo para que solo responda por los daños previsibles desde que el art. 1328 del Código Civil, considerado como una norma imperativa, se lo impide.

Consideramos que la doctrina del incumplimiento eficiente encuentra serios obstáculos legales para su aplicación en un sistema jurídico del *civil law* como el peruano. Si algún incumplimiento llega a ser eficiente, sería por coincidencia. Una doctrina no puede fundamentarse de esta manera. Desde que el incumplimiento eficiente es doloso, el deudor no conocerá con certeza la extensión de los daños que deberá pagar, y, en consecuencia, no podrá balancear los costos y beneficios del contrato, y decidir si cumple o incumple. Además, sin perjuicio de que económicamente pudiera llegar a ser beneficioso, legalmente el incumplimiento eficiente tiene grandes problemas que cuestionan su viabilidad jurídica. Así, la crítica de que el pacto de penalidades desincentiva el incumplimiento eficiente carece de sentido.

2.4. Indemnización vs. resarcimiento

Para comprender a la cláusula penal es necesario distinguir entre "indemnización" y "resarcimiento", sin embargo, debemos advertir que esta distinción no es admitida por algunos autores. Por ejemplo, Gastón Fernández ha señalado, con ocasión de la distinción entre la tutela resarcitoria y la tutela restitutoria, lo siguiente:

> [...] en el Perú, el vocablo *indemnización* está asentado en su uso como expresión de la tutela resarcitoria (de allí la reconocida expresión "indemnización de daños y perjuicios") —continúa el maestro— "Empero, resulta cierto también que al haberse incorporado el vocablo indemnización con un uso indistinto en la codificación civil peruana para cubrir diversas hipótesis de restitución diversas al resarcimiento, debe reconocerse como posible el sustento del significado polisémico de este término[81].

En el esquema presentado por Fernández, no se necesita de la distinción entre "indemnización" y "resarcimiento" para explicar correctamente que la cláusula penal es distinta a la responsabilidad civil. Sin embargo, y a efectos de comprender el panorama completo en el sistema de remedios, resulta útil reconocer la importancia práctica y no solo teórica de diferenciar entre los supuestos de "resarcimiento" (en donde se paga un monto dinerario por concepto de responsabilidad civil) y los supuestos de "indemnización" (en donde se paga un monto dinerario por cualquier otro título —legal o convencional— distinto a la responsabilidad civil, pero con ocasión de un daño). La cláusula penal es un supuesto de indemnización diferente al resarcimiento.

Resarcimiento es todo aquel que gira en torno al daño real y que debe cumplir con el principio de reparación integral. La liquidación del daño corresponde al demandante, para lo cual el demandante deberá probar el daño y sus requisitos (siempre el más importante: la certeza), el hecho

81 Fernández Cruz, Gastón, "Tutela y remedios. La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa", en *Reflexiones en torno al derecho civil*, Lima: Ius et Veritas, 2015, pp 385-404.

generador y la relación de causalidad entre hecho y daño. Finalmente, deberá identificarse un criterio de imputación que justifique la asunción del costo del daño por el demandado. El objetivo del resarcimiento es colocar al demandante en la posición que se encontraría de no haber ocurrido el daño.

Por el contrario, la indemnización es todo aquel supuesto en donde se otorga un monto dinerario ante la eventual ocurrencia de un daño, pero que no debe seguir el juicio de responsabilidad civil: probar el daño y sus requisitos, el hecho generador, la relación de causalidad y el criterio de imputación. Precisamente, al omitirse dicho procedimiento, el monto dinerario no es un equivalente exacto del daño real sufrido por la víctima. En muchos supuestos, este monto dinerario se otorga porque así lo dispone la ley (por ejemplo, en el despido arbitrario) o porque ha sido pactado por las partes (por ejemplo, en el contrato de seguro).

En el Perú, la aceptación de la distinción entre resarcimiento e indemnización es ampliamente aceptada[82] y, a efectos de la cláusula penal, destacan las indemnizaciones de fuente convencional o liquidaciones contractuales. Estamos ante pactos por el cual las partes acuerdan el pago de un monto dinerario ante la verificación de un supuesto de hecho.

82 León, Leysser, "La importancia del derecho comparado en la reforma del código civil y en la formación de una verdadera escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)", en León, Leysser, *El sentido de la codificación civil*, Lima: Palestra, 2004, p. 141 y ss; León, Leysser, "Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa", en León, Leysser, *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*, 2.ª ed., Lima: Juristas Editores, 2007, p. 461 y ss.; Morales Hervias, Rómulo, "¿Indemnización por la no realización del hecho del tercero o resarcimiento por incumplimiento de la promesa del hecho del tercero?", en *Derecho PUC, Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCP*, n.° 57, Lima: 2004, p. 317 y ss.; Morales Hervias, Rómulo, "Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 153, Lima: 2011, p. 49 y ss.; Beltrán Pacheco, Jorge, "Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 143, Lima: 2010, p. 385; Campos García, Héctor, "La indemnización y el resarcimiento: La terminología legislativa peruana en materia de tutela resarcitoria", ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho Civil, Lima: 17 de junio del 2016; Cabello Matamala, Carmen Julia, "Indemnización vs pensión compensatoria en los casos de divorcio", ponencia presentada en el VI Congreso de Derecho Civil Patrimonial: La Responsabilidad Civil en la Experiencia Ítalo-Peruana, Lima: 24 de mayo del 2018.

Legalmente, el Código Civil peruano reconoce a las cláusulas penales y las arras. Convencionalmente, se han estandarizados en fusiones y adquisiciones los *indemnities* y los *termination fees*.

Estos supuestos no consisten en modalidades convencionales de responsabilidad civil o cláusulas de resarcimiento, y, por ende, no le son aplicables el régimen de responsabilidad contractual, entre ellos, el art. 1328 del Código Civil. Cabe señalar que, como consecuencia de la confusión que a veces suele existir respecto a los diferentes remedios contractuales, en Suiza se emitió un laudo bajo ley peruana, en donde el tribunal arbitral dejó sin efecto un pacto de *indemnities* en una compra de empresa por supuestamente vulnerar el art. 1328[83]. Esto es precisamente lo que pretendemos evitar: que se aplique a un remedio normas que no le corresponde. La distinción entre indemnización y resarcimiento ayuda a superar esta confusión.

2.5. Las verdaderas funciones de la cláusula penal

La clave para entender la naturaleza de la cláusula penal, a partir de sus funciones, y concluir cuáles de ellas son sus verdaderas funciones, es distinguir a las mismas en dos momentos distintos[84]: cuando se estipula la cláusula penal y cuando se produce el incumplimiento. También es importante reconocer que la función compensatoria no es exclusiva de la responsabilidad civil y que la misma puede presentarse a través de otras instituciones jurídicas de derecho privado.

2.5.1. Primer momento: cuando se estipula la cláusula penal

Cuando se estipula una cláusula penal, la misma cumple dos funciones indiscutibles: la función liquidatoria y la función disuasoria. Eventualmente, dependiendo del pacto en concreto, podría cumplir adicionalmente una función de garantía.

83 García Long, Sergio, "Arbitraje en fusiones y adquisiciones de empresas", en *Themis*, n.° 72, Lima: 2017, pp. 94 y 95.

84 Feliu Rey, Jorge, "Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo", en *ADC*, t. LXVII, 2014, fasc. I, p. 176.

a) La función liquidatoria

La función liquidatoria es clara, pues consiste en la fijación de un monto dinerario que deberá pagar el deudor en favor del acreedor, en caso de incumplimiento. Esta liquidación contractual es favorable para ambas partes: permite al deudor conocer de antemano cuál será el pasivo que deberá asumir ante el incumplimiento y otorga al acreedor mayor facilidad en el cobro al ya haberse fijado una suma dineraria. Esta función es indiscutible y se presenta necesariamente en toda penalidad.

El efecto jurídico más importante de la función liquidatoria es que es "sustitutiva", ya que sustituye al resarcimiento o, mejor dicho, sustituye la necesidad de evaluar el resarcimiento sobre la base de las reglas generales de la responsabilidad civil, pues, al haberse pactado una cláusula penal, se paga tal monto prescindiendo de la probanza del daño real. Esta regla se encuentra reconocida en el art. 1341 del Código Civil peruano, en donde se señala que la penalidad "tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación". La misma regla, incluso con la misma redacción, se encuentra en el art. 1382 del Codice Civile, el cual señala que la *clausola penale* tiene "l'effeto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa" (el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida). Por su parte, el art. 1231-5 del Code Civil señala que quien debe una *clause pénal* no deberá otorgar "une somme plus forte ni moindre" (una suma mayor o menor). Entonces, la regla es clara: la penalidad sustituye al resarcimiento y no deberá pagarse ningún monto mayor o menor a la cuantía de la penalidad pactada. Esta es la función básica de la cláusula penal en el *civil law*.

Es importante señalar que, a efectos de una mejora legislativa, sería conveniente cambiar la palabra "limitar" por "sustituir", para que se entienda que la cláusula penal reemplaza al resarcimiento y no que lo limita. Con mucha precisión, el art. 1152 del Código Civil español señala que, "en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado". Por ello es claro, en la doctrina española, que el pacto de la pena excluye la acción de resarcimiento[85].

Como afirma Arana de la Fuente:

> Así, salvo declaración en contrario de las partes, la pena privada es incompatible con el régimen legal de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. La cláusula penal opera como mecanismo que modifica convencionalmente las reglas legales relativas a la responsabilidad contractual para, normalmente, agravarla. [...]. La pena convencional sustituta cumple, ante todo, una función liquidatoria, puesto que conlleva la cuantificación previa de los posibles perjuicios que el incumplimiento produciría y cuya indemnización queda absorbida por la pena pactada. Si se incumple la obligación garantizada, el acreedor podrá exigir el pago de la pena en su totalidad, con independencia de que coincida o no con la valoración real de los daños efectivamente producidos, aunque esta sea distinta de la cuantía de la pena e incluso si el incumplimiento no ha ocasionado daño alguno[86].

85 Arana de la Fuente, Isabel, "La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria", art. cit., p. 1595: "Conforme, pues, a la normativa del Código civil, la cláusula penal puede ser: A) Sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios. Es la regla general en el sistema del Código civil. Se recoge en el art. 1152-1.º, a cuyo tenor, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado"; Feliu Rey, Jorge, "Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo", art. cit., p. 198: "En nuestro Derecho, se parte de la regla general de que la cláusula penal sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento (art. 1552.I) de la obligación que garantiza, no pudiendo exigirse conjuntamente la pena más la indemnización que corresponda, ni el cumplimiento de la obligación garantizada y la satisfacción de la pena (art. 1154 y 56 CCo), como tampoco eximirse el deudor de cumplir la obligación pagando la pena. La razón de ser de esta específica regulación está relaciona con la función liquidatoria de la pena o, en la terminología de la Propuesta de la "indemnización convenida". Es decir, si la cláusula cumple una función valorativa, liquidatoria o sustitutoria, estableciendo de antemano el *quantum* indemnizatorio en el supuesto de un futuro incumplimiento, la misma estará haciendo referencia, en principio, al *id quod interest*. En este sentido debemos reiterar que la pena hace referencia única y exclusivamente, por su especificidad, a la obligación que garantiza no al resto de las obligaciones que conforman el contrato, por lo que respecto de estas otras el "acreedor conserva sus pretensiones indemnizatorias conforme a las reglas generales".

86 Arana de la Fuente, Isabel, "La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria", art. cit., p. 1596.

Esto es así, nuevamente, porque el pacto de una cláusula penal sustituye al resarcimiento y, con ello, la evaluación del daño ocurrido, de manera que su cuantía deviene en irrelevante.

Una disposición similar se encuentra en el Código Civil de Holanda. El art. 6:91 del BW - Burgerlijk Wetboek señala lo siguiente:

> La cláusula penal es una provisión contractual por la cual el deudor, si no cumple su obligación correctamente, debe pagar una suma dineraria o realizar otra prestación, independientemente de que la suma de dinero o la prestación esté destinada a compensar el daño o solo como un incentivo para ejecutar la obligación[87].

El mismo documento, en el art. 6:92(2), se señala que "el monto adeudado en virtud de la cláusula penal reemplaza a la compensación por daños que hubieran sido adeudados en virtud de la ley"[88].

La norma holandesa es igual de clara que la española: la cláusula penal es distinta a la responsabilidad contractual. Cuando se pacta una cláusula penal se excluye al resarcimiento de daños, en virtud de las normas generales. En términos económicos, solo tiene sentido pactar *ex ante* un monto dinerario cuando el mismo será oponible a las partes, lo cual implica excluir la posibilidad de acudir a las normas generales de la responsabilidad civil.

Aunque debemos advertir que el derecho privado holandés entra en contradicción al admitir, en el art. 6:94(2)[89], que el juez, a pedido de parte, puede otorgar una compensación adicional a la pena. En otras palabras, por un lado, dice que la penalidad reemplaza al resarcimiento,

87 "Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan".

88 "Hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is treedt in de plaats van de schadevergoeding op grond van de wet".

89 "Op verlangen van de schuldeiser kan de rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, naast een bedongen boete die bestemd is in de plaats te treden van de schadevergoeding op grond van de wet, aanvullende schadevergoeding toekennen".

pero, por otro y por razones de equidad, considera que puede otorgarse un monto adicional. Por tal motivo, preferimos al Código Civil español, el cual no admite legislativamente la posibilidad de solicitar daños mayores al monto de la penalidad.

En el caso peruano, el fraseo del art. 1152 del Código Civil español ("la pena sustituirá a la indemnización") o del art. 6:92(2) del Código Civil Holandés ("la cláusula penal reemplaza a la compensación") evitaría que, en la práctica, como se evidencia en controversias que se someten a arbitraje bajo ley peruana, se alegue que el art. 1328 del Código Civil peruano hace nula a la cláusula penal cuando el incumplimiento es por culpa grave o dolo. El uso del término "limitar" ha provocado que, tanto en el Perú como en Italia, los comentaristas se pronuncien sobre la eventual aplicación de la prohibición de limitar la responsabilidad del deudor para considerar como nula a la cláusula penal[90]. Consideramos incorrecto este tipo de análisis, pues el art. 1328 no se aplica cuando es la misma ley la que permite que la cláusula penal limite el resarcimiento. Recordemos que la ley es válida mientras no se declare su inconstitucionalidad. En todo caso, consideramos que el estilo de redacción del art. 1152 del Código Civil español es superior por ser más precisa.

Ahora, si bien resulta muy acertada la opción legislativa española de preferir el término "sustituir" en vez de "limitar", esto no ha impedido que, en el propio derecho español, existan interpretaciones que admiten que el acreedor, incluso si esta posibilidad no se ha pactado en el contrato, pueda reclamar y cobrar daños mayores, sin perjuicio de que el art. 1152 del Código Civil español señale expresamente que "la

90 Fernández Cruz, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria. La problemática de su encuadramiento*, ob. cit., pp. 22 y 23: "Objeto de este trabajo será, entonces, la demostración de cómo parte de la doctrina tradicional del Derecho Continental ha confundido estos dos aspectos: lo que significa realizar una "función resarcitoria" y lo que significa realizar propiamente una función de "liquidación preventiva y global del daño eventual", que se desarrollan en dos planos diversos que, bien entendidos y diferenciados, explican por qué la cláusula penal no puede considerarse una cláusula limitativa de responsabilidad a la luz del art. 1328° del Código Civil peruano (equivalente al art. 1229° del Código Civil italiano)".

pena sustituirá a la indemnización"[91]. Claramente esta es una posición minoritaria. En nuestra opinión, la cláusula penal excluye a la responsabilidad civil y tal sustitución se justifica en las eficiencias económicas que surgen con el pacto de la penalidad.

Nuevamente la cláusula penal constituye un régimen especial que requiere el pacto expreso de las partes, por el cual se fija, en el contrato, un monto dinerario que deberá pagarse ante el incumplimiento. Este monto no es un límite a la responsabilidad civil, sino que se trata de un instituto distinto, que, por lógica jurídica, son excluyentes.

Esta regla, por la cual solo debe pagarse el monto de la penalidad, debe complementarse con 1) el cobro de un monto mayor al de la penalidad y 2) la intervención judicial. Estos dos supuestos están pensados para los casos en que la penalidad es menor a los daños sufridos o cuando la penalidad es mayor.

En primer lugar, si las partes estipulan el resarcimiento del daño ulterior, entonces la función liquidatoria no sería sustitutiva, sino "cumulativa". El acreedor puede pedir el monto de la penalidad más los daños ocasionados en exceso, debiendo probar la extensión total de los daños reales. Para que proceda el resarcimiento del daño ulterior, el mismo debe pactarse expresamente, conforme al art. 1341 del Código Civil peruano, el cual señala que la cláusula penal limita (entiéndase, sustituye) al resarcimiento, "salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior".

91 Rodríguez Tapia, "Sobre la cláusula penal en el Código Civil", art. cit., pp. 571 y 572: "Esta redacción ha dado a pensar, casi de forma unánime, que en el Derecho español la acción indemnizatoria está excluida cuando el acreedor ha optado por la pena. Se admite no obstante la posibilidad de que el acreedor obtenga la indemnización del mayor daño, cuando el daño probado derivado del incumplimiento *doloso* sea superior a la pena pactada. De negar esto, la cláusula penal constituiría una renuncia anticipada a la responsabilidad por dolo, prohibida por el art. 1.102 C.C. En los demás casos, no parece a la doctrina española admisible la reclamación por el acreedor del daño que exceda a la suma estipulada en la pena. [...]. El Código español se limita a decir que la pena sustituye a la indemnización, salvo pacto distinto. Este pacto distinto básicamente puede decir que la pena se acumula a la indemnización debida por los daños indemnizables probados (pena cumulativa) o que la pena es la cuantía mínima indemnizable si no se prueba por el acreedor haber sufrido un daño mayor, o dicho de otra forma, que el deudor deberá la mayor de estas dos cantidades, la pena o los daños probados por el acreedor. En este caso, el acuerdo expreso daría derecho al acreedor a exigir la pena más la indemnización o la indemnización del mayor daño, respectivamente. En mi opinión, y a pesar de la coincidencia doctrinal (solo se pronuncian Jordano, Espín y Dávila), creo que el Código civil no está impidiendo que se indemnice el mayor daño, aun a falta de pacto expreso y solo lo impedirá cuando se pacte expresamente lo contrario. De manera que es posible indemnizar al acreedor por el daño mayor a la pena estipulada, siempre que se prueben derivados del incumplimiento del deudor, incluso no doloso, y que no se haya excluido esa posibilidad. Queda sin sentido una cláusula penal que no conmina al deudor a cumplir porque la pena es inferior a los daños esperados ni cumple función indemnizatoria alguna".

Dicha norma tiene como antecedente al art. 1382 del Codice Civile, el cual señala que la cláusula penal limita (entiéndase, sustituye) al resarcimiento "se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore" (si no ha sido acordada la resarcibilidad de daño ulterior). Una disposición similar también se encuentra en el inciso 2) del art. 811 del Código Civil portugués, el cual señala que "o estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes" (El pacto de una cláusula penal se opone a que el acreedor exija una indemnización por el daño excedente, salvo que haya sido convenido por las partes). En el derecho español, no existe una norma legal como las del derecho peruano, italiano y portugués. Sin embargo, se acepta que las partes puedan pactar expresamente la posibilidad de reclamar daños mayores al monto de la penalidad, al considerarse tal pacto como válido, sin perjuicio de no existir habilitación expresa en el derecho español[92].

A diferencia de los sistemas jurídicos peruano, italiano y portugués, cuyos códigos civiles respectivos señalan que se requiere pacto expreso para poder reclamar daños mayores al monto de la penalidad, en el derecho alemán, dicho pacto no es necesario desde que por norma legal expresa se habilita al acreedor a solicitar los mayores daños al monto de la penalidad, desde que se considera que tal monto es un mínimo de los daños que pueda cobrar el acreedor. El art. §340(2) del BGB señala, respecto al acreedor, que "so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen" (él puede exigir la penalidad como monto mínimo del daño). Una disposición similar se encuentra en el

92 Arana de la Fuente, "La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria", art. cit., p. 1596.

derecho austriaco, según el art. §1336(3) del ABGB, el cual señala: "Der Gläubiger kann neben einer Konventionalstrafe den Ersatz eines diese übersteigenden Schadens geltend machen" (En adición a la penalidad, el acreedor puede reclamar una compensación por cualquier daño que exceda ese monto).

La posibilidad de pedir daños por encima del monto de la penalidad claramente vuelve inútil a la cláusula penal. Si la misma es sustitutiva, no deben probarse los daños ni se aplican las reglas de la responsabilidad civil; pero si la penalidad se pacta como cumulativa, el acreedor debe probar toda la cuantía del daño y que el deudor es responsable del mismo, para lo cual se aplican las reglas generales de la responsabilidad civil. Si el monto de la penalidad era 70, se pactó el daño ulterior y el acreedor sufre daños por 100, el acreedor deberá probar la existencia de daños por 100 y que el deudor es responsable de tales daños, para lo cual debe probar el daño, hecho generador, relación de causalidad y la culpa. Así, el acreedor podrá cobrar 70 por concepto de la penalidad y 30 por concepto de resarcimiento. De no proceder el daño ulterior, el acreedor solo debería probar que el incumplimiento fue por culpa del deudor, nada más, y solo cobraría el monto de la penalidad.

En el derecho peruano, debido a que el resarcimiento del daño ulterior necesita de pacto expreso, debemos entender que la regla general y supletoria es que la función liquidatoria es sustitutiva, de manera que se paga el monto exacto de la penalidad, ni más ni menos. Solo será cumulativa si así lo han querido las partes. Además, dicho pacto implica una habilitación expresa para aplicar las reglas de la responsabilidad civil, lo cual generalmente está excluido por la misma naturaleza de la cláusula penal.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta la intervención judicial en la cláusula penal. Si la penalidad es sustitutiva y los daños son menores al monto de la penalidad (esto es, la penalidad es mayor a los daños reales), cabría la posibilidad de solicitar la reducción de la misma siempre que sea desproporcional o, como se dice en el derecho peruano, manifiestamente excesiva. De igual manera, si la penalidad es sustitutiva

y su monto es irrisorio (esto es, los daños son mayores al monto de la penalidad), cabría la posibilidad de aumentar la pena, siempre que así lo permita el derecho sustantivo, como ocurre en Francia (art. 1231-5 del Code Civil) o conceder una compensación adicional, como ocurre en Holanda (art. 6:94(2) del BW - Burgerlijk Wetboek).

Eventualmente, si la penalidad es sustitutiva e irrisoria, podría argumentarse que la misma es nula, en virtud del art. 1328 del Código Civil peruano, siempre y solo que se tratase de un pacto encubierto de limitación de responsabilidad (al contener una cuantía irrisoria que no se justifica con la economía global del contrato). Hemos señalado expresamente que el art. 1328 no se aplica a la cláusula penal, pero debemos admitir la posibilidad de que, en un caso en concreto de fraude a la ley, las partes pacten una penalidad con la intención de limitar la responsabilidad por culpa grave o dolo. En estos casos, la cláusula penal sí sería nula, pero, de manera excepcional, siempre y cuando se pruebe el fraude a la ley.

Al respecto, explica Jordano Fraga lo siguiente:

> Pero la cláusula penal puede también desarrollar una función limitativa de responsabilidad, dada su característica de limitar el importe del resarcimiento al de la penal pactada salvo pacto en contrario. Por la vía de una utilización abusiva de la cláusula penal, se puede liquidar preventivamente el daño en importes mínimos o irrisorios, no compensatorios no ya del daño efectivamente sufrido, sino ni tan siquiera, incluso, de la ventaja de la no necesidad de su prueba y de la consiguiente facilitación de la tutela creditoria[93].

Esta debe ser la solución al problema del monto irrisorio de la cláusula penal. Solo si la misma consiste en un pacto encubierto será nulo por su fin ilícito o fraude a la ley, pero no puede considerarse que, de manera general, la cláusula penal contraviene la prohibición de limitación de responsabilidad. Mucho menos debería optarse por las opciones legislativas francesa y holandesa, las cuales permiten aumen-

93 Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 1987, pp. 342 y 343.

tar la cláusula penal irrisoria. Sobre todo, nos llama la atención el caso holandés, pues de manera estupenda señala, al inicio, que la penalidad reemplaza al resarcimiento (art. 6:92(2)), pero luego se contradice al señalar que a pedido de parte el juez puede otorgar una compensación adicional (art. 6:94(2)).

No corresponde corregir a la penalidad de bajo monto en la misma regulación específica de la cláusula penal (al permitir que el juez aumente la pena). No es la mejor solución. El problema de la cláusula penal irrisoria ya se encuentra corregido con la prohibición de carácter general de pactar cláusulas encubiertas de limitación de responsabilidad. Pero esto se aplicará de manera excepcional, pues es la misma ley la que permite el pacto de la cláusula penal y que la misma tenga el efecto de excluir al resarcimiento.

En conclusión, la cláusula penal solo será nula en virtud del art. 1328 por fin ilícito o fraude a la ley, por pactar con etiqueta de "cláusula penal" una verdadera cláusula limitativa de responsabilidad. Pero esto, nuevamente, confirma que la cláusula penal es una institución distinta que no debe ser confundida con una limitación de responsabilidad. Esto último sin perjuicio de la pésima redacción del art. 1341 del Código Civil peruano, heredado del Codice Civile, el cual señala que la cláusula penal "tiene el efecto de limitar el resarcimiento".

b) La función disuasoria

La función disuasoria también se presenta, en todo momento, *ex ante*. El deudor sabe que si incumple deberá pagar un monto dinerario y la regla es que el pago de ese monto dinerario no libera al deudor de cumplir el contrato, salvo que se trate de una multa penitencial o derecho de salida. Ello desde que el pacto de la cláusula penal no implica la asunción de una obligación facultativa que habilite al deudor a elegir entre cumplir o pagar la penalidad, pues el pago de la penalidad no tiene efecto solutorio. En general, el deudor evitará incurrir en penalidades y preferirá cumplir el contrato, sobre todo cuando estamos ante supuestos en donde a la acción de ejecución forzada se le puede acumular el pago de la penalidad.

Ahora, si bien es cierto que la función disuasoria está siempre presente al momento de la estipulación de la cláusula penal, esta función podría decaer en cualquier momento posterior. Podría ocurrir que el incumplimiento sea más beneficioso para el deudor y, en consecuencia, le resulte rentable incurrir en la penalidad, siempre que la prestación no sea susceptible de ejecución forzada, o simplemente el acreedor pierda interés en el cumplimiento. También podría ocurrir que el deudor se percate de que la penalidad pactada es menor a los daños que sufriría el acreedor con el incumplimiento, lo cual le generaría menos incentivos para evitar incurrir en la penalidad. Entonces, la función disuasoria siempre está *ex ante*, pero es contingente *ex post*.

c) La función de garantía

Finalmente, la cláusula penal también podría cumplir una función de garantía, lo cual dependerá del pacto de las partes. La función de garantía puede presentarse en dos supuestos al momento de la estipulación de la penalidad: 1) cuando intencionalmente se pacta una penalidad por encima de los daños anticipados y 2) cuando se pacta una cláusula penal objetiva.

En el primer supuesto, estamos ante la equiparación económica de la cláusula penal a un seguro. En este caso, las partes son conscientes de cuáles son los daños anticipados que podría sufrir el acreedor y acuerdan en pactar un monto superior a tales daños. Esto último con la intención de que el deudor asegure el cumplimiento al acreedor, al ser el deudor quien se encuentra en mejor posición para asegurar al acreedor a menor costo, en comparación con el costo de conseguir un seguro por parte de un tercero.

En el segundo supuesto, estamos ante las cláusulas penales objetivas. Para exigir la cláusula penal no se necesita probar la existencia de un daño, pero sí que el incumplimiento es imputable al deudor. La norma peruana reconoce esta regla, pero señala expresamente que es posible pactar en contra del requisito de la imputabilidad del incumplimiento (art. 1343 del Código Civil peruano). Esta norma habilita a las partes a

pactar una cláusula penal objetiva que prescinda de la prueba de la culpa en el incumplimiento.

En este sentido, se pueden pactar dos tipos de cláusula penal objetiva: a) una penalidad que prescinde de la probanza de la culpa, pero que admite la probanza de causa no imputable para evitar pagar la penalidad, y b) una penalidad que se pacta para cubrir incluso un incumplimiento por causa no imputable (caso fortuito o fuerza mayor).

En todos los casos mencionados, la penalidad funcionalmente opera como una garantía específica en favor del acreedor, pues 1) podrá contener un monto por encima de los daños compensatorios, 2) podrá cobrarse la penalidad sin probar culpa (lo cual facilita la cobranza de la misma), o 3) incluso cobrarla si la inejecución del contrato se debió a causa no imputable (caso fortuito o fuerza mayor).

2.5.2. Segundo momento: cuando ocurre el incumplimiento

Al momento del incumplimiento la cláusula penal puede cumplir las siguientes funciones: compensatoria o punitiva, y distribución de riesgos.

a) Las funciones compensatoria y punitiva

La cláusula penal es una institución jurídica tan compleja que la misma puede ser punitiva y compensatoria a la vez. La relación punición-compensación es tan particular en la cláusula penal que no es correcto afirmar que, si la misma es punitiva, no puede ser también compensatoria, o viceversa. Todo dependerá de la cuantía del daño real y esto solo puede conocerse cuando ocurra el incumplimiento.

La función compensatoria o punitiva, en la cláusula penal, no puede evaluarse al momento de la estipulación de la cláusula. Solo son apreciables al momento del incumplimiento, esto es, cuando ya ocurrió un daño y se conoce cuál es su cuantía.

Todo comienza por distinguir entre los conceptos de "daños compensatorios" (*compensatory damages*) y "daños extracompensatorios"

(*punitive damages*)[94]. Los primeros se guían por la regla de la reparación integral (*réparation intégrale*), a través de la cual, si la víctima sufre 100, debe recibir un monto dinerario por 100, no por 99 ni por 101. Por ello, son montos compensatorios, porque son equivalentes al daño sufrido. Contrariamente, los montos extracompensatorios son todos aquellos que superan el monto necesario para compensar a la víctima. Un monto dinerario por 150 será extracompensatorio en 50 si la víctima sufrió un daño por 100. El exceso tiene naturaleza punitiva[95].

Mientras que el comentario a) de la sección 903 del Restatement (Second) of Torts señala que la función de los daños compensatorios es colocar a la víctima "in a position substantially equivalent in a pecuniary

94 Black's Law Dictionary, *Damages*, Saint Paul: West Publishing, 1983, pp. 204 y 205: "*Compensatory damages*. Such damages as will compensate the injured party for the injury sustained, and nothing more; such as will simply make good or replace the loss caused by the wrong or injury [...] *Exemplary or punitive damages*. Exemplary damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will compensate him for his property loss [...]".

95 Debemos realizar una importante precisión al respecto. Cuando estamos ante un remedio estrictamente privado como lo es la cláusula penal, cualquier monto extracompensatorio es punitivo al exceder lo necesario para compensar al deudor. Por el contrario, cuando estamos ante remedios privados que cumplen un rol público, como los *punitive damages*, se suele señalar que no todo monto extracompensatorio es punitivo pues podría ser disuasorio (*deterrence*). Usualmente sucede que los *punitive damages* se calculan teniendo en cuenta el daño ocasionado por el demandado a terceros ajenos al proceso. Esto se hace para lograr que el demandado internalice todo el costo social de su actividad. Entonces, al demandado se le impone un monto extracompensatorio en relación con el demandante, pero compensatorio en relación con los terceros. En estos casos, se dice, el monto extracompensatorio no es punitivo pues su función es disuasiva al imponer sobre el demandado el costo social total de su actividad, y en este sentido, es compensatorio. Véase Sharkey, Catherine, "Punitive Damages as Societal Damages", en *The Yale Law Journal*, n.° 2, vol. 113, 2003, p. 347 y ss; Wagner, Gerhard, "Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmaßung oder legitime Aufgabe", en *Archiv für die civilistische Praxis*, n.° 206, Bd., H. 2/3, 2006, p. 352 y ss; Galligan, Thomas, "Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages", en *Louisiana Law Review*, n.° 1, vol. 51, 1990, p. 3 y ss.
Consideramos que incluso en el caso de los *punitive damages* cualquier monto extracompensatorio es punitivo. La diferencia, en todo caso, se encontraría en la extensión de la condena. Ciertamente, desde una perspectiva disuasoria la condena punitiva solo debería ascender hasta el monto que permita que el demandado asuma todo el costo social, mientras que, desde una perspectiva estrictamente punitiva, la condena podría ser incluso mayor.
En todo caso, solo se podría admitir que existen montos extracompensatorios no punitivos cuando existen mecanismos para repartir la condena en favor de los terceros ajenos al proceso.

way to that which he would have occupied had no tort been committed", la sección 908(1) señala que "punitive damages are damages, other than compensatory". Por ello mismo, es común definir a los *punitive* o *exemplary damages* como "damages awarded to the plaintiff, over and above what will compensate him for his loss, where the acts complained of were of a wanton, reckless, malicious or oppressive character"[96].

La calidad de los montos dinerarios que se otorgan con ocasión de un daño tendrán la naturaleza de compensatorios o punitivos, dependiendo del daño real. Si la víctima sufre un daño por 100 y la corte otorga un monto dinerario por 250, es evidente que, del monto total de la condena, 100 son compensatorios y los 150 en exceso punitivos.

La misma lógica se aplica a la cláusula penal, para lo cual es ilustrativo el análisis que se emplea, en el *common law*, respecto a si un *damages clause* es compensatorio o punitivo. Como hemos explicado, cuando el Restatement (Second) of Contracts regula a los *liquidated damages* y *penalties*, distingue entre *anticipated damages* (daños previsibles) y *actual damages* (daños reales). Solo los montos liquidados que sean razonables a los *anticipated* o *actual damages* tendrán naturaleza compensatoria, y, por ende, serán ejecutables. Este tipo de análisis no existe en el *civil law*, pues los sistemas jurídicos europeos admiten la función punitiva en la cláusula penal. Sin perjuicio de ello, esta distinción es aplicable en la práctica del *civil law*, pues las cláusulas penales necesariamente tienen dos momentos: 1) las mismas se pactan en virtud de los daños que pueden preverse al momento de estipular la cláusula (*anticipated damages*), 2) y a las mismas le serán aplicables ciertas normas legales, según la relación entre el monto de la penalidad y los daños reales (*actual damages*).

La cláusula penal se pacta en virtud del daño que las partes pudieron anticipar y, por ello, la misma cumple la función liquidatoria y preventiva del eventual daño. Pero dicha situación cambia cuando ocurre el incumplimiento y se materializa el respectivo daño real. Tanto es así que, si el daño

96 Bernet, Martin y Nicolas Ulmer, "Recognition and Enforcement in Switzerland of US Judgments Containing an Award of Punitive Damages", en *International Business Lawyer*, n.° 6, vol. 22, 1994, p. 272.

real es mayor al monto de la penalidad, procedería el cobro del exceso. Igualmente, si la misma es irrisoria, procedería la reducción del monto de la penalidad. Esto demuestra que la cláusula penal es tan compleja y funcional, por lo que la misma no puede solo apreciarse al momento de su estipulación.

A causa de esto, la naturaleza jurídica del monto de la cláusula penal solo puede realmente determinarse de manera definitiva en un momento *ex post*, pues todo dependerá del daño real. No puede afirmarse coherentemente que un monto dinerario es punitivo cuando se otorga ante la ocurrencia de un incumplimiento que ha generado un daño mayor al monto de la penalidad. De la misma manera, no puede señalarse que un monto es compensatorio cuando en los hechos el incumplimiento no ha generado daño o, en todo caso, ha generado un daño de escasa importancia en relación con el monto de la penalidad. Por estas razones consideramos que ha sido incompleto analizar a las funciones de la cláusula penal solo al momento de su estipulación.

Cuando ocurre el incumplimiento la cláusula penal no se cumple alguna función indiscutible, y es esta particularidad la que ha generado que la doctrina no se ponga de acuerdo respecto a la naturaleza de la cláusula penal. Recordemos que la cláusula penal se remonta al *stipulatio poenae* romano, la cual era inicialmente exclusivamente punitiva hasta que fue irrumpiendo en el camino la función compensatoria, reconociéndose, en consecuencia, que la cláusula penal tenía un enfoque bifuncional. Por ello, actualmente se dice que la cláusula penal cumple una doble y compleja función: sirve como tutela para el acreedor (otorgando compensación) y como sanción para el deudor[97]. Pero esto no quiere decir que la cláusula penal cumpla por igual una función compensatoria y una función punitiva (entiéndase, que ambas funciones se encuentren al mismo nivel), ni mucho menos que alguna de ellas se aplique de manera indiscutible en todos los casos en que se pacta una cláusula penal. En realidad, todo dependerá de la cuantía de los daños sufridos y de su relación con la cuantía de la penalidad pactada. Así como la penalidad puede ser mayor a los daños sufridos, la misma podría ser menor o igual.

97 Baratella, Maria Grazia, *Le Pene Private*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 37.

Si del incumplimiento surgen daños menores al monto de la penalidad, o incluso no surgen daños, la cláusula penal cumple una función punitiva. La función punitiva es más evidente cuando la cláusula penal se pacta para asegurar un pacto determinado (art. 1342 del Código Civil peruano, que regula una penalidad pura o pena convencional), o cuando se pacta una cláusula penal objetiva, sea porque se prescinde de la probanza de la culpa del deudor o porque se desencadena incluso por causa no imputable (art. 1343 del Código Civil peruano).

En estos casos, puede hablarse de una función punitiva. Pero, así como la penalidad podría ser mayor a los daños ocurridos por el incumplimiento, los daños reales podrían ser mayores al monto de la penalidad. Quienes tengan experiencia en la práctica arbitral podrán confirmar que son comunes las controversias arbitrales en donde el demandante busca alguna alternativa para cobrar un monto dinerario superior a la penalidad pactada cuando los daños ocurridos por el incumplimiento fueron mayores al monto de la pena. Aquí se suelen alegar los siguientes argumentos: 1) que se ha pactado el resarcimiento del daño ulterior, 2) que los daños ocurridos fueron ocasionados por un supuesto de hecho distinto al regulado en la penalidad pactada, y 3) la nulidad de la penalidad en virtud del art. 1328 y fraude a la ley.

Si estamos ante un caso en donde procede el pago de la penalidad y en los hechos los daños ocurridos son mayores, ¿cómo podría decirse que la cláusula penal cumple una función punitiva? Por ello, es importante distinguir las funciones que cumple la cláusula penal al momento en que es estipulada y al momento en que ocurre el incumplimiento. Esta disparidad entre el monto de la penalidad y los daños reales sucede porque ambos se verifican en momentos distintos. *Ex ante* se estipula el monto de la penalidad, el cual representa la cuantía de los daños estimados que el acreedor podría sufrir con el incumplimiento, pero es recién *ex post* cuando se confirma la verdadera extensión de los daños reales. Como la información no es perfecta al momento en que se pacta la penalidad, el monto liquidado en la penalidad podría ser menor, igual o mayor a los daños reales.

Entonces, mientras es claro que *ex ante* toda cláusula penal cumple una función liquidatoria (fija un monto dinerario) y disuasoria (el deudor evitará pagar la penalidad), no es claro qué función cumplirá la penalidad ante el incumplimiento, sino hasta que efectivamente suceda el mismo y ocurra algún daño. Las posibilidades son múltiples: 1) si la penalidad es mayor a los daños efectivos, cumplirá una función compensatoria hasta el monto de los daños y una función punitiva por el exceso; 2) si la penalidad es menor que los daños efectivos, cumplirá solo una función compensatoria, o para ser más precisos, sub-compensatoria; y 3) si el monto de la penalidad llega a ser un equivalente a los daños sufridos, solo cumplirá una función compensatoria.

b) La función de distribución de riesgos

Teniendo en cuenta que las funciones compensatoria y punitiva de la cláusula penal dependen de la relación entre el monto de la pena y la cuantía de los daños reales, podemos comprender cómo se presenta la función de distribución de riesgos.

Como los daños reales ocurrirán recién en un momento *ex post*, esto es, en un momento posterior a la liquidación de la cuantía de la penalidad, el acreedor asumirá el riesgo de recibir un monto menor a los daños reales (si los mismos son mayores a la penalidad), mientras que el deudor asumirá el riesgo de pagar un monto mayor a los daños reales (si los mismos son menores a la penalidad). Como la estipulación de la penalidad es anterior a la ocurrencia del daño, con el pacto las partes distribuyen el riesgo de pagar el monto de la penalidad, pero esa distribución solo será efectiva y conocida con certeza una vez que ocurra un daño.

Por ejemplo, podría ocurrir que el deudor anticipa daños por 100 y logra pactar una penalidad por 80, pero una vez ocurrido el incumplimiento devienen daños por 150. Dependiendo de la procedencia del pago de daños mayores, el deudor pagará 80 o 150. Si el deudor solo debe pagar 80, entonces el acreedor estaría asumiendo 70 (el saldo por

los daños ascendentes a 150). Como vemos, la efectiva distribución de riesgos se aprecia recién con la ocurrencia del daño.

c) *La intervención judicial y la función punitiva*

El análisis de las funciones *ex post* de la cláusula penal debe ser complementado con el análisis respecto a la posibilidad de aumentar o reducir la penalidad. En el Perú, el art. 1346 del Código Civil solo permite reducir la penalidad cuando sea manifiestamente excesiva y no simplemente excesiva. Esto quiere decir que la penalidad no puede reducirse hasta coincidir con la cuantía de los daños reales[98]. Las penalidades que se reducen son solo las manifiestamente excesivas, no las excesivas, y esto es así porque la penalidad es —como su nombre lo indica— punitiva en su esencia al tratarse de una pena privada. Entonces, para respetar la función punitiva de la cláusula penal, los jueces no pueden moderar cualquier penalidad, sino las que sean totalmente desproporcionales, de lo contrario se vaciaría de contenido a la cláusula penal. Por lo tanto, incluso en los ordenamientos jurídicos donde se permite reducir las penalidades (lo cual es la regla en el *civil law*), se debe reconocer la prioridad de la función punitiva

Calleros es muy claro al explicar que, en todo momento, incluso cuando se esté reduciendo la penalidad, los jueces deben otorgar preferencia a la función punitiva:

> The penalty portion of the total sum of damages will not be eliminated, leaving only compensation, but may be moderated, leaving compensation plus a smaller penalty. In practice, the courts have indeed retained the discretion to reduce a manifestly excessive clause pénale to a point that still exacts a penalty, albeit a reduced one. Indeed, all members of two small groups of French magistrates that I interviewed in 2005 stated that they would normally retain an extra-compensatory element in a clause pénale, even after moderating it to avoid a manifestly excessive penalty, in keeping with the parties' intent to discourage breach. Authority for retaining such a punitive element arguably lies in article 1226, which defines without condemning a clause pénale as one designed to ensure performance, and thus to deter further breach of that particular contract by compelling performance[99].

98 Agnino, *Clausola penale, caparra confirmatoria e caparra penitenziale*, ob. cit., p. 34: "Questo potere correttivo, proprio in quanto guidato dall'equità, non comporta necessariamente una corrispondenza della penale con l'entità del danno effetivamente verificatosi, ma una reconduzione della stessa all'interesse patrimoniale del creditore all'inadepimento".

Es interesante prestar atención a lo regulado en el art. §343(1) del BGB respecto a la reducción de la penalidad. En el derecho alemán, el juez reducirá la penalidad *desproporcionalmente alta* a un monto que sea *razonable*. A diferencia de otros sistemas jurídicos del *civil law*, que solo se limitan a reconocer el poder del juez de reducir la penalidad, el art. §343(1) da algunos parámetros al señalar que "al analizar la razonabilidad, cualquier legítimo interés del acreedor, no solamente sus intereses económicos, deberán ser tomados en cuenta" (*Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen*). Tolena explica que entre los factores considerados en el derecho contractual alemán están: la gravedad del daño, el carácter de la cláusula como sanción, la función de disuasión y la negligencia del deudor[100]. En otras palabras, la penalidad no puede reducirse hasta igualar los daños compensatorios, pues la cláusula penal no es exclusivamente compensatoria.

Igual de interesante es el art. §348 del Código Comercial Alemán (*Handelsgesetzbuch* - HGB), el cual hace inaplicable el art. §343(1) del BGB a los contratos mercantiles. Según el art. §348 del HGB una penalidad prometida por un comerciante, en el curso de su negocio, no puede ser reducida en virtud del art. §343 del BGB (*Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt*

99 Calleros, Charles, "Punitive damages, liquidated damages, and *clauses pénales* in contract actions: A comparative analysis of the American common law and the French Civil Code", art. cit., pp. 106 y 107.

100 Tolani, Madeleine, "U.S. Punitive Damages before German Courts: A Comparative Analysis with respect to the Ordre Public", en *Annual Survey of International & Comparative Law*, n.° 1, vol. 17, 2011, pp. 198 y 199.

werden). Esta norma anti-intervencionista es la que debería primar en el *civil law,* pues solo una norma como la citada (que no permite la reducción) impide que la cláusula penal pierda sus eficiencias, y es una prueba contundente del rol de la penalidad como sanción.

Esto nos demuestra que la cláusula penal no puede confundirse ni equipararse con el resarcimiento, pues el primero consiste en un régimen especial y distinto al régimen general de la responsabilidad civil. Al respecto, es interesante que algunos autores hayan señalado que la cláusula penal es una modificación convencional de las reglas de responsabilidad contractual por el cual se agrava la responsabilidad del deudor ante el incumplimiento, en el sentido de que se deberá pagar un monto dinerario mayor al que le correspondería al acreedor según las reglas generales de la responsabilidad contractual. Pero, incluso en tales supuestos, el deudor podría solicitar la reducción de la penalidad en caso el monto pactado sea desproporcional[101]. Esto confirma lo que estamos señalando: la cláusula penal es una sanción, pues se pacta para extender la responsabilidad del deudor. Sin embargo, para evitar abusos, queda la posibilidad de reducirla, pero nunca hasta la cuantía de los daños reales, pues la penalidad no es estrictamente compensatoria.

Y, como profundizaremos con ocasión de los *punitive damages*, es errado considerar —como comúnmente se señala— que el poder legal que tienen los jueces europeos para reducir penalidades es un claro indicio de la función compensatoria. Todo lo contrario. Es unánime en el derecho comparado y derecho internacional que las sanciones no pueden ser desproporcionales. Al ser la cláusula penal una sanción privada, la misma debe ser proporcional y tal control de proporcionalidad opera *ex post* con la moderación de la penalidad por parte del juez u árbitro. El derecho privado otorga a las partes la autoridad para

101 Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, ob. cit., pp. 327 y 328. En el mismo sentido, al considerar que la cláusula penal normalmente contiene un monto mayor al que correspondería en virtud de las reglas generales de la responsabilidad contractual, véase Marín García, Ignacio, "Cláusula penal: la facultad moderadora del juez", en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n.° 1, 2008, p. 4.

pactar cláusulas punitivas, entre ellas, la cláusula penal. Pero teniendo en cuenta que las partes podrían abusar de este poder, se impone un control de proporcionalidad *ex post*.

Por ello, debe entenderse que la moderación judicial es un test de proporcionalidad. Mientras que el art. 1346 del Código Civil peruano y el art. 1384 del Codice Civile señalan que procederá la reducción de la penalidad cuando la misma sea "manifiestamente excesiva" o "manifestamente eccessivo" respectivamente, el art. §343(1) del BGB alemán prefiere por la denominación, para nosotros más exacta y correcta, "unverhältnismäßig hoch" (desproporcionadamente alto). La redacción del BGB es más precisa porque hace expresa referencia al test de proporcionalidad que caracteriza a las sanciones, incluidas las privadas o civiles.

Otra redacción que preferimos frente a los códigos peruanos e italianos es la que encontramos en el segundo párrafo del art. 1623 del Code Civil du Québec, el cual señala que solo podrán reducirse las penalidades cuando el acreedor se haya beneficiado con la ejecución parcial de la obligación o cuando la penalidad *sea abusiva* ("Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive").

Entonces, solo se admiten a las sanciones privadas siempre que sean proporcionales. Préstese atención que solo tiene sentido que exista un control de proporcionalidad (intervención judicial) cuando estamos ante una sanción. El resarcimiento, por definición, no podría estar sujeta a corrección judicial, pues la misma es un equivalente del daño sufrido. Por ende, la modificación judicial de la cláusula penal es una reconfirmación de que la cláusula penal es punitiva o, en todo caso, principalmente punitiva. Así, no se puede decir que la modificación de la pena se justifica en la función compensatoria.

Si bien tanto la función compensatoria como la punitiva son contingentes desde que ambas se aprecian recién al momento del incumplimiento y no al momento en que se estipula la cláusula penal, debemos recordar que estamos ante una pena privada, y, en consecuencia, se debe

reconocer en todo momento la prioridad de la función punitiva sobre la compensatoria.

Finalmente, el hecho que hasta las sanciones privadas deban cumplir con el principio de proporcionalidad, no quiere decir que el juez tenga el poder de reducirlas incluso de oficio, como se admite en el derecho italiano. A pesar de que el art. 1384 del Codice Civile sea similar al art. 1346 del Código Civil peruano en el extremo que solo habilita la intervención de juez a pedido de parte, la jurisprudencial italiana admite que las cláusulas penales puedan ser reducidas incluso de oficio[102].

Conforme a la UK Supreme Court en Cavendish-Beavis (2015), se presume que la cláusula de daños representa una correcta evaluación de los intereses de las partes. Si las partes han pactado un monto dinerario alto, un juez no puede presumir *per se* qué tal monto alto deba ser reducido, pues si se ha pactado un monto de semejante cuantía es porque las partes están reflejando sus intereses legítimos en la misma. Incluso desde una perspectiva exclusivamente compensatoria, el juez debe presumir que la liquidación contractual es una correcta estimación de los daños, pues son las mismas partes las que han fijado el monto. El juez no puede asumir que sabe más sobre los intereses de las partes que las mismas partes.

Por ello, el test de proporcionalidad solo se aplica a solicitud de parte y no de oficio. Solo cuando alguna parte cuestione el monto de la cuantía, el juez podrá evaluar si la misma es altamente desproporcional. Mientras el monto liquidado no sea impugnado por algunas partes, el juez debe presumir que el monto fijado es el correcto en virtud de los intereses legítimos de las partes.

d) La pena convencional

Hemos explicado que la cláusula penal, sin perjuicio de ser una institución jurídica de naturaleza punitiva, también puede ser compensatoria y que ello dependerá de la cuantía de los daños reales. Por definición,

102 Patti, Francesco, "Penalty Clauses in Italian Law", en *European Review of Private Law*, n.° 3, vol. 23, 2015, pp. 317-320.

esto solo se puede apreciar con el incumplimiento, no al momento de la estipulación de la cláusula penal.

Sin embargo, esta interacción entre compensación y punición no se presenta en la penalidad pura o pena convencional. Se trata de una pena privada de fuente convencional similar a la cláusula penal, con la diferencia de ser estrictamente punitiva. La principal diferencia práctica es que la pena convencional es independiente a los remedios tradicionales, esto es, se podría solicitar conjuntamente con la ejecución forzada o el resarcimiento. A estos efectos, debemos distinguir entre la pena convencional que se acumula a la ejecución forzada de aquella que se acumula al resarcimiento.

Por regla, la cláusula penal no puede solicitarse conjuntamente con la ejecución forzada, a menos que se trate de penalidad por retraso (penalidad moratoria). Esta regla se encuentra expresamente reconocida en las codificaciones civiles. Por ejemplo, el art. 1383 del Codice Civile señala que "el acreedor no puede demandar conjuntamente la prestación principal y la penalidad, si esta no ha sido estipulada para el simple retardo"[103]. El art. §340(1) del BGB[104] señala que cuando se pide la penalidad queda excluida la ejecución forzada, salvo que se trate de una penalidad por incumplimiento tardío conforme al art. 341(1)[105]. Por su parte, el Código Civil de España señala, en su art. 1153, que "tampoco podrá el acreedor exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada".

103 "Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo".

104 "Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen".

105 "Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen".

Entonces, la regla es que solo la penalidad moratoria puede ser acumulada a la ejecución forzada. Sin perjuicio de ello, curiosamente el art. 1342 del Código Civil peruano no solo regula a la penalidad por retraso, sino también a una penalidad "en seguridad de un pacto determinado", por la cual, "el acreedor tiene derecho a exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación"[106].

¿En qué se diferencia la cláusula penal moratoria de la cláusula penal en seguridad de un pacto determinado? La penalidad moratoria se desencadena ante incumplimientos tardíos, y es esta la razón de su procedencia conjuntamente con el cumplimiento de la obligación. La obligación se ejecuta, aunque con retraso, y dicha demora se compensa con la penalidad moratoria.

Situación distinta se presenta en la penalidad en seguridad de un pacto determinado, la cual, debido a su propio fin, no distingue entre tipos de incumplimientos, pues su objetivo es servir de coerción para que un pacto determinado se ejecute. Si el pacto no se ejecuta, se puede solicitar el cumplimiento del pacto más la penalidad. Entonces, se puede esperar que la penalidad por seguridad de un pacto determinado sea mayor al monto que se pactaría como penalidad moratoria, pues aquella representa un carácter punitivo más fuerte[107].

Visto de esta manera, podemos apreciar que la penalidad convencional o penalidad pura, la cual no se encuentra reconocida expresamente en las principales codificaciones civilistas y cuya posibilidad de pacto es comúnmente objeto de debate, es un pacto válido en el Perú al estar permitido por la ley. Entonces, conforme al derecho peruano, se puede

106 "Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación".

107 Fernández Cruz, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria. La problemática de su encuadramiento*, ob. cit., p. 56: "[...] la función sancionatoria/coercitiva de la cláusula penal se encuentra acogida normativamente hablando (más allá que de su propia naturaleza se deduzca el alcance general de su carácter sancionatorio) en el art. 1342 del Código Civil peruano [...] lo que claramente representa un acogimiento de la naturaleza de "pena privada" de la cláusula penal, al permitir que, conjuntamente con el cobro de la penal a título de sanción, el acreedor tenga derecho a exigir el cumplimiento de la obligación".

pactar una pena convencional que se acumulará a la ejecución forzada, lo cual, generalmente, está prohibido en el derecho comparado. Este pacto permite liquidar un monto mayor al que se pactaría de estar ante una penalidad moratoria.

En el supuesto específico de la penalidad en seguridad de un pacto determinado, la misma reemplaza al resarcimiento. Entonces, no se podría solicitar la ejecución forzada más la penalidad y el resarcimiento. Según el art. 1341 del Código Civil, la cláusula penal sustituye al resarcimiento. Entiéndase, por ende, que solo se puede acumular la penalidad a la ejecución forzada. Este tipo de penalidad, al sustituir al resarcimiento, sería también compensatoria, sin perjuicio de ser predominantemente punitiva.

Téngase en cuenta que estamos ante el supuesto en que procede la ejecución forzada y se discute si puede agregarse el pago de una penalidad. La regla es que no es posible, salvo que se trate de una cláusula penal moratoria. Sin embargo, el derecho peruano va incluso más allá y reconoce un tipo de pena de un carácter punitivo más fuerte, que se manifiesta en su propósito y, en consecuencia, en la cuantía de la penalidad pactada.

Lo que queda pendiente discutir es si, en los casos en donde no procede la ejecución forzada, puede acumularse al pago del resarcimiento la penalidad. Por definición, la cláusula penal sustituye al resarcimiento. Cuanto esto es así, estamos ante una cláusula penal por incumplimiento absoluto —también llamada penalidad compensatoria—. Como la penalidad tiene la intención de reemplazar al resarcimiento, no puede acumularse el pago de daños con el pago de una penalidad.

Pese a ello, resulta interesante reflexionar sobre la posibilidad de pactar una pena convencional que se acumule al resarcimiento y, en consecuencia, que funcione como los *punitive damages*. Creemos que el art. 1342 del Código Civil, al reconocer el pacto como una pena convencional o penalidad pura, es un primer paso hacia la posibilidad de pactar una pena convencional que se acumule al resarcimiento. En este caso, estaríamos ante una verdadera pena sin carácter compensatorio,

pues no tiene la intención de reemplazar al resarcimiento, sino, por el contrario, de acumularse a él.

Este tipo de pena convencional se distingue de la cláusula penal (compensatoria, moratoria o en seguridad de un pacto determinado) en que es estrictamente punitiva, y, para que ello sea así, debe pactarse como tal. En este sentido, funciona como los *punitive damages*, con la diferencia que la pena convencional es fijada por las partes, de manera previa y por un monto determinado, mientras que los *punitive damages* son determinados por un tercero (juez, árbitro o jurado), de manera posterior y cuya cuantía se fijará en el caso en concreto.

Actualmente, la pena convencional que se acumula al resarcimiento no debe parecer como una rareza para los civilistas, pues, desde una perspectiva comparada, existen en el derecho americano los *punitive damages* por incumplimiento contractual (*breach of contract*), los cuales pueden servir de guía para el *civil law*[108], y se ha admitido, también en

108 Benatti, Francesca, *Correggere e Punire dalla Law of Torts All'Inadempimento del Contratto*, Milano: Giuffrè, 2008, pp. 351 y 352: "Osservazioni pressoché uguali possono valere per la responsabilità da inadempimento del contratto. Anche in questo ambito -pur tenendo conto della grande varietà di posizioni espresse dalla giurisprudenza degli Stati Uniti, di non univoci indirizzi e delle perplessità manifestatesi- non si può dimenticare un dato, e cioè l'aspetto compensativo che pure rivestono i danni punitivi in ambito contrattuale. Da noi tale connotato potrebbe essere ripreso e magari accentuato per cercare di completare i rimedi che il nostro ordinamento offre per realizzare lo scopo del risarcimento completo del pregiudizio sofferto dal danneggiato, così ovviando al difetto che caratterizza la prassi dei nostri tribunali sul risarcimento che —pur dovendo essere rapportato all'integrale danno— in realtà tradisce questo suo compito per i limiti con cui più volte viene liquidato. La giurisprudenza americana offre notevoli spunti, su cui sarebbe opportuno riflettere soprattutto in due ipotesi: quella di overlapping fra contratto e fatto illecito che da noi è limitata a poche e non significative fattispecie e che invece potrebbe portare ad una maggiore tutela della parte e quella di inadempimento doloso. La stessa giurisprudenza italiana in presenza di dolo concede il risarcimento in forma specifica più facilmente, si dimostra meno rigorosa in materia di prova, è più attenta al risarcimento del danno non patrimoniale, anche attraverso l'utilizzo del rimedio fornito dall'art. 1226 c.c.. In tali fattispecie i punitive damages potrebbero, poi, svolgere quella fondamentale funzione deterrente, che con i danni compensativi non sembra poter essere conseguibile". La posición del derecho inglés es más restrictiva que la americana, pues es una posición clásica el rechazo de los *punitive damages* en sede contractual. Sin embargo, existen comentaristas que exigen cambiar esta perspectiva. Véase Rowan, "Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract", art. cit., p. 496: "It has been argued, for instance, that the force of default remedies is weak and the commitment of the law to the protection of performance is not wholehearted. In the

el mismo sistema americano, una interpretación amplia del convenio arbitral para considerar incorporado el poder de los árbitros de otorgar *punitive damages*[109]. Este nuevo escenario, en el derecho moderno, hace más digerible pensar ahora en una pena convencional dentro del *civil law* que funcione tal como lo hacen los *punitive damages* en el *common law*.

La pena convencional, para distinguirse correctamente de la cláusula penal, deberá pactarse expresamente en tal sentido, esto es, con una estricta función punitiva. La principal utilidad de este pacto sería la inaplicación a la pena convencional de las reglas legales aplicables a las cláusulas penales, salvo que por su naturaleza le sean aplicables. Esta precisión es importante, pues hemos señalado que el principio de proporcionalidad es aplicable a todas las sanciones, de manera que el art. 1346 del Código Civil le es aplicable a la pena convencional, como también los *punitive damages* son objeto de revisión cuando sean *grossly excessive*.

Advertía Espinoza que "la denominada penalidad pura, al ir contra lo dispuesto por el Código Civil en materia de cláusula penal, vale decir, la posibilidad de reajuste en caso de exceso (art. 1346), estaría empañada de ilicitud por contravenir una norma de carácter imperativo"[110].

context of such criticisms, an issue that continues to excite interest is whether there may be a role for punitive damages. An increasing number of commentators are supportive of the addition of punitive damages to the existing remedial regime for breach of contract"; Rowan, Solène, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, New York: Oxford University Press, 2012, p. 173 y ss.

109 Gotanda, "Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.", art. cit., p. 60: "While most countries prohibit awards of punitive damages in civil actions, including commercial arbitrations, the Trend in the United States has been to allow such awards of relief. This trend is likely to continue as a result of the United States Supreme Courts' decision in *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc*, in which the Court held that an arbitrator has the authority to award punitive damages where an arbitration clause either explicitly or implicitly gives an arbitrator that authority, or if the clause is otherwise ambiguous on the issue [...] Under a mechanical application of *Mastrobuono*, when neither the contract nor the applicable arbitral rules prohibit punitive damages, an arbitrator sitting in the United States would have the authority to award such relief, even if the governing law prohibits award of punitive damages".

110 Espinoza Espinoza, *Introducción al derecho de las obligaciones*, ob. cit., p. 317.

Consideramos que la reducción sí es aplicable a la pena convencional, y en este sentido, sería válida en nuestro ordenamiento jurídico, y en cualquier otro sistema jurídico del *civil law* en donde se permita reducir la cláusula penal.

Este nuevo escenario, como ya hemos anunciado previamente, permite pensar en tres supuestos de pena privada en el derecho de contratos: 1) la cláusula penal (compensatoria, moratoria o en seguridad de un pacto determinado), 2) la pena convencional que se acumula al resarcimiento y 3) el pacto de *punitive damages* en el convenio arbitral.

e) Resumen

El principal objetivo de esta sección ha sido demostrar que las funciones de la cláusula penal deben ser apreciadas en dos momentos distintos, al momento en que se pacta la penalidad y al momento en que ocurre el incumplimiento. La discusión sobre la procedencia de la compensación o punición en la cláusula penal no puede apreciarse al momento de la estipulación, sino cuando ocurre el incumplimiento. Esto es así debido a que la naturaleza compensatoria o punitiva del monto estipulado se encuentra sujeto a la cuantía de los daños reales.

Es cierto que la penalidad es originalmente punitiva, pero también es compensatoria, y esta particularidad hace que la penalidad no sea la misma en todos los casos. La cláusula penal es como una cebra que tiene rayas negras y blancas. Las complicaciones surgen cuando queremos saber si la cláusula penal es negra con rayas blancas o blanca con rayas negras. Para nosotros, la cláusula penal es tanto punitiva como compensatoria, pero —y si se quiera decir de alguna manera—, en caso de dudas, debe primar la función punitiva.

Si se pacta una penalidad por 100 (teniendo en cuenta los daños anticipados), pero cuando ocurre el incumplimiento surgen daños por 150, la penalidad es compensatoria por 100 y no tiene carácter punitivo. Si se pacta una penalidad por 200, pero cuando ocurre el incumplimiento los daños ascienden a 150, la penalidad es compensatoria por 150 y

punitiva por 50. Si la penalidad es por 100 y los daños ascienden a 100, la penalidad es solo compensatoria.

Por otro lado, si la penalidad es 300, los daños son 150, y se solicita la reducción de la pena, el juez no podría reducir la penalidad hasta 150, pues ello significaría equiparar la penalidad con el resarcimiento. El juez siempre deberá tener en cuenta el origen punitivo de la cláusula penal, y, en consecuencia, solo deberá reducir las penalidades desproporcionales y hasta un monto que demuestre que estamos ante una pena.

Finalmente, la única pena en donde se encuentra excluida la función compensatoria es la pena convencional que se acumula al resarcimiento. En este caso, por pacto se liquida un monto que funcionará como los *punitive damages*. El reconocimiento de la penalidad por seguridad de un pacto determinado en el art. 1342 del Código Civil es un paso adelante hacia el reconocimiento de una pena convencional que imite la funcionalidad de los *punitive damages*.

2.5.3. La no exclusividad de la función compensatoria

La posibilidad de que la cláusula penal pueda cumplir tanto una función punitiva como compensatoria se debe a que la responsabilidad civil no es el único instituto a través del cual se puede manifestar la función compensatoria. La responsabilidad civil es principalmente compensatoria, pero la compensación no es exclusiva de la responsabilidad civil. Existen diversos pactos que permiten compensar los daños que podría sufrir una de las partes y que no se rigen por las reglas de la responsabilidad civil.

La cláusula penal es un buen ejemplo, ya que puede cumplir una función compensatoria sin perjuicio de que el art. 1341 del Código Civil peruano señale que la penalidad limita (entiéndase, sustituye) al resarcimiento. Lo que quiere decir el art. 1341 es que la penalidad se rige por sus reglas especiales y no por las reglas generales de la responsabilidad civil. Desde que las partes están liquidando previamente un monto dinerario, ya no tiene sentido liquidar el daño. Las partes liquidan *ex ante*

para que no lo haga un tercero *ex post*. Y tal monto se paga con ocasión del incumplimiento, pues se considera que el incumplimiento genera daños.

Las arras es otro ejemplo de liquidación contractual por el cual se pacta un monto dinerario que puede cumplir diferentes funciones, entre ellas, y de darse el caso, la de compensar a una de las partes en caso de incumplimiento. En las arras confirmatorias, si la parte que incumple es la que entregó las arras, las pierde; y si la parte que incumple es la que recibe las arras, deberá devolverlas dobladas. En este caso, las arras cumplen una función compensatoria frente al incumplimiento.

Al igual que la cláusula penal, las arras consisten en la liquidación de un monto dinerario. Al momento de pactar las arras confirmatorias, las partes no solo consideran que la entrega de las arras importa la conclusión del contrato o que las mismas pueden imputarse al crédito, sino que, ante un evento de incumplimiento, ese monto dinerario funcionará como lo hace la cláusula penal.

Las arras también se regulan por su normativa especial y no por las reglas generales de la responsabilidad civil. El art. 1479 del Código Civil señala que "si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales". En otras palabras, para que se aplique la responsabilidad civil se debe rechazar a las arras, y esto es así porque ambos son regímenes distintos. Si la parte que recibe las arras no es la que incumple, y tales arras son menores a los daños ocurridos, podría rechazar a las arras y solicitar el pago de daños y perjuicios, para lo cual, tendrá que probar la existencia y extensión del daño. Esta es una potestad que no se encuentran reconocida para el caso de la cláusula penal.

En las arras de retracción, las partes pueden dejar sin efecto el contrato preparatorio respectivo. Se trata de un derecho de salida amarrado al pago de un monto dinerario. En este caso, también, las arras de retracción cumplen una función resarcitoria. Si la parte que entrega las arras es la que quiere retractarse, las pierde; pero, si se trata de la

parte que recibió las partes, deberá devolverlas dobladas. Nuevamente, se presume que retractarse de un contrato preparatorio ocasionará un daño y, por ello, se paga un monto dinerario. Las partes prefieren por sí mismas liquidar un monto dinerario *ex ante* que un tercero lo haga *ex post*.

Lo mismo ocurre con los derechos de salida como los *termination fees*. Es estándar, en los contratos de adquisiciones de empresas, que se pacte el derecho, en favor del vendedor (*termination fee*) o comprador (*reverse termination fee*), de terminar el contrato en cualquier momento, sin mención de causa y simplemente pagando el monto pactado como *fee*. La principal consideración que se tiene en cuenta al momento de liquidar contractualmente el *fee*, es la cuantía de los daños que podría sufrir una de las partes. Precisamente una típica cláusula de *reverse termination fee* señala que el *fee* pactado es el único remedio en favor del vendedor (*the sole and exclusive remedy*).

Claramente se tienen en cuenta los daños anticipados y no los daños reales, los cuales solo se conocerán después de la terminación del contrato. El pago del *fee* cumple una función compensatoria, sin perjuicio de no ser una manifestación de la responsabilidad civil. Los *termination fees* se rigen por lo pactado en el contrato, debido a que los derechos de salida no se encuentran regulados, de manera general y expresa, en el Perú, como sí ocurre en el sistema italiano a través de *recesso unilaterale* (art. 1373 del Codice Civile[111]).

Y no debe confundirse a los *termination fees* con la cláusula penal, pues ambos son remedios distintos. La principal diferencia consiste en que la cláusula penal, por definición, se otorga ante el incumplimiento y no permite al deudor elegir entre cumplir o pagar la penalidad. Por

111 "Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finchè il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.
Nei contratti a esetcuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.
Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita.
È salvo in ogni caso il patto contrario".

el contrario, los *termination fees* sí permiten a una de las partes elegir entre cerrar el contrato o cancelarlo pagando el *fee* pactado. Tanto es así que es común señalar que los *termination fees* convierten al contrato de adquisición en una opción, por el cual una de las partes decide a su discreción si procede con el contrato o lo deja sin efecto. Por tal motivo, se distingue entre remedios por *breach* y remedios por *termination*. En los primeros están las cláusulas penales, y, en los segundos, los *termination fees*. Se tratan de remedios distintos.

No podemos ignorar que algunos ordenamientos jurídicos como el español regula dentro del régimen jurídico de la cláusula penal a este tipo de derechos de salida amarrados a un *fee*. El art. 1153 del Código Civil español señala que "el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho". Esto ha generado un debate interesante en el derecho español respecto a si tal monto que se paga es una penalidad o no. La doctrina ha señalado correctamente que no estamos ante una verdadera cláusula penal, pues la misma no se paga ante un incumplimiento, sino con ocasión de la terminación del contrato. Este efecto extintivo o liberativo no es propio de las cláusulas penales, sino de los derechos de salida. En otras palabras, el pacto por el cual la pena que se estipula permite extinguir el contrato, hace que tal pacto deje de ser una cláusula penal para convertirse en un derecho de salida.

Como afirma Feliu Rey:

> De ahí que la función liberatoria que se le concede al deudor de eximirse del cumplimiento pagando la pena, cuando expresamente se reconoce, ha supuesto para la doctrina su consideración como obligación facultativa y no como cláusula penal, ya que no se está sancionando, propiamente, dicho incumplimiento, sino que se le está permitiendo optar al deudor entre cumplir o pagar. Por tanto, no estaríamos ante una pena propiamente dicha, sino ante una multa penitencial[112].

112 Feliu Rey, "Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo", art. cit., p. 176.

Además, explica Rodríguez Tapia, que la "multa penitencial es el dinero de arrepentimiento o desistimiento, el cual puede haber sido abonado en forma de arras o no, y que permite al penitente apartarse del contrato y extinguir la relación obligatoria"[113].

Al igual que el art. 1153 del Código Civil español, el primer párrafo del art. §1336(1) del ABGB (Código Civil de Austria) señala que, en ausencia de pacto, el deudor no tiene el derecho a liberarse del cumplimiento pagando el monto de la compensación ("Der Schuldner erlangt mangels besonderer Vereinbarung nicht das Recht, sich durch Bezahlung des Vergütungsbetrages von der Erfüllung zu befreien").

El derecho peruano no contiene una norma similar a las citadas que permita distinguir, en el plano legislativo, a las cláusulas penales de los derechos de salida. Si se pacta un *termination fee* (típico derecho de salida en operaciones corporativas), el mismo se regirá por lo expresamente dispuesto en la respectiva cláusula contractual y no por el régimen especial de la cláusula penal, desde que es totalmente atípico a la cláusula penal el efecto extintivo. Entonces, no podría cuestionarse el monto del *fee* pactado solicitando la reducción del mismo en virtud del art. 1346 del Código Civil peruano. Eventualmente procedería la nulidad del *fee*, en virtud del art. 1328, solo si se prueba fraude a la ley.

Otra manifestación de la función compensatoria y que no es responsabilidad civil es la cláusula de *indemnities* en las adquisiciones de empresas[114]. Estos *indemnities*, al igual que la cláusula penal, buscan imitar la funcionalidad del seguro, con la diferencia que los *indemnities* tienen un ámbito de aplicación más extenso que las penalidades, pues las primeras incorporan una regulación contractual detallada destinada a definir en qué supuestos se paga un monto dinerario, la cuantía del mismo y el procedimiento para solicitar el pago.

En la etapa post cierre, sobreviven las declaraciones y garantías por cierto plazo, y, por tal motivo, aún cerrado el contrato, el comprador

113 Rodríguez Tapia, "Sobre la cláusula penal en el Código Civil", art. cit., pp. 542 y 543.

114 García Long, Sergio, *Un big MAC, por favor. La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, p. 268 y ss.

podría alegar el incumplimiento de alguna declaración y garantía. Si logra probar el incumplimiento, para solicitar el pago de algún monto dinerario deberá seguir lo dispuesto en el *indemnity clause*. Se suelen poner pisos y techos al monto dinerario a pagar. Solo se pagará un monto dinerario que cumpla con los pisos y techos pactados. Por ejemplo, si se pactó un piso (deducible) de 100 y un techo (límite) de 250, y el comprador alega haber sufrido un daño por 300, solo podrá cobrar 150, pues están excluidos los primeros 100 dólares y el exceso de 250. Esta regulación contractual es posible al no constituir un límite a la responsabilidad contractual, pues, al igual que en la cláusula penal, la cláusula de *indemnity* sustituye a la responsabilidad civil, aunque por razones distintas y justificadas en la naturaleza de las declaraciones y garantías (salvo casos de fraude a la ley). De esta manera, el *indemnity* en fusiones y adquisiciones cumple una función compensatoria sin ser responsabilidad civil, y, en consecuencia, se rige por lo pactado en el contrato y no por las normas de la responsabilidad contractual.

III. TIPOS DE PENA PRIVADA EN EL DERECHO DE CONTRATOS

El análisis realizado precedentemente nos permite presentar una clasificación de penas privadas en el derecho de contratos: (1) cláusula penal, (2) pena convencional y (3) cláusula de *punitive damages*. A continuación, proponemos cómo deberían entenderse.

3.1. La cláusula penal

No es necesario realizar mayores comentarios respecto a la cláusula penal. A manera de resumen, sabemos que es la principal manifestación de la pena privada en el derecho de contratos. Tan cierto es esto último que, en el derecho comparado, la admisibilidad de los *punitive damages* dentro del *civil law* comienza por reconocer que allí ya existe la punición en el derecho de contratos a través de la cláusula penal, lo cual está prohibido en el *common law* al considerar como nulos a los *penalties*.

Si hay algo que queremos resaltar y volver a mencionar sobre la cláusula penal es que sus funciones deben analizarse en dos momentos

distintos. La discusión sobre si la cláusula penal es punitiva o compensatoria es innecesaria si uno distingue el momento en que se pacta la cláusula penal del momento en que la misma puede ser ejecutada. Por definición, los daños compensatorios hacen referencia al monto dinerario necesario para compensar a la víctima, mientras que los daños extracompensatorios consisten en montos por encima de los daños compensatorios.

En este sentido, dado que la cláusula penal es una estimación o previsión de daños futuros, es común que el daño anticipado difiera del daño real, pues este solo se conocerá cuando ocurra el incumplimiento. Por ello, la naturaleza del monto que se paga por concepto de cláusula penal dependerá de la relación entre la pena pactada y la cuantía de los daños reales. Así es como la cláusula penal puede ser compensatoria o punitiva a la vez, y todo dependerá del caso en concreto. Se considera que la cláusula penal tiene la intención de otorgar un monto dinerario mayor al que procedería por concepto de la responsabilidad civil. Sin embargo, en los hechos suelen darse muchos casos en donde la penalidad termina siendo menor a los daños compensatorios.

Esta es la razón por la cual no es correcto, en nuestro entendimiento, considerar que la cláusula penal es exclusivamente punitiva o exclusivamente compensatoria. Puede cumplir ambas funciones y ello dependerá de la cuantía de los daños. Si la penalidad excede a los daños compensatorios, será punitiva en el exceso. Si es menor a los daños compensatorios, será subcompensatoria.

Pero no olvidemos que estamos ante una pena y, como tal, debe preferirse a la función punitiva. El hecho de que las legislaciones hayan previsto la posibilidad de reducir la cláusula penal no es un argumento en contra de la función punitiva, pues al ser la cláusula penal una sanción, le es inherente el principio de proporcionalidad de las penas. Entonces, la reducción de la cláusula penal es una reconfirmación de que estamos ante una pena privada.

Finalmente, es importante comprender que la cláusula penal excluye la acción de responsabilidad civil. Nuestro Código Civil señala que la

cláusula penal limita al resarcimiento, al igual como lo hace el Codice Civile. Hubiera sido mejor optar por la técnica legislativa española, la cual señala que la cláusula penal sustituye a la responsabilidad civil. Esto permite evitar la discusión respecto a la eventual nulidad de las cláusulas penales por contravenir la prohibición de pactar cláusulas que limiten o restrinjan la responsabilidad del deudor.

Entonces, la cláusula penal puede ser tanto compensatoria como punitiva y, por su naturaleza, el monto liquidado sustituye a la responsabilidad civil. En el derecho peruano, se tiene a la cláusula penal por incumplimiento absoluto, por retraso y en seguridad de un pacto determinado. La novedad, en el derecho peruano, es la penalidad en seguridad de un pacto determinado y permite dar un paso adelante en el reconocimiento del pacto de penas convencionales, esto es, penas con un carácter punitivo más fuerte que el que se encuentra presente en la cláusula penal. Si bien la penalidad en seguridad de un pacto determinado no llega a ser una penalidad pura, pues puede ser compensatoria, su mayor carácter punitivo es evidente.

3.2. La pena convencional

Se ha explicado, hasta el momento, que la cláusula penal es una especie de pena privada, la cual tiene su origen en la *stipulatio poenae*. La cláusula penal es solo una manifestación de la pena privada porque la misma no es exclusivamente punitiva. Las diversas regulaciones legales en el *civil law* demuestran que la cláusula penal sustituye al resarcimiento para cumplir funciones más amplias que aquellas reconocidas tradicionalmente a la responsabilidad civil.

La cláusula penal, debido a las particulares funciones que cumple, puede ser susceptible de revisión si se pactó el daño ulterior o si se demandó la revisión del monto de la penalidad. Esto mostraría que la cláusula penal, siendo principalmente punitiva, tiene cierto carácter resarcitorio. Por ello, la cláusula penal es solo una manifestación de la pena privada, pero no es estrictamente una pena privada.

Una verdadera sanción privada es exclusivamente punitiva y no tiene en cuenta los daños que puedan generarse. Por ello, es interesante reflexionar en la posibilidad de pactar una cláusula que fije un monto dinerario y que sea estrictamente punitiva. De allí que algunos autores, cuando analizan a la cláusula penal, distingan entre "indemnización convenida" y "pena convencional"[115], o entre penalidad impura y penalidad pura. La indemnización convenida (o penalidad impura) es la cláusula penal tal y como la conocemos (indemnización convenida es lo mismo que decir liquidación contractual), mientras que la pena convencional (o penalidad pura) es una verdadera sanción civil de fuente convencional, estrictamente punitiva y sin características resarcitorias.

El principal efecto práctico de reconocer esta distinción doctrinal, que implica reconocer una nueva institución contractual punitiva en el derecho de contratos —y digo nueva porque no está reconocida legislativamente salvo lo señalado en el art. 1342—, es admitir la posibilidad de pactar una cláusula que fije un monto dinerario pagado por concepto de castigo, independientemente de cualquier otro monto dinerario que pueda otorgarse por concepto de resarcimiento. En otras palabras, podría demandarse el pago de daños y perjuicios más la ejecución de la pena convencional pactada en el contrato. Así, esta pena convencional funciona como los *punitive damages*.

A diferencia de la penalidad en seguridad de un pacto determinado, que puede acumularse a la ejecución forzada, la penalidad pura puede acumularse a la acción de daños y perjuicios. Esta es la principal característica de este tipo de pena convencional. Lo que sí no sería procedente es solicitar el pago de una cláusula penal y una pena convencional. La pena convencional solo procede si no se ha pactado una cláusula penal.

115 Feliu Rey, Jorge, "Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo", art. cit., p. 202: "[...] se distingue dentro del concepto de cláusula penal entre "indemnización pactada" o "indemnización convenida" y "pena convencional". De este modo, se lleva a cabo una diferenciación con distintas consecuencias, ya que se está separando la pena con función liquidatoria o sustitutoria (indemnizatoria), que sería la genérica, de aquella otra, que debe estar expresamente pactada, con función puramente punitiva (la penal)".

Es cierto que la cláusula penal sustituye al resarcimiento, pero también es cierto que la cláusula penal es una manifestación de la pena privada. En este sentido, sería contrario al principio *non bis in idem* o *double jeopardy*[116] si se puede solicitar dos penas, pues nadie puede ser castigado dos veces por la misma conducta. Entonces, si se pacta una penalidad pura no puede pactarse a su vez una cláusula penal.

Y al tratarse de una institución punitiva diferente a la cláusula penal, no le es aplicable su régimen legal. Sin embargo, sí le es aplicable la reducción judicial, pues el principio de proporcionalidad es aplicable a cualquier tipo de pena. De manera similar, la cuantía de los *punitive damages* puede ser revisada si es *grossly excessive*.

3.3. La cláusula de *punitive damages* en el convenio arbitral

Siguiendo con nuestra propuesta teórica, respecto a la clasificación de la pena privada en el derecho de contratos, podría admitirse la posibilidad de pactar una cláusula de *punitive damages*, por la cual se reconozca la autoridad de un tercero imparcial para que decida si procede imponer *punitive damages* en el caso específico.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la cláusula de *punitive damages* se limitaría al ámbito arbitral. Para que los jueces puedan otorgar *punitive damages*, en un caso en concreto, necesitan de una norma de rango legal que les otorgue ese poder sancionador. Esto es algo indiscutible en el derecho comparado, sobre todo en el *civil law*, en donde no existe reconocimiento expreso y con carácter general de los *punitive damages*.

Sin perjuicio de ello, se han presentado cambios interesantes en el derecho internacional que podrían servir para admitir la posibilidad de pactar cláusulas que otorguen a los tribunales arbitrales el poder para otorgar *punitive damages*. A diferencia de la penalidad pura, en donde las mismas partes liquidan un monto extracompensatorio, en este caso las partes otorgan la liquidación del castigo a los árbitros.

116 Hessick, Carissa y F. Andrew Hessick, "Double jeopardy as a limit on punishment", en *Cornell Law Review*, n.° 1, vol. 97, 2011, p. 45 y ss.

La autoridad de los árbitros para resolver un caso en concreto proviene del convenio arbitral, y es esto lo que dota al arbitraje de su naturaleza contractual. Los árbitros pueden pronunciarse sobre una controversia entre dos sujetos porque estos sujetos otorgaron su consentimiento para que dicha controversia sea resuelva de manera definitiva por árbitros. En el convenio arbitral, se delimita expresamente qué controversias podrán ser sometidas a arbitraje, siempre que se mantenga dentro de los límites de lo que puede ser sometido a arbitraje. De manera general, puede ser sometido a arbitraje todo aspecto patrimonial y aquello dispuesto por la ley. Si eventualmente el arbitraje resuelve sobre algo que no es arbitrable o que vulnera el orden público, procedería el recurso de anulación del laudo.

Si las partes pactan, en el convenio arbitral, la posibilidad de someter al pronunciamiento del tribunal arbitral la posibilidad de imponer el pago de *punitive damages* y los árbitros los imponen, la parte perdedora podría impugnar dicho laudo como nulo, y lo más probable es que dicho laudo se anule, pues estos no se encuentran reconocidos en el Código Civil peruano o en alguna ley especial. La existencia de "daños punitivos" laborales no sería de mucha ayuda, pues los mismos se han creado por un pleno jurisdiccional (lo cual puede ser ilegal o incluso inconstitucional) y se limitan a supuestos específicos.

Entonces, si un laudo que impone *punitive damages* podría ser declarado nulo por las cortes judiciales, ¿cómo podría ser útil una cláusula de *punitive damages*? Sin perjuicio de la falta de reconocimiento expreso por parte de las legislaciones europeas de la posibilidad de otorgarlos, diversas cortes europeas han resuelto procesos de execuátur, en donde han ejecutado sentencias americanas de *punitive damages* o al menos han señalado que el concepto de *punitive damages* no es contrario al orden público. Esta tendencia de admitirlos, vía las reglas del derecho internacional privado, no ha pasado desapercibida en el mundo arbitral, en donde se viene constantemente argumentando en favor del poder los árbitros de imponer *punitive damages*.

Supongamos que, en el 2016, una empresa americana demanda ante una corte nacional a una empresa italiana por infracción a la propiedad

intelectual. La demandante solicita el pago de daños compensatorios y *punitive damages*. La corte americana otorga ambas condenas. Posteriormente, dado que la mayor cantidad de activos de la empresa se encuentra en Italia, el demandante americano ve atractivo ir a Italia y solicitar a una corte italiana el reconocimiento y ejecución de la sentencia americana que impone daños compensatorios y *punitive damages*. Dado que los *estos* no se encuentran reconocidos en Italia, la corte italiana no otorga execuátur a la totalidad de la sentencia americana, esto es, solo ejecuta la porción por daños compensatorios, pero rechaza la porción respecto a los *punitive damages* por ser contrarios al orden público de Italia.

Teniendo en cuenta la posición de las cortes italianas frente a los *punitive damages*, no tendría sentido, al menos respecto a Italia, pensar en la posibilidad de pactar en el convenio arbitral el poder de los árbitros de otorgar *punitive damages* frente a una parte cuyos principales activos se encuentran en Italia, pero cuya sede del arbitraje es en Estados Unidos de América. Si una empresa americana exige pactarlos, en el convenio arbitral, demanda posteriormente a la empresa italiana en Estados Unidos de América, y obtiene una condena favorable que impone *punitive damages* a la parte italiana, sabrá que dicho laudo deberá ejecutarse en Estados Unidos de América, pues las cortes italianas podrían rechazar pronunciamientos extranjeros (americanos) que otorgan *punitive damages*.

Pero este escenario cambia cuando las cortes europeas empiezan a otorgar execuátur a las sentencias americanas de *punitive damages*. Hasta la fecha las cortes nacionales de Suiza (1989), Grecia (1999), España (2001), Francia (2010) e Italia (2017) han indicado que el concepto de *punitive damages* no es contrario al orden público nacional o internacional. Los *punitive damages* solo serán incompatibles con el orden público nacional o internacional en caso sean desproporcionales. De esta manera, el análisis de orden público deja de enfocarse en el concepto mismo y pasa a concentrarse en la proporcionalidad de la condena. Nuevamente, todo tipo de sanción debe cumplir con la regla de la proporcionalidad.

Entonces, regresando a nuestro ejemplo, en el 2018, en Italia sí tiene sentido otorgar a los árbitros, vía convenio arbitral, el poder para

imponer *punitive damages*. Tengamos en cuenta que el hecho de que los árbitros tengan dicho poder no quiere decir que efectivamente lo ejerzan. Si antes del 2017 las partes pactaban los *punitive damages* en el convenio arbitral, probablemente los árbitros no ejercerían dicho poder, pues los árbitros tienen la responsabilidad de emitir un laudo que sea susceptible de ejecución. Si los árbitros saben que las cortes nacionales los consideran contrarios al orden público, lo más probable es que el laudo termine siendo anulado. Pero el panorama cambió después del 2017 en Italia, pues ahora se considera que los *punitive damages* no son contrarios al orden público. Entonces, en el 2018, si a un tribunal arbitral se le concede el poder de otorgar *punitive damages*, seguramente se animará a ejercer dicho poder, pues sabrá que su laudo es susceptible de ejecución vía execuátur, ya que ahora Italia ejecuta sentencias extranjeras que contienen *punitive damages*.

Entendiendo este panorama actual, en el arbitraje comercial internacional, es posible actualmente hablar de una cláusula de *punitive damages* en el convenio arbitral. Mientras que la pena convencional sería ejecutada por las cortes nacionales, las cláusulas de *punitive damages* serían ejercidas en arbitrajes comerciales internacionales y el laudo que se emita en ellos sería reconocido y ejecutado por las cortes nacionales en donde se solicita el execuátur.

IV. CONCLUSIONES

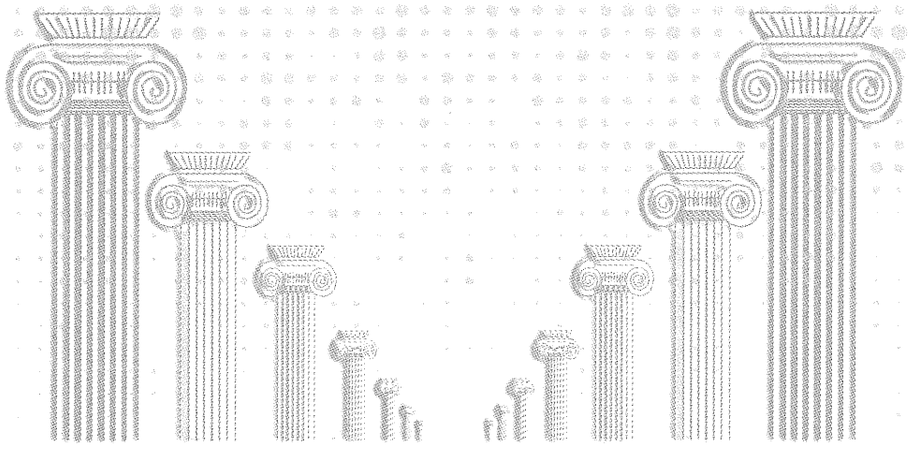
La intención del presente capítulo estuvo dirigida a presentar la función punitiva en el derecho de contratos y del gran efecto que puede tener el mismo en la práctica. Creemos que reconocer a la función punitiva de la cláusula penal como manifestación de la pena privada permite resolver algunos debates que han surgido respecto a la cláusula penal, y, sobre todo, allana el camino para presentar otras manifestaciones punitivas en el derecho de contratos como lo son la pena convencional y la cláusula de *punitive damages*.

En el próximo capítulo, estudiaremos a la, tal vez, institución punitiva más importante del derecho comparado: los *punitive damages*. Mucho

se ha dicho sobre los *punitive damages*, pero mucho de ello no ha sido ni preciso ni completo. Y esto no se debe al hecho de que la doctrina se haya equivocado, simplemente se mantuvo desactualizada. El concepto de *punitive damages* ha ido evolucionando a lo largo de los años, y a lo largo de los años el *civil law* se ha percatado que los *punitive damages*, de origen anglosajón, no son realmente una extrañeza del *civil law*. Interesantemente, han sido los mismos europeos quienes han confirmado que, por mucho tiempo, los *punitive damages* han sido incomprendidos. Estamos seguros que con la lectura del siguiente capítulo será más dirigible la propuesta de pactar penas puras y cláusulas de *punitive damages* en el derecho de contratos.

PARTE II

PUNITIVE DAMAGES



LA VERDAD SOBRE LOS PUNITIVE DAMAGES

Les punitive damages
sont régulièrement dépeints
comme le cheval de Troie
de l'américanisation du droit continental

François-Xavier Licari

Punitive damages are a powerful weapon.
Imposed wisely and with restraint,
they have the potential to advance legitimate state interests.
Imposed indiscriminately, however,
they have a devastating potential for harm.

Justice O'Connor
Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip (1991)

I. INTRODUCCIÓN

1.1. La incomprendida y sesgada posición en Europa

Cuando las ciencias sociales estudian cómo las personas piensan, procesan información y toman decisiones, se enfocan en diversos aspectos de la conducta humana, según la disciplina científica en concreto. La economía se concentra en los incentivos y de cómo las personas reaccionan ante ellos sobre la base de un modelo racional de conducta. La psicología cognitiva y la neurociencia, por otro lado, se enfocan en los procesos cognitivos que ocurren en el cerebro, sobre todo, en cómo las personas no actúan como deberían actuar, no razonan como deberían razonar y no toman las decisiones que deberían tomar.

Uno de los motivos por el cual las personas no razonan como deberían razonar es la existencia de atajos mentales o heurísticas (*heuristics*), instrumentos cognitivos eficientes que permiten a las personas llegar a una conclusión sin procesar toda la información disponible. Algunas

veces estos atajos mentales nos ayudan un montón, pero, en otras ocasiones, nos llevan a experimentar sesgos. Entre los atajos mentales más conocidos está el de disponibilidad (*availability*)[1], el cual explica cómo el proceso cognitivo de las personas suele depender de lo primero que se nos viene a la cabeza, y, usualmente, lo primero es aquello que nos llama mucho la atención, nos genera mucho miedo o gran asombro. El resultado del atajo mental de la disponibilidad es el sesgo de la prominencia (*saliency*).

El ejemplo más conocido y citado por los especialistas es el atentado terrorista contra las Torres Gemelas del 11 de Septiembre del 2001[2]. El impacto fue tan grande que cuando los ciudadanos estadounidenses pensaban en cuáles eran las formas más comunes de sufrir un accidente y morir, lo primero que les venía a la mente eran los atentados terroristas contra un avión. Entonces, los americanos dejaron de viajar en avión para viajar más en carro. El miedo se apoderó de los americanos y los hizo omitir un dato estadístico muy importante: las probabilidades de morir en un ataque terrorista es 1 en 20 millones, mientras que las probabilidades de morir en un accidente de carro es 1 en 19 000[3]. El miedo hizo que más americanos viajaran en carro, lo cual aumentó —paradójicamente— aún más las probabilidades de sufrir un accidente. Este es un ejemplo de cómo las personas no razonan como deberían razonar, pues se dejan llevar por lo primero que les viene a la mente. No tenemos la culpa de tener un cerebro.

1 Tversky, Amos y Daniel Kahneman, "Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability", en *Cognitive Psychology*, n.° 2, vol. 5, 1973, pp. 208 y 209; Kahneman, Daniel y Amos Tversky, "Judgment under Uncertainty: Heuristic and Biases", en *Science*, n.° 4157, vol. 185, 1974, pp. 1127 y 1128; Gilovich, Thomas y Dale Griffin, "Introduction. Heuristics and Biases: Then and Now", en Gilovich, Thomas; Griffin, Dale y Daniel Kahneman (eds.), *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 11; Schade, Christian y Philipp Koellinger, "Heuristics, Biases, and the Behaviorr of Entrepreneurs", en Minniti, Maria (ed.), *Entrepreneurship. The Engine of Growth*, vol. 1, EE. UU.: Praeger Publishers, 2007, pp. 11 y 12.

2 Cassidy, John, "The Saliency Bias and 9/11: Is America Recovering?", en *The New Yorker*, 11 de septiembre del 2013.

3 Bailey, Ronald, "How Scared of Terrorism Should You Be?", en *Reason*, 6 de setiembre del 2011.

¿Qué tiene que ver esto con los *punitive damages*? Sin exagerar, demasiado[4]. Muchos profesores de Derecho, en el *civil law*, han rechazado a los *punitive damages* en virtud de la heurística de la disponibilidad. Los montos punitivos que otorgaban las cortes americanas eran tan elevados que los europeos quedaban asombrados, escandalizados, aterrados y espantados con esta institución jurídica de origen anglosajón. Para ellos, desde una perspectiva tradicionalmente compensatoria (sistema monista: solo compensación del derecho de daños), no existía fundamento alguno que pudiera justificar la imposición de montos dinerarios tan exagerados, pues algo como los *punitive damages* no existía en Europa.

Recordemos que mientras el art. 1:101(1) (*basic norm*) de los Principles of European Tort Law señala que "a person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damages", el art. 10.101 señala lo siguiente:

> Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.

Comentando la *basic norm*, Helmut Koziol señalaba que "the principles of tort law are no basis for punitive damages or other payments which are not in correspondence with harm suffered by the victim"[5].

Entre los casos más populares y mediáticos en donde se impusieron *punitive damages* se encuentran *Grimshaw vs. Ford Motor* (1981) ($3,5 millones en *punitive damages*)[6] y *Liebeck vs. McDonald's* (1994) ($2,9 millones en

4 Salvador Coderch, Pablo, "Punitive Damages", en *InDret*, n.° 1, 2000, pp. 8 y 9: "Los veredictos multimillonarios de *Punitive damages* suelen ser objeto de mucha atención por parte de los medios de comunicación, especialmente cuanto afectan a grandes compañías acusadas de realizar cínicos análisis de costes y beneficios a costa del más elemental sentido de la justicia compartido por los ciudadanos de a pie que nutren los jurados [...]. Mas la resonancia mediática puede conllevar serias disonancias cognitivas".

5 European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, New York: Springer, 2005, p. 19.

6 Hoffman, W. Michael, "The Ford Pinto", en Hoffman, Michael; Frederick, Robert y Mark Schwartz (eds.), *Business Ethics: Readings and Cases in Corporate Morality*, Michigan: McGraw

punitive damages)[7], pero los verdaderos casos que asustaron a los Europeos fueron aquellos como *Miles vs. Philip Morris* (2003), en donde se impuso $3100 millones por *punitive damages*; *Anderson vs. General Motors Corp.* (1999), con $4775 millones en *punitive damages*; *In re The Exxon Valdez* (1994), con $5000 millones por *punitive damages*; o *Engle vs. R.J. Reynolds Tobacco Co.* (2000), con la escalofriante suma de $145 000 millones en *punitive damages*.

Frente a tales montos *estratosféricos*, la primera respuesta en Europa fue un gran *no*: un "no, grazie" por parte de Italia[8], un "no pasarán" por parte de España[9] y un gran "Nein" por el lado de Alemania[10], por mencionar algunos ejemplos. Entonces, cuando los europeos pensaban en *punitive damages*, lo primero que les venía a la mente eran tales montos espantosos, y la primera reacción fue un claro "no" a la función punitiva (sistema dualista: compensación y sanción del derecho de daños). El atajo mental era el siguiente: "*punitive damages* = función punitiva = condenas desproporcionales y arbitrarias". En tal sentido, la postura clásica, en Europa, frente a los *punitive damages* fue un rechazo absoluto.

Esta perspectiva civilista-europea respecto a los *punitive damages* ha sido criticada basándose en datos estadísticos que demuestran que los montos punitivos no están realmente fuera de control en EE. UU. En efecto, se afirma que la creencia de que los *punitive damages* en la

Hill, 2001, p. 585 y ss.; Landes, William y Richard Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 182; Epstein, Richard, "Is Pinto a Criminal?", en *Regulation*, marzo de 1980, p. 313; Stuart, Reginald, "Making the Case for the Pinto", en *The New York Times*, Nueva York: 16 de diciembre de 1979; Schwartz, Gary, "The Myth of the Ford Pinto Case", en *Rutgers Law Review*, n.° 4, vol. 43, 1991, p. 1013 y ss.

7 Stout, Hilary, "Not Just a Hot Cup Anymore", en *The New York Times*, Nueva York: 21 de octubre del 2013; Cain, Kevin, "The McDonald's Coffee Lawsuit", en *Journal of Consumer & Commercial Law*, n.° 1, vol. 11, 2007, p. 14 y ss.

8 Ponzanelli, Giulio, "Danni punitivi: no, grazie", en *Il Foro Italiano*, Italia: 2007, p. 1461.

9 Vanleenhove, Cedric, "A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union. Transforming the Traditional '¡No Pasarán!'", en *Vermont Law Review*, vol. 41, 2016, p. 347.

10 De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", en *University of Western Australia Law Review*, n.° 1, vol. 42, 2017, p. 180.

experiencia americana sean extremadamente altos (como regla general) es un mito, pues los montos punitivos millonarios son, en realidad, la excepción. Por ejemplo, de acuerdo con el Department of Justice, en 1992 la mediana (el valor medio) de los *punitive damages* fue de $50 000, pero la media (el promedio) fue de $735 000[11]. Esta gran diferencia entre mediana y media se debe a los raros montos dinerarios millonarios por *punitive damages*. Sin perjuicio de que la media fue de $735 000, más del 75 % de todas las condenas punitivas fueron de una cuantía menor al 2/3 de la media, esto es, menos de $250 000[12]. Cinco años después, otro estudio empírico concluyó que del conjunto de condenas punitivas estudiadas la mediana fue nuevamente de $50 000[13].

Esto muestra que los *punitive damages* se mantienen constantes salvo raras excepciones[14], pero el problema está precisamente en el impacto cognitivo que generan tales excepciones. Cognitivamente, no importa si la mediana de los *punitive damages* en el 2000 fue de $50 000, si el monto más alto que se impuso, en un caso en concreto, en tal año fue de $145 000 millones (*Engle vs. R.J. Reynolds Tobacco*). Las estadísticas nos cuentan la historia completa, pero las personas suelen omitir la historia y enfocarse en lo que más les llama la atención, por lo que es difícil omitir una condena punitiva por $145 000 millones.

11 En estadística la "mediana" es el valor medio de todos los valores ordenados de mayor a menor, la "media" es el valor promedio que se obtiene de sumar todos los valores y dividirlo entre el número de valores considerados, mientras que la "moda" es el valor que más se repite del conjunto.

12 Sebok, Anthony, "Punitive Damages: From Myth to Theory", en *Iowa Law Review*, n.° 3, vol. 92, 2007, pp. 970 y 971.

13 Eisenberg, Theodore; Goerdt, John; Ostrom, Brian; Rottman, David y Martin Wells, "The Predictability of Punitive Damages", en *Journal of Legal Studies*, vol. xxvi, 1997, p. 639. Otros estudios proponen lo contrario, esto es, que los *punitive damages* sí están fuera de control. Véase a Polinsky, Mitchell, "Are punitive damages really insignificant, predictable, and rational? A comment on Eisenberg", en *The Journal of Legal Studies*, n.° S2, vol. 26, 1997, p. 663 y ss.

14 Priest, George, "Punitive Damages Reform: The Case of Alabama", en *Louisiana Law Review*, n.° 4, vol. 56, 1996, p. 825: "Punitive damages verdicts are relatively infrequent in many jurisdictions. From time to time, however, an occasional jury render an enormous punitive damages verdict even in a jurisdiction where punitive damages awards are infrequent".

Las ciencias sociales han demostrado contundentemente que las personas omiten los datos estadísticos al momento de procesar información, pues lo que pesa más en el cerebro es lo impactante y no un dato frío numérico. Entonces, mientras las estadísticas podrían dejar en paz a los profesores de derecho del *civil law*, los mismos no pueden evitar asustarse ante la existencia de montos punitivos tan altos, como tampoco pueden evitar que cuando piensen en *punitive damages* lo primero que les venga a la cabeza sea un monto de $145 000 millones.

Sin embargo, el miedo no dura para siempre, así que una vez que la doctrina se tranquilizó retomó el interés y verdadero estudio sobre los *punitive damages*. Fueron varios los aspectos que cambiaron la mentalidad de los europeos: 1) la insuficiencia del dogma de la compensación, 2) la solicitud de execuátur por demandantes americanos, 3) las funciones de los *punitive damages* en el derecho americano, 4) los límites estatales y federales impuestos contra los *punitive damages*, y 5) el pago de los *punitive damages* en favor del Estado.

Los europeos empezaron a darse cuenta de la importancia de evitar la comisión del daño y no solo de compensarlo[15], sobre todo en aquellos casos en donde no estamos realmente ante *accidentes*, sino ante daños ocasionados intencionalmente, principalmente, con el fin de obtener un beneficio. Los académicos se percataron de los problemas prácticos que la teoría no estaba solucionando, y cuando la realidad se adelanta a la teoría, esta última debe cambiar en ese sentido. Una muestra de ello es el art. 1266 del Avant-Projet de Loi - Réforme de la Responsabilité Civile del 2016 y el art. 1266-1 del Projet de Réforme de la Responsabilité Civile del 2017, los cuales propusieron incluir en el Code Civil una *amende civile* (multa civil) de carácter general. El objetivo de la *amende civile* es combatir la *faute lucrative* (culpa lucrativa) a través de la imposición de un monto punitivo cuya cuantía ascienda al monto de las ganancias obtenidas por el causante con la comisión del daño. De esta manera, se pretende evitar las conductas dañinas y lucrativas.

15 La función *deterrence* fue ganando seguidores en Europa gracias al análisis económico del derecho de daños, pero el mismo destino no siguió la función *punishment*, la cual siguió siendo rechazada por los europeos.

Remedios como la *amende civile* buscan superar los obstáculos legales derivados del dogma de la compensación. John Le Carré decía que "a desk is a dangerous place from which to view the world". Muchos profesores ven el mundo del derecho solo desde sus escritorios, y esto los convierte en el mayor obstáculo para proteger efectivamente los derechos de las personas.

El cambio de pensamiento en Europa se produjo no con cambios legislativos, sino a través del proceso de execuátur de sentencias americanas que condenaron al pago de *punitive damages*. Demandantes americanos, los cuales habían obtenido una sentencia punitiva en EE. UU. contra un demandado europeo, luego buscaron ejecutar dicha sentencia americana en el país europeo respectivo. Estas solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras fueron analizadas sin el temor que experimentaron en su momento los europeos. Las cortes europeas analizaron el caso en concreto y las razones por las cuales las cortes americanas impusieron *punitive damages*. Solo con este análisis se dieron cuenta que exageraron al rechazar inicialmente a estas condenas punitivas de procedencia anglosajona.

Al inicio los europeos solo pensaron en los estratosféricos y escandalosos montos punitivos otorgados por las cortes americanas y en el poder descontrolado que los jueces y jurados poseían, debido a la reconocida función punitiva en el derecho americano. Este fue el atajo mental de los europeos: "punitive damages = función punitiva = condenas desproporcionales y arbitrarias". De allí que se hablara de los *punitive damages* como *jackpot justice* o *litigation lottery*[16], una forma de lotería de la justicia en donde el otorgamiento de *punitive damages* era visto como el premio gordo en favor de la víctima. También se hacía referencia a los *punitive damages* como *skyrocketing*[17], pues su cuantía se

16 Sherrow, Victoria, *Product Liability*, New York: Chelsea House Publishers, 2010, p. 92.

17 Hall, Kermit, *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, New York: Oxford University Press, 2000, p. 28; Rustad, Michael, "In Defense of Punitive Damages in Products Liability: Testing Tort Anecdotes with Empirical Data", en *Iowa Law Review*, vol. 78, 1992, p. 4; Marcus, Ruth, "Justice Reject Limit on Punitive Damages", en *The Washington Post*, 5 de marzo de 1991; Daniels, Stephen y Joanne Martin, *Civil Juries and the Politics of Reform*, Illinois: Northwestern University Press, 1995, p. 227; Moss, Debra, "The Punitive Thunderbolt.

extendía hasta el cielo. Pero cuando pasó el miedo y se empezó a estudiar realmente y a fondo a los *punitive damages*, los civilistas se dieron cuenta que los *punitive damages* ya no eran totalmente punitivos ni totalmente desproporcionales. Finalmente, la oveja negra del derecho comparado fue comprendida.

La principal función de los *punitive damages* es —su mismo nombre delata— la punitiva, pero no es la única. Asombrará a muchos civilistas el hecho de que, en EE. UU., debido a particularidades del derecho americano, los *punitive damages* también se emiten para complementar deficiencias en el derecho de daños o para evitar enriquecimientos ilícitos. Entonces, los *punitive damages* en el derecho americano cumplen también una función compensatoria y "restitutoria". Las funciones compensatoria y "restitutoria" eran impensables cuando los europeos solo pensaban en virtud del atajo mental *punitive damages* = función punitiva = condenas desproporcionales y arbitrarias.

En el Perú, en 1988, Fernando de Trazegnies explicaba que los *punitive damages* son utilizados por las cortes americanas "cuando se trata de compensar daños que normalmente no son compensables, como los sentimientos heridos o los gastos de abogados que exceden las costas; y cuando se trata de la única forma de que ciertos grupos de agentes de daño sean intimidados para que suspendan ciertas actividades nocivas, porque más beneficioso le resulta pagar la reparación extracontractual y seguir realizando tales actividades"[18]. A nuestro entender, este comentario ha pasado desapercibido en el Perú, pues la posición clásica en el derecho nacional es que los *punitive damages* solo sirven para castigar, no para compensar lo que legalmente no es compensable o para extirpar las ganancias ilícitas de aquel que comete intencionalmente el daño.

Las cortes europeas recién se dieron cuenta de esto en los procesos de execuátur, cuando los demandantes americanos empezaron a explicar

How much should courts curb extraordinary awards?", en *ABA Journal*, n.° 5, vol. 79, 1993, p. 88.

18 De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, vol. IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 55.

a sus colegas europeos por qué los *punitive damages* no son totalmente extraños al *civil law*. El resultado fue que diversos países europeos han señalado que el concepto de *punitive damages* no es extraño a su derecho nacional. Suiza (1989), Grecia (1999), España (2001), Francia (2010) e Italia (2017) les han dado la bienvenida a los *punitive damages*. Alemania (1992) las ha rechazado, pero ha propuesto una excepción: los *punitive damages* podrán ejecutarse en Alemania cuando sean compensatorios. Parte de la recepción por parte de Europa de los *punitive damages* se debe a la existencia de remedios que van más allá de la simple compensación (*non-compensatory*). Si Europa tiene remedios disuasivos y punitivos que se asimilan a los *punitive damages*, ¿en qué se justifica el rechazo?

Además, si bien por muchos años los jueces y jurados emitieron condenas punitivas totalmente desproporcionales, esto no fue ignorado por la Corte Suprema de los EE. UU., la cual impuso restricciones a los montos por *punitive damages*. Aquella idea tradicional de que los *punitive damages* no tienen ninguna relación con los daños compensatorios, y que, por ende, no tienen justificación alguna, es ahora una inexactitud, por no decir una mentira.

En un famoso estudio empírico de 1997, dirigido por Theodore Eisenberg, sobre la relación entre daños compensatorios y *punitive damages* en la experiencia americana, se concluyó que "far from being randomly related, the punitive damages awards increase monotonically with compensatory damages in a statistically significant manner. The hypothesis that punitive damages awards are randomly plucked out of air, and bear no relation to compensatory damages, can be firmly rejected"[19]. Y sobre todo, el estudio empírico analizó los factores que se consideran para determinar la extensión de la condena punitiva y concluyó que el más importante es, precisamente, el daño sufrido[20].

En efecto, los *punitive damages* tienen una relación de ratios o múltiplos (*multiples*) en relación con los daños compensatorios. Según

19 Eisenberg; Goerdt; Ostrom; Rottman y Wells, "The Predictability of Punitive Damages", art. cit., p. 639.

20 *Ibid*, p. 628.

la Corte Suprema de los EE. UU., en *State Farm Mutual Automobile vs. Campbell* (2003), para que una condena de *punitive damages* no sea inconstitucional no puede superar la ratio 9:1; es decir, si los daños compensatorios ascienden a 10, los *punitive damages* no pueden superar de 90 (salvo excepciones fundamentadas). Así es como la cuantía de los *punitive damages* se determina en virtud de un múltiplo de los daños compensatorios. Este tipo de límite significa que los jueces y jurados deben mirar a los daños compensatorios al momento de determinar la condena de *punitive damages*, de lo contrario, corren el riesgo de emitir un pronunciamiento inconstitucional.

En otro estudio empírico liderado por Eisenberg, se concluyó que la ratio entre daños compensatorios y *punitive damages* fue entre 0.88:1 a 0.98:1[21]. Si en la práctica americana se puede evidenciar que la regla parece ser que la cuantía de los *punitive damages* se asimila a la cuantía de los daños compensatorios (entiéndase, una *ratio* de 1:1), entonces se debilita el argumento de que las condenas punitivas americanas son totalmente arbitrarias[22]. Además, resulta muy interesante que, con ocasión de procesos de execuátur, Francia y Alemania hayan señalado que los *punitive damages* podrán ser ejecutados en sus países si cumplen con la ratio 1:1.

También existen límites máximos (*caps*) legislativos a nivel estatal o federal. Por ejemplo, a nivel estatal en Alaska no se pueden imponer *punitive damages* por encima de $500 000 y en Virginia por encima de

21 Eisenberg, Theodore; LaFountain, Neil; Ostrom, Brian; Rottman, David y Martin Wells, "Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study", en *Cornell Law Review*, n.° 3, vol. 87, 2002, pp. 754-755.

22 Sebok, Anthony, "Punitive Damages in the United States", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, New York: Springer, 2009, p. 158. En contra, véase Viscusi, W., "Kip. Punitive damages: How jurors fail to promote efficiency", en *Harvard Journal on Legislation*, n.° 1, vol. 39, 2002, p. 139 y ss; Kahneman, Daniel; Schkade, David y Cass Sunstein, "Shared outrage and erratic awards: The psychology of punitive damages", en *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 16, 1998, p. 49 y ss; Sunstein, Cass, Kahneman, Daniel y David Schkade, "Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)", en *The Yale Law Journal*, n.° 7, vol. 107, 1998, p. 2071 y ss; Sunstein, Cass; Hastie, Reid; Payne, John; Schkade, David y W. Kip Viscusi, *Punitive Damages. How Juries Decide*, Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

$350,000. A nivel federal, la 15 U.S.C. §6604 señala que los *punitive damages* no deberán superar el monto de tres veces los daños compensatorios o $250 000 (el que sea menor) en acciones civiles Y2K. Adicionalmente, los jurados suelen ser instruidos para no imponer montos irrazonables por *punitive damages* en relación con los daños compensatorios[23]. Interesantemente, la existencia de *caps* a los montos por *punitive damages* ha sido considerada como un dato que demuestra que el *american tort law* está cambiando[24].

Si esto es así, ¿por qué se sigue mirando a los *punitive damages* como un concepto irreconciliable con el *civil law*?

1.2. ¿Qué son realmente los *punitive damages*?

Para entender verdaderamente a los *punitive damages* es esencial partir de su concepto, pero dado que este ha ido evolucionado en el tiempo[25], el mismo ha sido malentendido. De allí que previamente hayamos considerado necesario realizar algunas precisiones.

El concepto de *punitive damages* contiene dos características esenciales. Primero, lo que define a un monto dinerario como punitivo es el hecho de que se otorgue por encima de los daños compensatorios. Como regla, los *punitive damages* son montos extracompensatorios al

23 Laycock, Douglas, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, EE. UU.: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, pp. 173-175.

24 Fedtke, Jörg, "The Changing Nature of U.S. (Common?) Tort Law", en Mankowski, Peter y Wolfgang Wurmnest (eds.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München: Sellier European Law Publishers, 2014, p. 4.

25 De Ángel Yágüez, Ricardo, *Daños punitivos*, Navarra: Civitas, 2012, p. 35: "Y además, como decía, el concepto de daños punitivos es *móvil*, no estático, incluso en los países en los que desde antiguo se vienen reconociendo"; Benatti, Francesca, "Punitive damages y class action: apuntes de derecho comparado", en Campos, Héctor y José Gabriel (coords.), *Responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación*, Lima: Themis, 2018, p. 2004: "Aunque las indemnizaciones punitivas han sido definidas como "un naufragio que sobrevivió a sus orígenes", hoy están experimentando un momento de nueva expansión debido a su circulación en los sistemas del civil law. Esto no es sorprendente: la historia de la institución nunca ha sido lineal, ha visto alternarse fases de decadencia y por otras de difusión, a menudo también imparables".

otorgarse por encima del monto dinerario necesario para compensar a la víctima. Pero esto no quiere decir que los *punitive damages* no tengan ninguna relación con los daños compensatorios, pues, en muchos casos, la cuantía del monto dinerario punitivo es un múltiplo de la cuantía del monto dinerario compensatorio. Segundo, lo que hace a un monto dinerario punitivo, además de que sea extracompensatorio, es la función que pretende el mismo. Los *punitive damages* tienen como principales funciones la punitiva (*punishment*) y la disuasiva (*deterrence*), en ese orden. Esta es la regla, y este ha sido el motivo del rechazo por parte de Europa, pues en el *civil law* el derecho de daños es monista (solo compensación), a diferencia del sistema dualista anglosajón (compensación y sanción). Sin embargo, con ocasión de los procesos de execuátur, los europeos han aceptado a los *punitive damages*, pues comprobaron y, finalmente, entendieron que en EE. UU. los *punitive damages* pueden también cumplir una función compensatoria y "restitutoria".

La novedad fue la función compensatoria que cumplen los *punitive damages* en el derecho americano, debido a ciertas particularidades de dicho sistema jurídico. Un ejemplo lo encontramos en la *American rule* respecto a los costos del litigio, la cual no permite a la parte ganadora recuperar dichos costos de la parte perdedora como ocurre en Europa. En estos casos, se otorgan *punitive damages* para reembolsar dicho costo. Otro ejemplo se encuentra en la irresarcibilidad del daño moral (*pain and suffering*[26]) en sede contractual, la cual eventualmente puede ser compensable vía *punitive damages*.

Por otro lado, la función "restitutoria" no es realmente una novedad. En los conocidos casos *Ford Motor* y *McDonald's* los jurados cuantificaron los *punitive damages* basándose en los beneficios obtenidos por los demandados. El objetivo principal de los *punitive damages* fue —además de

26 A diferencia del *civil law*, en donde hay países que mantienen un solo concepto general para referirse a cualquier afectación a los sentimientos (ej. *dommage moral* en Francia, y daño moral en el Perú), en el common law se suelen nombrar a distintos conceptos (*pain and suffering, loss of amenity, loss of reputation, injury to feelings, mental distress*). Sin perjuicio de ello, en el derecho comparado los autores usan principalmente el término *pain and suffering* para referirse al daño moral continental. Por tal motivo, acá se usará también la denominación *pain and suffering*.

castigar— despojar a los demandados del *profit* obtenido con la comisión del daño. Los comparatistas han señalado que tal función "restitutoria" no es ajena al *civil law*, pues allí existe la prohibición del enriquecimiento ilícito que impide que el dañador se quede con el beneficio obtenido con la comisión intencional del daño.

Entonces, los *punitive damages* son, en virtud de sus dos características esenciales, montos dinerarios cuya cuantía excede a lo necesario para compensar a la víctima y que tienen, principalmente, las funciones de castigar y disuadir, sin perjuicio de ser comúnmente "restitutoria" y en ciertos casos hasta compensatoria.

A ello podemos añadir que los jueces o jurados tienen la discreción para decidir cuándo otorgar *punitive damages* y la libertad para determinar la cuantía, pero es necesario realizar algunas precisiones al respecto. Existen dos características que comúnmente son consideradas como típicas de los *punitive damages*, pero que, en nuestra opinión, dejarán de serlo, pues actualmente se encuentran en proceso de evolución.

Primero, no se puede considerar que la existencia de límites (múltiplos o *caps*) desnaturaliza a los *punitive damages*. La tendencia actual en EE. UU. apunta hacia la imposición de límites a los *punitive damages*, lo cual ha sido materializado por la Corte Suprema de los EE. UU., o por la legislación estatal o federal. La existencia de estos límites ha provocado que los comentaristas americanos se pregunten si la presencia de tales límites en forma de múltiplos (*multiples damages*) o topes máximos (*capped damages*) desnaturaliza a los *punitive damages*, y la respuesta mayoritaria ha sido que no.

Lo que caracteriza a los *punitive damages* es que son montos dinerarios por encima de los daños compensatorios y con el principal objetivo de castigar y disuadir, sin perjuicio de sus otras funciones. Actualmente, los *punitive damages* no se caracterizan en EE. UU. por la libre discreción que tienen los jueces o jurados al momento de determinar la cuantía, pues existen múltiplos para fijar la cuantía de los mismos, en virtud de los daños compensatorios, y límites que fijan un techo del cual estos no pueden exceder. Entonces, en virtud de cómo se determina la cuantía

del monto punitivo, los *punitive damages* tienen tres manifestaciones en el derecho americano: 1) *pure punitive damages*, 2) *multiples damages*, y 3) *capped damages*. Nuevamente, ya no es característico de los *punitive damages* que los mismos no tengan límites (*limitless*) y sean *skyrocketing*.

La segunda característica que normalmente se considera como típica de los *punitive damages*, pero que, en nuestra opinión, dejará de serlo, es que el monto punitivo siempre se paga en favor de la víctima. Algo que normalmente no es reportado por los civilistas es que en diversos Estados americanos un porcentaje importante de la condena punitiva se paga en favor del Estado respectivo, lo cual demuestra una tendencia en contra del *windfall*, esto es, el enriquecimiento inesperado —o tal vez esperado y deseado— en favor de la víctima.

El enriquecimiento de la víctima con los *punitive damages* es una de las grandes razones que fundamentan el rechazo de Europa, pues en el *civil law* existe la prohibición del enriquecimiento ilícito. El enriquecimiento ilícito en Europa puede verse desde dos ángulos a efectos de los *punitive damages*: 1) el dañador no puede obtener un beneficio con la comisión intencional del daño (*faute lucrative*) y 2) la víctima no puede obtener un beneficio con ocasión del daño que ella misma ha sufrido.

Si bien Europa está de acuerdo en que el dañador no puede quedarse con el beneficio obtenido por el daño, también está de acuerdo en que la víctima no puede enriquecerse con ocasión del daño. Un europeo estaría de acuerdo en que los *punitive damages* sean utilizados para extirpar las ganancias del dañador, pero no estaría de acuerdo en que dicho beneficio vaya a la víctima. Una cosa es que el dañador no deba lucrar con la comisión del daño y, por ende, que deba ser despojado del beneficio ilícito, y otra es explicar por qué dicho beneficio debe ser destinado o no a la víctima[27].

27 Weinrib, Ernest, "Restitutionary Damages as Corrective Justice", en *Theoretical Inquiries in Law*, n.° 1, vol. 1, 2000, p. 2; Alpa, Guido, "Le funzioni della responsabilità civile e danni 'punitivi': Un dibattito sulle recenti sentenza della Suprema Corte di Cassazione", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 4, año xxxiii, 2017, pp. 1102 y 1103.

Lo más interesante, y que a menudo se omite por parte de los civilistas, es que el problema respecto al enriquecimiento de la víctima no es ignorado en EE. UU. Se discute allí si la responsabilidad civil debe ser vista desde una perspectiva estrictamente privada (ej. Jules Coleman, John Goldberg y Benjamin Zipursky[28]) o también desde una perspectiva pública (ej. Guido Calabresi[29], quien suele llamar a los privatistas mencionados como "Colebergzurkys"[30]), y tal debate tiene un impacto directo en el entendimiento de los *punitive damages* como un remedio privado, público o híbrido.

Los americanos suelen decir que los *punitive damages* cumplen una función pública, y por esto, su naturaleza es cuasicriminal[31]. Incluso Michael Rustad propuso el término "crimtort" (*crime* + *tort*), desarrollado conjuntamente con Thomas Koenig[32], para hacer referencia al

28 Coleman, Jules, "Corrective Justice and Wrongful Gain", en *The Journal of Legal Studies*, n.° 2, vol. 11, 1982, p. 421 y ss.; Goldberg, John y Benjamin Zipursky, "Seeing Tort Law from the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties", en *Fordham Law Review*, n.° 3, vol. 75, 2006, p. 1563 y ss. Véase también Ripstein, Arthur, *Private Wrongs*, Cambridge: Harvard University Press, 2016.

29 Calabresi, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", en *The Yale Law Journal*, n.° 4, vol. 70, 1961, p. 499 y ss.

30 Calabresi, Guido, "A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension", en *Law and Contemporary Problems*, n.° 2, vol. 77, 2014, pp. 3 y 4. Véase también Steiner, Henry, *Moral Argument and Social Vision in the Courts. A Study of Tort Accident Law*, Wisconsin: University of Wisconsin Press, 1987, pp. 109-114.

31 Zipursky, Benjamin, "A Theory of Punitive Damages", en *Texas Law Review*, n.° 1, vol. 84, 2005, p. 170: "[…] American punitive damages law today —and for the past several decades— has included a robust conception of punitive damages as criminal or quasi-criminal idea that envisions the imposition of damages as a deterrent and retributive sanction imposed by the state, on the occasion of a plaintiff's private law suit"; Collin, Thomas, *Punitive Damages and Business Torts. A Practitioner's Handbook*, EE. UU.: American Bar Association, 1998, p. 3: "Because punitive damages are found in civil law but are penal in nature, this doctrine has been characterized as "quasi-criminal". As the Supreme Court has noted, punitive damages are "*private fines* levied by civil juries"; Owen, David, "Punitive Damages in Products Liability Litigation", en *Michigan Law Review*, n.° 7, vol. 74, 1976, p. 365: "Thus, punitive damages are, in a real sense "quasi-criminal", standing half-way between the civil and the criminal law"; Sebok, "Punitive Damages in the United States", art. cit., p. 170: "[…] the function of punitive damages had changed, so that now they clearly are quasi-criminal punishment imposed in the context of a civil tort suit […]".

32 Koenig, Thomas y Michael Rustad, "'Crimtorts' as Corporate Just Deserts", en *University of Michigan Journal of Law Reform*, n.° 2, vol. 31, 1998, pp. 293 y 294: "Criminal and tort laws are blending to form an entirely new type of legal control. This hybrid doctrinal develop-

fenómeno de la criminalización de la responsabilidad extracontractual a través de la procedencia de *punitive damages*. Se trata de casos privados en donde, a través del castigo, se defienden intereses públicos. Si esto es así, entonces cierto monto punitivo debería ir en favor del Estado o un fondo de compensación, y no exclusivamente en favor de la víctima. Solo se justifica que el monto punitivo sea dirigido exclusivamente a la víctima si los *punitive damages* son estrictamente privados[33].

ment is reflected in the emerging fields we have labeled "crimtorts"; KOENIG, Thomas y Michael RUSTAD, "Toxic Torts, Politics, and Environmental Justice: The Case for Crimtorts", en *Law & Policy*, n.° 2, vol. 26, 2004, p. 190: "The distinctive feature of crimtorts is that private litigants contribute to the societal goal of protecting the public interest while, at the same time, receiving compensation for their own personal injury or property damage"; KOENIG, Thomas, "Crimtorts. A cure for hardening of the categories", en *Widener Law Journal*, n.° 3, vol. 17, 2008, pp. 734-735: "A decade ago, Michael Rustad and I coined the term "crimtort" as a *portmanteau* that sought to explain the hidden public policy functions increasingly being played by tort law"; KOENIG, Thomas, "Blending U.S. Criminal and Tort Law for Civil Punishment", en *Annals-Belgrade Law Review*, vol. 3, 2008, pp. 141 y 142: "Over the past quarter century the line between criminal and tort law in the U.S. has been collapsing across a broad front, creating what I have labeled "crimtort" litigation that seeks quasi-criminal financial punishments to remedy organizational wrongdoing. Courts and commentators have been slow to recognize the existence of crimtort remedies because of the conceptual blinders created by the false dichotomy between criminal law and the law of torts"; RUSTAD, Michael y Thomas KOENIG. "Reconceptualizing Parens Patriae as Environmental Crimtorts", en *Suffolk University Law School*, n.°10-43, 3 de noviembre del 2010, p. 8: "A crimtort is a *portmanteau*, or a combination of characteristics of criminal law and torts, that bridges the gap between private and public law"; RUSTAD, Michael y Thomas KOENIG, "Parens Patriae Litigation to Redress Societal Damages from the BP Oil Spill. The Latest Stage in the Evolution of Crimtorts", en *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, n.° 1, vol. 29, 2011, p. 87: "The *parens patriae* lawsuit by U.S. and Mexican governmental entities against the BP defendants signal the latest evolution in crimtorts. In these societal interest lawsuits, government lawyers deploy well-established tort law causes of action for a public purpose. The difference between this governmental crimtort and the ones we conceptualized in the past is that the plaintiff is a public entity"; RUSTAD, Michael, "Torts as Public Wrongs", en *Pepperdine Law Review*, n.° 2, vol. 38, 2011, pp. 434-435: "Tort are a difficult branch of private law to pin down because the borderline between crimes and torts merges with the remedy of punitive damages ('crimtorts')".

33 COLBY, Thomas, "Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs", en *Minnesota Law Review*, n.° 3, vol. 87, 2003, p. 590: "Many of the bedrock principles of punitive damages law —such as the rule that the plaintiff must prevail on an underlying civil cause of action in order to recover punitive damages, the requirement that the amount of punitive damages must bear a reasonable relationship to the amount of compensatory damages, and the fact that the punitive damages are paid to the plaintiff— are impossible to reconcile with an understanding of punitive damages as punishment for public wrongs"; MCROSTIE, William, "Punitive Damages Fund", en *The New York Times*, Nueva York: 19 de octubre del 2002: "I agree that the punitive damage award should not compensate victims. A reasonable compromise, which as a retired lawyer I have long advocated, is that the punitive damage award should, like fines, go to the state's general fund"; RIPSTEIN, *Private Wrongs*, ob. cit., p. 261: "The account offered here has no resources for explaining such decisions [punitive damages awards], because they treat a damage award, not as a remedy for a wrong that the defendant did to the plaintiff, but instead as a policy lever to provide incentives to parties not before the court".

Entonces, los *punitive damages* son considerados como un híbrido porque pretenden cumplir un rol público, pero dentro de un conflicto privado. De allí que, en el caso *Fay vs. Parker* (1873), la Corte Suprema de New Hampshire se haya referido a los *punitive damages* como "a monstrous heresy [...] deforming the symmetry of the body of law"[34], y que sea, por ende, "an unsightly and unhealthy excrescence"[35]. Con razón GALLO decía que "tort law can be considered no more a coherent body of rules"[36].

El rol público de los *punitive damages* resalta cuando pensamos en la función de disuasión (*deterrence*). Mientras que otras instituciones legales punitivas son disuasorias, pero limitadas a la contraparte (*specific deterrence*) —piénsese en la cláusula penal—, en los *punitive damages* la disuasión es general (*general deterrence*), pues el objetivo es servir de ejemplo (de allí la denominación *exemplary damages*) frente a cualquier tercero para disuadir el comportamiento indeseado. Como afirma SEBOK: "In such cases the law uses the suit of a private party as an instrument of public prosecution, not for the sake of the suitor but for that of the public"[37]. En otras palabras, se castiga al demandado en un juicio privado con la intención de generar una disuasión general en cualquier tercero para evitar que el comportamiento sancionado vuelva a ocurrir.

Esto ha generado ciertas críticas estructurales como las expuestas por Ernest J. WEINRIB, quien ha señalado, en diversas ocasiones, que los

34 BARON, Jeremy, "The 'Monstrous' Heresy of Punitive Damages: A Comparison to the Death Penalty and Suggestions for Reform", en *University Pennsylvania Law Review*, n.° 3, vol. 159, 2011, p. 858.

35 SIRENA, Pietro, "Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa", en *Rivista di Diritto Civile*, n.° 6, vol. 52, 2006, p. 531.

36 GALLO, Paolo, *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts* à *Giuseppe Gandolfi*, vol. 3, Milano: *Giuffrè*, 2004, p. 1441.

37 SEBOK, "Punitive Damages in the United States", art. cit., p. 179.

punitive damages son incoherentes con la estructura del derecho privado desde la perspectiva de la *corrective justice*. En el derecho privado, existe un derecho subjetivo porque a alguien se le impone un deber, o existe un beneficio en favor de alguien porque a otro se le impone un costo. En este sentido, debe existir una correlación entre el beneficio en favor de uno y el correspondiente costo que se impone a otro, como si se tratase de un reflejo inverso. En la responsabilidad civil, la existencia de *punitive damages* es contraria a la noción de *corrective justice* al alterar esta equivalencia, pues el beneficio (*windfall*) en favor de la víctima no se corresponde con el costo del daño[38].

En el derecho americano parece indiscutible que los *punitive damages* tienen un importante rol público. Esta función pública también se evidencia en la función punitiva: el monto dinerario busca desincentivar

38 Weinrib, Ernest, *Corrective Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 97: "Punitive damages are inconsistent with corrective justice for reasons both of structure and of content. So far as structure is concerned, corrective justice requires that the normative considerations applicable to the relationship between defendant and plaintiff reflect the parties' correlative standing as sufferer of and doer of the same injustice. Accordingly, it excludes considerations that refer to one of the parties without encompassing the correlative situation of the other. The standard justifications for punitive damages —deterrence and retribution— are one-sided considerations that focus not relationally on the parties as does and sufferer of the same injustice, but unilaterally on the defendant (and anyone else who might be similarly situated) as doer. The place of such considerations is not private but criminal law, because criminal law is concerned not with whether the accused has injured someone's particular right, but with whether the accused has acted inconsistently with the existence of a regime of rights in general. In effect, punitive damages function as a defendant-financed reward for acting as a private prosecutor while subjecting the defendant to punishment without the protections of the criminal law"; Weinrib, Ernest, *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 114: "[...] the correlativity of gain and losses is the organizing future of liability"; Weinrib, Ernest, "Corrective Justice in a Nutshell", en *The University of Toronto Law Journal*, n.° 4, vol. 52, 2002, p. 349: "Corrective justice, in contrast, features the maintenance and restoration of the notional equality with which the parties enter the transaction. This equality consists in persons' having what lawfully belong to them. Injustice occurs when, relative to this baseline, one party realizes a gain and the other a corresponding loss. The law corrects this injustice when it re-establishes the initial equality by depriving one party of the gain and restoring it to the other party"; Weinrib, Ernest, "The Gains and Losses of Corrective Justice", en *Duke Law Journal*, n.° 2, vol. 44, 1994, p. 293: "Under corrective justice, damages are compensatory, not punitive". Esta premisa también ha sido utilizada por reconocidos autores para criticar la incorporación de los *punitive damages* al civil law. Véase a Koziol, Helmut, "Comparative Conclusions", en Koziol, Helmut (ed.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag, 2015, p. 751.

al demandado y a cualquier otro tercero de la sociedad, pero también castigar al demandado por el daño ocasionado al demandante y por los daños causados a cualquier otro perjudicado que no sea parte del proceso; en otras palabras, que internalice todo el costo social[39]. Este rol público de los *punitive damages* explica los altos montos de las condenas.

Esta naturaleza pública de los *punitive damages*, finalmente, se materializa en el destinatario de tal condena punitiva. Al respecto, es interesante tener en cuenta el caso del Estado de Missouri, en donde el 50 % de cualquier condena por *punitive damages* va destinado a un fondo de compensación llamado "Tort Victims' Compensation Fund", el cual sirve para compensar a las personas que han sufrido un daño pero que no han podido cobrar compensación. La sección §537.675 del Missouri Revisited Statues (2005) señala que "the state of Missouri shall have a lien for deposit into the tort victims' compensation fund to the extent of fifty percent of the punitive damage final judgment which shall attach in any such case after deducting attorney's fees and expenses". De acuerdo con el Department of Labor and Industrial Relations, entre el 2001 y el 2011 estos fueron los montos recaudados[40]:

39 Existe un debate respecto a la naturaleza del monto dinerario que tiene en cuenta el daño ocasionado a terceros ajenos al proceso. Unos señalan que es punitivo mientras que otros consideran que es estrictamente disuasorio (al generar el nivel óptimo de *deterrence*). Esto es importante frente al pronunciamiento de la Corte Suprema de los EE. UU. en *Philip Morris, Inc. USA v. Williams* (2007), en donde se consideró que es inconstitucional tener en cuenta el daño sufrido por terceros que no son parte del proceso para inflar la cuantía de los *punitive damages*. Acá consideramos que todo monto dinerario extracompensatorio es punitivo. La referencia a la disuasión sirve para determinar la extensión del monto dinerario, pero sigue siendo punitivo desde una perspectiva legal. Solo sería, en todo caso, disuasorio si existen procedimientos adecuados que permitan a los terceros a reclamar compensación, para lo cual, en primer lugar, el monto de la condena punitiva debería asignarse a un fondo de compensación. Mientras no exista dicho fondo y los procedimientos legales necesarios para cobrar de dicho fondo, la internalización de todo el costo social cumplirá un nivel óptimo de disuasión, pero en nuestro concepto seguirá siendo punitivo por ser extracompensatorio. Esto será desarrollado a detalle más adelante en la sección dedicada a Law and Economics.

40 Department of Labor & Industrial Relations, *Tort victims*. Recuperado de <https://labor.mo.gov/DWC/Tort_Victims>.

TORT VICTIMS COMPENSATION FUND PAYOUT FROM 2001-2011

Year	2001-02	2003	2004	2005	2006-08	2009	2010	2011
$Amount	$4,87M	$928.156K	$100K	$470K	$2.42M	$2.45M	$345.28K	$495K

Estos sistemas en los cuales los Estados americanos han asignado una porción de los *punitive damages* en favor del Estado respectivo se conocen como *split-recovery statutes*[41].

Como explican Parisi y Cenini:

> In recent years, some states have introduced the so-called 'split-recovery' provisions that allow the state to claim a portion of any punitive damages awarded. This approach has been received favourably as it maintains adequate levels of deterrence and punishment for the defendant while reducing a plaintiff's windfall providing funds for the public's benefit[42].

La sección §09.17.020(j) de los Alaska Statutes (2004) señala que el 50 % de la condena irá a un fondo general del Estado: "If a person receives an award of punitive damages, the court shall require that 50 percent of the award be deposited into the general fund of the state". La sección §3295.5(b)(1) del California Civil Code (2006) señala que el 75 % se deberá pagar en favor del Public Benefit Trust Fund, como se expresa a continuación: "(b) Punitive damages awarded pursuant to a final judgment shall be paid, as follows: (1) Seventy-five percent shall be paid to the Public Benefit Trust Fund, which is hereby created in the State Treasury, to be administered by the Department of Finance".

La sección §735 ILCS 5/2-1207 del Illinois Code of Civil Procedure (2003) le otorga a la corte la discreción de determinar qué parte de la condena por *punitive damages* se pagará en favor del Estado, expresando

41 Klaben, Matthew, "Split-Recovery Statutes: Interplay of the Takings and Excessive Fines Clauses", en *Cornell Law Review*, n. 1, vol. 80, 1994, pp. 104; Stevens, Clay, "Split-Recovery: A Constitutional Answer to the Punitive Damage Dilemma", en *Pepperdine Law Review*, n.° 3, vol. 21, 1994, p. 857; Evans, Benjamin, "Split-Recovery Survives: The Missouri Supreme Court Upholds the State's Power to Collect One-Half of Punitive Damages Awards", en *Missouri Law Review*, n.° 2, vol. 63, 1998, pp. 511; Hurd, Sandra y Frances Zollers, "State Punitive Damages Statutes: A Proposed Alternative", en Journal of Legislation, n.° 2, vol. 20, 1994, p. 191; Brockmeier, Dirk, *Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 16.

42 Parisi, Francesco y Marta Cenini, "Punitive Damages and Class Actions", en Backhaus, Jürgen; Cassone, Alberto y Giovanni Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Cheltenham: Edward Elgar, 2012, p. 140.

lo siguiente: "The trial court may also in its discretion, apportion the punitive damage award among the plaintiff, the plaintiff's attorney and the State of Illinois Department of Human Services". Por otro lado, la sección §34-51-3-6(c) del Indiana Code (1999) otorga el 75 % de la condena punitiva en favor de un fondo de compensación, señalando lo siguiente:

> (c) Upon receiving the payment described in subsection (b), the clerk of the court shall: (1) pay the person to whom punitive damages were awarded twenty-five percent (25%) of the punitive damages award; and (2) pay the remaining seventy-five percent (75%) of the punitive damages award to the treasurer of state, who shall deposit the funds into the violent crime victims compensation fund stablished by IC 5-2-6.1-40.

La sección §668A.1(2) del Iowa Code (1998) regula dos supuestos. El primero, en donde la totalidad del monto punitivo va en favor de la víctima, y el segundo en donde el 25 % va a la víctima y el restante 75 % a un fondo de compensación, expresado textualmente a continuación:

> 2. An award for punitive or exemplary damages shall not be made unless the answer or finding pursuant to subsection 1, paragraph a, is affirmative. If such answer or finding is affirmative, the jury, or court if there is no jury, shall fix the amount of punitive or exemplary damages to be awarded, and such damages shall be ordered paid as follows:
>
> a. If the answer or finding pursuant to subsection 1, paragraph b, is affirmative, the full amount of the punitive or exemplary damages awarded shall be paid to the claimant.
>
> b. If the answer or finding pursuant to subsection 1, paragraph b, is negative, after payment of all applicable costs and fees, an amount not to exceed twenty-five percent of the punitive or exemplary damages awarded may be ordered paid to the claimant, with the remainder of the award to be ordered paid into a civil reparations trust fund administered by the state court administrator. Funds placed in the civil reparations trust shall be under the control and supervision of the executive council, and shall be disbursed only for purposes of indigent civil litigation programs or insurance assistance programs.

La sección §31.735 del Oregon Revisited Statutes (2003) otorga 30 % en favor de la parte ganadora (lo cual incluye los honorarios de sus abogados),

60 % en favor de un fondo de compensación y el 10 % restante para otros propósitos públicos, como se describe a continuación:

> (1) Upon the entry of a verdict including an award of punitive damages, the Department of Justice becomes a judgment creditor as to the amounts payable under paragraphs (b) and (c) of this section, and the punitive damage portion of an award shall be allocated as follows:
>
> (a) Thirty percent is payable to the prevailing party. The attorney for the prevailing party shall be paid out of the amount allocated under this paragraph, in the amount agreed upon between the attorney and the prevailing party. However, in no event may more than 20 percent of the amount awarded as punitive damages be paid to the attorney for the prevailing party.
>
> (b) Sixty percent is payable to the Attorney General for deposit in the Criminal Injuries Compensation Account of the Department of Justice Crime Victims Assistance Section, and may be used only for the purposes set forth in ORS chapter 147. However, if the prevailing party is a public entity, the amount otherwise payable to the Criminal Injuries Compensation Account shall be paid to the general fund of the public entity.
>
> (c) Ten percent is payable to the Attorney General for deposit in the State Court Facilities and Security Account established under ORS 1.178, and may be used only for the purposes specified in ORS 1.178 (2)(d).

La sección §78B-8-201.3(a) del Utah Code (2004) asigna los primeros $50, 000 de los *punitive damages* en favor del demandante, y el exceso se divide en partes iguales en favor del Estado y la víctima, como se indica a continuación:

> In any case where punitive damages are awarded, the court shall enter judgment as follows: (i) for the first $50,000, judgment shall be in favor of the injured party, and (ii) any amount in excess of $50,000 shall be divided equally between the state and the injured party, and judgment to each entered accordingly.

La sección §13-21-102(4) del Colorado Revisited Statutes fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Colorado en el caso *Kirk vs. Denver Publishing Company* (1991). El texto decía lo siguiente:

> One-third of all reasonable damages collected pursuant to this section shall be paid into the state general fund. The remaining two-thirds of such damages collected shall be paid to the injured party. Nothing in this subsection (4) shall be construed to give the general fund any interest in the claim for exemplary damages or in the litigation itself at any time prior to payment becoming due.

El mismo destino de inconstitucionalidad experimentó la sección §51-12-5.1(e)(2) del Georgia Code (2000), la cual asignaba el 75 % de los *punitive damages* al tesoro del Estado, como se indica a continuación:

> Seventy-five percent of any amounts awarded under this subsection as punitive damages, less a proportionate part of the costs of litigation, including reasonable attorney's fees, all as determined by the trial judge, shall be paid into the treasury of the state through the Office of the State Treasurer.

Uno de los fuertes argumentos para considerar como inconstitucional a estos *split-recovery statutes* es que pueden convertirse en expropiaciones (*takings*) indirectas, que afectan directamente el derecho de propiedad de los demandados[43].

Para que estos *split-recovery statutes* no sean considerados como una expropiación, la cuantía de los *punitive damages* no puede dirigirse de manera general en favor del Estado, sino para ser usado con fines sociales relacionados a la conducta del demandado que se sanciona, y de preferencia, dirigido a un fondo de compensación. La existencia de estos fondos de compensación refuerza la idea de la existencia de un daño compensatorio social que va más allá del resarcimiento de la víctima.

Tal vez el ejemplo más impresionante e histórico sobre la distribución de la cuantía de los *punitive damages* se encuentra en Ohio, en donde sin existir alguna ley que disponga la distribución del monto punitivo,

43 Sloane, Lynda, "The Split Award Statute: A Move Toward Effectuating the True Purpose of Punitive Damages", en *Valparaiso University Law Review*, n.° 1, vol. 28, 1993, pp. 495-496; Klaben, "Split-Recovery Statutes: Interplay of the Takings and Excessive Fines Clauses", art. cit., p. 106.

la Corte Suprema de Ohio dispuso que una porción de la condena por *punitive damages* debería dirigirse a un fondo de investigación de cáncer creado *ad hoc* por la misma corte. En el caso *Dardinger vs. Anthem Blue Cross & Blue Shield* (2002), se concluyó que el asegurador se había negado a otorgar cobertura al tratamiento de cáncer de la esposa del demandante. El jurado otorgó $2,5 millones en daños compensatorios y $49 millones en *punitive damages*. La Corte Suprema de Ohio redujo los *punitive damages* a $30 millones y señaló que solo un tercio iría en favor de la víctima y el resto para un fondo de investigación sobre el cáncer[44]. La corte señaló que "the plaintiff remains a party, but the de facto party is our society"[45]. Como explica SHARKEY, "[t]he divided (4-3) court's decision is "historic" in that it effects a split-recovery type allocation of punitive damages award, absent state law directing it to do so"[46].

Todas las disposiciones legales citadas son ejemplos de cómo, en tales casos, en promedio el 75 % de la cuantía de los *punitive damages* no va destinado a la víctima, sino a un fondo de compensación o finalmente al Estado. Estas son evidencias contundentes de que el pago de la condena punitiva en favor de la víctima dejará de ser una característica esencial de los *punitive damages* en EE. UU. Solo nos enteramos de la imposición de cierto monto por concepto de *punitive damages*, pero usualmente nunca nos preguntamos a quién se paga dicho monto o cómo el mismo se distribuye. Lo único que solemos escuchar es que se otorgó cierto monto por *punitive damages*, nada más. Entonces, por lo mismo, pensamos que en todos los casos la condena punitiva favorece solo a la víctima.

44 MARTIN, C.J., "Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield: Judicial Redistribution of Punitive Damages Awards", en *San Diego Law Review*, n.° 4, vol. 40, 2003, pp. 1655-1659; NIELSEN, Jessica, "A True Hollywood Story: Alternative Distribution and the Ohio Supreme Court's Dardinger v. Anthem Blue Cross and Blue Shield", en *University of Cincinnati Law Review*, n.° 2, vol. 72, 2003, pp. 833 y 834; GEERTSMA, Meleah , "Punitive Damages: Court Orders Two-Thirds to Go to State University Cancer Research Program", en *Journal of Law. Medicine and Ethics*, n.° 2, vol. 31, 2003, p. 308.

45 RIETEMA, Paul, "Reconceptualizing Split-Recovery Statutes: Philip Morris USA v. Williams", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n.° 3, vol. 31, 2008, p. 1166.

46 SHARKEY, Catherine, "Punitive Damages as Societal Damages", en *The Yale Law Journal*, n.° 2, vol. 113, 2003, p. 373.

La opción de distribuir la cuantía de los *punitive damages* resulta más coherente con la naturaleza híbrida de esta condena punitiva, pues, al perseguir un rol público dentro de un litigio privado, tiene sentido que gran parte de la condena se pague en favor del Estado o un fondo y una porción menor en favor de la víctima. Así se puede decir, coherentemente, que los *punitive damages* son verdaderas multas privadas.

Es cierto que al final un monto extracompensatorio se termina pagando en favor de la víctima (25 % en promedio), pero ello se justifica por una función típica del derecho americano, pero no por ello incompatible con Europa. Se trata del *private enforcement*. El *enforcement* del derecho está asignado al derecho público en el *civil law*, mientras que al derecho privado en el *common law*. Esta distinción tiene un impacto directo en los ciudadanos y los juicios. En EE. UU. se tiene la ideología de que el mercado se autoregula, de manera que si un fabricante coloca en el mercado un producto defectuoso, los ciudadanos demandarán, las cortes harán cumplir el derecho, y el demandado asumirá el costo de sus daños e incluso podría ser expulsado del mercado.

Para que los ciudadanos tengan los incentivos de demandar, el derecho debe proveer los mecanismos legales necesarios. Entre los instrumentos jurídicos que permiten el *private enforcement* del derecho americano se encuentran las *class actions*, *contingent fees* y, claramente, los *punitive damages*[47]. Desde esta perspectiva, los *punitive damages* son vistos como una recompensa en favor de aquellos ciudadanos que lleven a juicio a los infractores del derecho. Al pagarse los *punitive damages* en favor de la víctima, se incentiva los litigios, y, a su vez, se genera un gran desincentivo en los potenciales infractores de la norma, pero no todo el monto de la condena punitiva se paga en favor de la víctima, sino solo una porción.

Sin perjuicio de que Europa haya preferido por el *public enforcement* debido a su tradición, el uso del *private enforcement* podría convertirse en un interesante complemento para evitar la infracción de normas cuyo

47 VAN BOOM, Willem, "Harmonizing Tort Law. A Comparative Tort Law and Economic Analysis", en FAURE, Michael (ed.), *Tort Law and Economics*, vol. 1, 2.ª ed., Cheltenham: Edward Elgar, 2009, pp. 441 y 442.

cumplimiento es más deseable que el incumplimiento con el consecuente pago de daños. Usualmente, los comentaristas solían mencionar al Green Paper (19 de diciembre del 2005) de la European Commission sobre Damages actions for breach of the EC antitrust rules como un ejemplo de *private enforcement* en Europa, pues tal Green Paper proponía la posibilidad de imponer *double damages* para carteles horizontales[48]. Finalmente, en la propuesta final para la directiva respectiva, se quitó la mención a la posibilidad de pedir daños más allá de los compensatorios[49].

Mientras que en EE. UU. se ha empezado una tendencia hacia el pago de los *punitive damages* en favor del Estado, en Europa se ha dado un paso similar gracias a Francia. Teniendo en cuenta a la *faute lucrative* y la prohibición del enriquecimiento ilícito, el art. 1371 de Proyecto Catala (2005) propuso introducir en el Code Civil a los *punitive damages* (*dommages-intérêts punitifs*). Uno de los aspectos más interesantes fue que dicho artículo señalaba que parte de la condena punitiva iría en favor del tesoro del Estado. Por su parte, el art. 1386-25 del Proyecto Bételle (2010) señalaba que parte de la condena punitiva iría a un fondo de compensación, y, en caso de no existir tal fondo, en favor del tesoro del Estado. Estos proyectos (el primero académico y el segundo legislativo) no tuvieron éxito.

Sin embargo, actualmente, y según el art. 1266 del Avant-Projet de Loi - Réforme de la Responsabilité Civile del 2016 y el art. 1266-1 del Projet de Réforme de la Responsabilité Civile del 2017, se propuso regular con carácter general a la *amende civile* (ya existente en el derecho francés, pero para supuestos específicos). Dado el rechazo de los *dommages-intérêts punitifs*, se ha preferido ahora cambiar de nombre, pero no de contenido. Entonces, de manera interesante, se propone que el monto recaudado por concepto de *amende civile* sea destinado a un fondo de compensación.

48 De Smijter, Eddy; Stropp, Constanze y Donncadh Woods, "Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules", en *Competition Policy Newsletter*, n.° 1, 2006, p. 2.

49 Vanleenhove, Cedric, "The use of public policy in the enforcement of American punitive damages in the European Union", en De Bruyne, Jan; De Potter De ten Broeck, Michaël y Isabelle Van Hiel (eds.), *Policy within and through law*, Amberes: Maklu, 2015, pp. 203 y 204.

El debate en el derecho americano sobre el destino de la condena punitiva, así como la propuesta francesa de regular a los *punitive damages* a la europea, demuestran que el destino de la condena en favor de la víctima no es una característica esencial. Si la condena se paga en favor del Estado o un fondo de compensación, esto no desnaturaliza a los *punitive damages*, pues los mismos seguirán siendo montos dinerarios por encima del daño compensatorio de la víctima y que tiene la función de castigar y disuadir[50].

Es cierto que si el destino de la condena punitiva va a un fondo de compensación o al Estado, esto refuerza la idea de que los *punitive damages* pueden ser compensatorios. Pero esto tampoco los desnaturaliza, si se recuerda que tales condenas punitivas siempre pudieron ser compensatorias en el derecho americano. En todo caso, se reforzaría la función compensatoria en los *punitive damages*, pero esto no los despojaría de su principal función punitiva, pues los mismos se otorgan, en principio, para castigar. La compensación es complementaria a los *punitive damages*, pero no los hace completamente compensatorios. Este es un error común que a veces se escucha entre los civilistas.

Entonces, somos de la opinión que el futuro de los *punitive damages* apunta a que los mismos no necesariamente tendrán que ser pagados al 100 % en favor de la víctima, pues existen razones suficientes que evidencian mayor sentido en que una parte de la condena punitiva se destine a un fondo de compensación. Recordemos aquella teoría que explica que los *punitive damages* se otorgan ante *societal damages*[51] (daños sociales), que pretenden que el dañador internalice tanto el daño privado ocasionado a la víctima como el daño social o externalidad ocasionada en terceros. Esto también ha sido advertido en el derecho peruano por

50 Véase a Gallo, *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, ob. cit., p. 1439: "[...] the deterrence effect of the penalty is not influenced by the beneficiary, but only by the entity of the sum due".

51 Sharkey, Catherine, "Punitive Damages as Societal Damages", art. cit., p. 347.

Fernando de Trazegnies[52] y Gastón Fernández[53], inspirados por el profesor Henry J. Steiner de Harvard Law School[54].

En resumen, por ello afirmamos que sí son características esenciales del concepto de *punitive damages* el que sean montos dinerarios por encima de los daños compensatorios, y cuya principal función es castigar y disuadir. Por el contrario, no son características esenciales la ausencia de límites, pues la tendencia es restringir la discrecionalidad de los jueces y jurados, y que la totalidad del monto se otorgue en favor de la víctima.

La ausencia de límites y el pago en favor de la víctima pueden ser considerados como deficiencias de los *punitive damages* que con el tiempo han sido corregidas. Y esto ocurrió así porque el control en el derecho americano es siempre *ex post*. Se prima la libertad y se evita el intervencionismo. Si las cosas salen mal, recién se limita y se regula. Actualmente se ha corregido a los *punitive damages* al imponerse límites a su cuantía y al destinarse en parte a un fondo o al Estado, y, por ende, ya no es esencial a su concepto la ausencia de límites y el pago total de la condena en favor de la víctima.

Esta es la historia a veces no contada sobre los *punitive damages*, y muestra que el derecho de los *punitive damages* en EE. UU. es de las materias más complejas[55]. La intención de este trabajo es contar la verdad sobre este tipo de pena privada y demostrar cómo han sido los propios europeos quienes han demostrado por qué dicho concepto no es ajeno al sistema europeo continental. Mucho se ha dicho sobre los *punitive damages*, pero mucho también se ha dejado de contar. Los *punitive damages* suelen ser considerados como un buen ejemplo de desacuerdo entre el *civil law* y el *common law*. Sin embargo, un análisis más detallado demuestra que la

52 De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 61-62.

53 Fernández Cruz, Gastón, "Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law", en *Ius et Veritas*, n.° 22, 2001, p. 11 y ss.

54 Steiner, Henry, *Moral Argument and Social Vision in the Courts. A Study of Tort Accident Law*, ob. cit., pp. 109-111.

55 Englard, Izhak, "Punitive Damages-A Modern Conundrum of Ancient Origin", en *Journal of European Tort Law*, n.° 1, vol. 3, 2012, p. 8.

tendencia se dirige hacia la convergencia. Nuevamente *civil law* y *common law* parecen no tan distintos, solo incorrectamente comprendidos.

II. LA FUNCIÓN PUNITIVA EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. La complicada interacción entre compensación y punición

La relación entre compensación y punición es más compleja de lo que nos podemos imaginar. Al respecto nada es blanco o negro. Todo es gris. No se trata de características totalmente opuestas y antitéticas. Lo que sirve para compensar también castiga, y lo que sirve para castigar también compensa. La historia del derecho y el derecho comparado son artífices al momento de explicar esta complicada y, sobre todo, compleja e interesante relación entre compensación y punición.

La función punitiva existió siempre en la responsabilidad civil continental, es decir, estuvo desde sus orígenes. La responsabilidad civil fue pensada como una venganza, y por ello el monto dinerario que se pagaba era por concepto de castigo. Con el paso de los años fue interviniendo la función compensatoria, de manera que el monto dinerario servía para castigar, pero también para compensar.

En el derecho romano, el daño y el crimen se encontraban en el *delictum*. Como consecuencia del *delictum*, el agraviado tenía derecho a la venganza personal para castigar al dañador. Después de tiempo se permitió cambiar la venganza en forma específica por un monto dinerario aceptado por la víctima. Este monto dinerario no tenía relación con el daño sufrido. Luego este monto dinerario se convirtió en una pena (*poena*) que se reclamaba a través de ciertos reclamos (*actiones poenales*). Posteriormente, se empezó a diferenciar entre daños públicos (*delicta publica*) y daños privados (*delicta privata*) dependiendo de si estábamos ante un interés público o privado[56].

Con la distinción entre daños públicos y daños privados en el derecho romano es que se empieza a distinguir entre una acción penal para

56 Janecek, Vaclav, "Exemplary Damages: A Genuine Concept?", en *European Journal of Legal Studies*, n.° 2, vol. 6, 2013/14, pp. 191 y 192.

castigar y una acción privada para compensar. La distinción de estos dos remedios es el origen de la separación moderna entre responsabilidad penal y responsabilidad civil[57].

Cabe destacar que en Roma existían las ofensas privadas como la *iniuria*, que consistía en delitos de lesión y ofensa a la persona. *Iniuria* era todo lo que se había realizado *non iure*, esto es, en contra del derecho y calificaban como delitos privados (*delictum*)[58]. El monto dinerario que se otorgaba en virtud de la *actio iniuriarum* se enfocaba en la culpa del agente y no en el daño provocado, de manera que no se dirigía a resarcir al agente sino a castigarlo. Dado que se consideraba como daño a aquello que pudiera traducirse en un equivalente económico, la lesión de un interés extrapatrimonial no era realmente susceptible de valoración económica. Entonces, la suma de dinero se otorgaba por concepto de pena privada y

57 Catala, Pierre y John Weir, "Delic and Torts: A Study in Parallel", en *Tulane Law Review*, n.° 4, vol. 37, 1963, pp. 582-583: "The study of primitive civilizations shows that they generally merged punishment and compensation. The first manifestations of civil liability take the form of private vengeance, in which are confounded the desire to punish and the desire to obtain compensation. Gradually, payment of a sum of money was substituted for pure vengeance. Each type of harm had its price, a price which had to be paid to the victim or to his heirs. In the beginning, therefore, a first advance consisted in replacing the law of retaliation, *lex talionis*, by an individual penalty which served both to punish and to indemnify. It was in classical Roman law that a distinction grew up between private wrongs and public wrongs. Certain delicits or wrongs, such as disturbance of the peace at night, for instance, are harmful to the public but inflict no particular harm to any individual. More often, one and the same offense is contrary both to public order and to private interest: theft for instance, or the physical injuries that may result from assault with intent to cause bodily harm. In this last kind of situation Roman law eventually made a distinction between two different actions. A penal action was designed to punish the wrongdoer, a civil action was designed to compensate the victim. In this distinction between two remedies, concerning one set of facts, is to be found the origin of the modern distinction between civil liability and criminal liability"; Naveira Zarra, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Coruña: Universidade da Coruña, Facultade de Dereito, Departamento de Dereito Privado, 2004, p. 263: "En efecto, fue la ya remonta separación entre responsabilidad civil y responsabilidad penal la que originó en los países de tradición jurídica romanista la unánime convicción acerca del fin exclusivamente reparador que la responsabilidad aquiliana está llamada a desempeñar y conforme al cual la pretensión única de la institución es reponer al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría de no haber acontecido el hecho dañoso".

58 Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991, p. 502.

no por resarcimiento[59]. En consecuencia, el remedio otorgado era denominado como penalidad[60] o remedio punitivo (*actiones poenales*)[61].

Históricamente lo que ahora conocemos como cláusula penal o penalidad se llamó como *stipulatio poenae*, en donde *poenae* hacía referencia a sanciones, para luego ser llamada por los jurisconsultos como *clausula poenae*. El Código de Napoleón de 1804 finalmente codificó este instituto con el nombre de *clauses pénales*, siendo esta la denominación que se estandarizó en el *civil law* (cláusula penal en castellano o *clausola penale* en italiano[62]). La *stipulatio poenae* cumplía una función *in terrorem* por la cual se buscaba disuadir y sancionar el incumplimiento de la promesa, se trataba de una pena privada y no simplemente de la anticipación de un monto dinerario que compense los daños que pudieran devengarse[63]. La cláusula penal en el *civil law*, al igual que la responsabilidad civil, nació como un remedio punitivo, al cual se le fue agregando la función compensatoria.

Es interesante recordar que la *lex talionis* ("ojo por ojo, diente por diente")[64] se encontraba reconocida en la Ley de las XII Ta-

59 Ebert, Ina, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, Von der Renaissance der Privatstrafe im deutsche Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 37; Koteich Khatib, Milagros, "La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, ¿Un retorno a la pena privada del derecho romano?", en Agurto Gonzáles, Carlos y Sonia Quequejana Mamani (coords.), *En nuevas fronteras del derecho privado en América Latina*, Bogotá: Temis, 2017, pp. 294-296.

60 Buckland, W. y Arnold McNair, *Roman Law & common law. A Comparison in Outline*, Gran Bretaña: Cambridge University Press, 1952, p. 378.

61 Meissel, F. y C. Mokrejs, "General Overview", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, pp. 16 y 17.

62 Ramos Pazos, Rene, *De las obligaciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 292.

63 Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 96 y 97.

64 Waldron, Jeremy, "Lex Talionis", en *Arizona Law Review*, n.° 1, vol. 34, 1992, p. 26: "What is *lex talionis*? It is a theory that purports to guide us in our choice of appropriate penalties. In our civilization, it is familiar from Mosaic formulations such as, "An eye for an eye, a tooth for a tooth," and "[Y]e shall take no satisfaction for the life of a murderer, which is guilty of death: but he shall be surely put to death". But LT is not just a principle about eyes, teeth and murder. What these formulae have in common is the idea of *doing to the offender, as punishment what the offender did to his victim.* There are two actions to consider: the act of offending and the act of punishment. LT holds that they should be the same; and since the act of punishment is the only one over which we have any control, we should choose a punishment that matches the character of the offense. As a general principle, we

blas[65], la cual señalaba en la Tabla VIII, art. 2 que "[s]i alguien le rompe a una persona un miembro y no llega a un arreglo con él, que sufra la ley del talión (*talio esto*)". Cuando se dice: "Y no llega a un arreglo con él", se refiere al pago de una suma dineraria en lugar de aplicar la venganza en forma específica ("ojo por ojo, diente por diente")[66]. La *lex talionis* es probablemente la ley punitiva más antigua y en ella se demuestra que ya se apuntaba a sustituir la venganza por compensaciones dinerarias, pero siempre priorizando la función punitiva, pues esa era en sí su función. Precisamente, tal monto dinerario era superior a los daños compensatorios[67].

Esto nos demuestra que hasta la ley punitiva por excelencia también tenía un componente compensatorio.

En la actualidad, si uno analiza y estudia con seriedad y a profundidad los diversos institutos del derecho privado, podrá concluir que lo compensatorio puede ser también punitivo y que lo punitivo puede ser también compensatorio. Esto último ocurre tanto en el *civil law* como en el *common law*. Para expresarnos correctamente y para entender lo que queremos explicar, es necesario internalizar que una institución del derecho privado pueda tener una función principal y una función secundaria, independientemente de lo que indique su nombre.

En primer lugar, existen conceptos jurídicos que son originalmente compensatorios (función principal), pero que también pueden tener elementos punitivos (función secundaria). De la misma manera, existen

might try formulating it as follows: The action which constitutes punishment for any offense should be the same as the act which constituted the offense".

65 VanDrunen, David, "Natural Law, the Lex Talionis, and the Power of the Sword", en *Liberty University Law Review*, n.° 3, vol. 2, 2008, p. 956.

66 Magnus, Ulrich, "Punitive Damages and German Law", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia, 2012, pp. 243: "In fact, it was a great historical step for ancient societies to allow a wrongdoer to give money instead of his or her eye, arm or other limb as retorsion for the wrong inflicted on the victim and to allow the tortfeasor so to speak to buy the penal sanction of suffering the same harm as done to the victim".

67 Marcos Celestino, Mónica, "La Ley de las XII Tablas", en *Helmantica. Revista de Filología Clásica y Hebrea*, n.° 155, t. 1, 2000, p. 369.

conceptos jurídicos que originalmente son punitivos (función principal), pero que también pueden tener elementos compensatorios (función secundaria). Y esto no implica una contradicción, sino una realidad que demuestra que las cosas no son completamente blancas o completamente negras, ni completamente compensatorias o completamente punitivas.

El art.1321 del Código Civil peruano[68], el art. 1225 del Codice Civile[69] y los arts. 1231-3[70] y 1231-4[71] del Code Civil señalan que el deudor será responsable por el incumplimiento hasta los daños previsibles si incumplió por culpa leve y hasta los daños imprevisibles si incumplió por culpa grave o dolo. Sin perjuicio de que se compensen daños previsibles o daños imprevisibles, se tratan siempre de daños directos que deben probarse en su existencia fáctica y en su cuantía. Entonces, al estar ante daños ciertos, el monto dinerario que se paga es compensatorio.

Sin perjuicio de ello, es evidente e innegable que la cuantía de los daños compensatorios se encuentra supeditada a la gravedad de la conducta del agente dañador. Así, el deudor que incumplió con intención no puede pagar el mismo monto que el deudor que incumplió por descuido. La extensión del resarcimiento ligado a la gravedad de la culpa del deudor es punitiva, pero desde que estamos ante un monto dinerario que compensa pérdidas ciertas, estamos ante un supuesto principalmente compensatorio y secundariamente punitivo.

68 "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

69 "Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione".

70 "Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive".

71 "Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution".

Algo similar ocurre con el daño moral. Se entiende, conceptualmente y en teoría, que el daño moral se otorga por la afectación a las pasiones y sentimientos. En palabras sencillas hay algo que se compensa, entonces los daños son compensatorios. Pero es cierto también que no existe un mercado que permita valorar en términos económicos cuánto vale el dolor, como sí ocurre con las pérdidas patrimoniales. El ejemplo paradigmático es el daño emergente. Si tengo que gastar 100 de mi bolsillo por la ocurrencia del daño, entonces el resarcimiento deberá ascender a 100 en dinero.

Pero eso no ocurre con el daño moral. En teoría, el daño moral se otorga para compensar una pérdida extrapatrimonial, que es el dolor o sufrimiento. Entonces, lo que se hace es compensar (o satisfacer a la víctima) a pesar de que no pueda cuantificarse[72]. Sin embargo, al no existir realmente un referente que permita valorar a cuánto asciende el dolor, se considera que también se castiga con la condena de un monto dinerario. Recordemos que esto era así en Roma con la *iniuria*, la cual permitía pagar un monto dinerario ante lesiones al honor por concepto de pena privada y no como resarcimiento. Entonces, aquellos defensores del daño moral compensatorio deben admitir que el mismo también es secundariamente punitivo; sin perjuicio de que en algunas ocasiones podamos estar ante un daño moral predominantemente punitivo, cuando el juez, ante la ausencia de parámetros objetivos, infla deliberadamente la cuantía del daño moral para castigar al agente dañador[73].

Así como tenemos conceptos con carácter compensatorio que pueden tener elementos punitivos, lo mismo ocurre de manera inversa. Los *punitive damages*, sin perjuicio de que lleven en su nombre el término *punitive* (punitivo), en diversas circunstancias no son com-

72 Fernández Cruz, Gastón, "Responsabilidad civil y derecho de daños", en *El Jurista. Revista Peruana de Derecho*, n.° 4, año 1, Lima: 1991, p. 95.

73 Respecto a la función punitiva del daño moral según la jurisprudencia, véase Campos García, Héctor, "Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los punitive damages a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los Plenos Jurisdiccionales Supremos", en *VII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 25 de octubre del 2018, p. 21.

plemente punitivos e incluso pueden cumplir preponderantemente otras funciones distintas y contradictorias a lo que dice su propio nombre. Probablemente esto pueda resultar raro para los civilistas, pero esto se vuelve evidente cuando uno estudia a profundidad a los *punitive damages* desde una perspectiva anglosajona y no desde una perspectiva europea.

En el *civil law* es común estudiar a los *punitive damages* solo desde su función punitiva, dejando de lado las otras funciones que pueden cumplir. Este atajo mental se produce porque lo más resaltante y llamativo para los europeos es la imposición de estratosféricos montos punitivos por encima del daño compensatorio, de manera que los académicos se enfocan en ello. Pero cuando uno mira a los *punitive damages* desde una perspectiva anglosajona puede comprobar que los mismos se otorgan para cumplir las siguientes funciones: 1) función punitiva, 2) función disuasiva, 3) función compensatoria, 4) función "restitutoria" (*disgorgement*), y 5) *private enforcement*. Ahora nos interesa resaltar la función compensatoria de los *punitive damages*.

Mientras que en Europa la parte perdedora asume los costos de la ganadora, en EE. UU. cada parte asume su propio costo del litigio. Dado que el litigio puede ser costoso para ciertas víctimas, estudios de abogados se comprometen a asumir la totalidad del costo del litigio a cambio de un porcentaje de la sentencia en caso de ganar. Esto se conoce como *contingent fees*[74]. Este acuerdo es respetado por las cortes americanas pero rechazado por ciertas cortes europeas como las alemanas.

Entonces, si la víctima sufrió un daño por 200 y acordó pagar a los abogados con el 30 % de la sentencia, la víctima solo recibe al final 140 cuando su daño real asciende a 200. Este supuesto de *undercompensation* es corregido por las cortes americanas con el otorgamiento de los *punitive damages*. Es común que las cortes los impongan para compensar a la víctima por el pago del *contingent fee* en favor de los abogados. Si los

74 Friedman, Lawrence, *A History of American Law*, New York: Simon & Schuster, 1985, p. 482: "Litigation was costly, but lawyers took cases on contingent fees [...]. A poor man could sue a rich corporation".

punitive damages ascienden a 100 no podemos decir que tal condena sea exclusivamente punitiva, pues 60 tiene calidad compensatoria. Este es uno de los típicos ejemplos usados para explicar la función compensatoria en los *punitive damages*. En general, los *punitive damages* son otorgados para evitar *undercompensation* en aquellos casos en que el derecho americano no otorga compensación o los daños no pueden probarse. Así es como los *punitive damages* son punitivos y compensatorios.

Al respecto, explica Owen lo siguiente:

> Although it is frequently said that the purpose of punitive damages is to punish the defendant and deter misBehaviorr, not to compensate the plaintiff, punitive damages do indeed play an important –even if usually residual- compensatory role. Such awards to some extent reimburse the plaintiff for losses not ordinarily recoverable as compensatory damages, such as actual losses the plaintiff is unable to prove or for which the rules of damages do not provide relief, including the expenses of bringing suit[75].

El componente compensatorio de los *punitive damages* existe porque en los hechos la regla de la reparación integral genera situaciones subcompensatorias. A esto debemos agregarle que la competencia no suele ser perfecta, pues si la competencia fuera perfecta, entonces los consumidores comprarían los productos menos riesgosos y de aquellos fabricantes que otorgan mayores seguridades. Dicha deficiencia se corrige, precisamente, con la procedencia de *punitive damages*[76].

En resumen, no es correcto tratar a la compensación y a la punición como dos características antitéticas e irreconciliables. La historia legal demuestra que es una tendencia moderna intentar distinguir completamente a la compensación de la sanción[77], pues en el pasado la compen-

75 Owen, David, "Punitive Damages in Products Liability Litigation", art. cit., p. 1295-1296.

76 Daughety, Andrew y Jennifer Reinganum, "Everybody Out of the Pool: Products Liability, Punitive Damages, and Competition", en *Journal of Law, Economics, & Organization*, n.° 2, vol. 13, 1997, p. 410 y ss.

77 Englard, Izhak, "Punitive Damages-A Modern Conundrum of Ancient Origin", art. cit., p. 4; Garapon, Antoine, "Foreword", en Dyson, Matthew (ed.), *Comparing Tort and Crime. Learning from across and within Legal Systems*, Cambridge: Cambridge University Pres, 2015, p. x: "In medieval Sweden a 'bot', that is, a fine, was both a kind of punishment and a type of compensation because, at the time, difference was made between criminal and civil law. Therefore, the distinction between criminal and civil law is quite modern for some".

sación y la sanción siempre interactuaron entre ellas. Lo cierto es que la relación entre ambas es tan compleja y particular que es apresurado tratar a la compensación y punición como opuestos. Sin perjuicio de ser antónimos, ambos pueden concurrir en un mismo instituto jurídico de derecho privado.

2.2. Compensación versus punición en el derecho comparado

Los ejemplos citados, en la sección anterior, demuestran un dato fáctico que no podemos omitir y que es comúnmente advertido por los comparatistas. En sus inicios la responsabilidad extracontractual, tanto en el *civil law* como en el *common law*, fue punitiva y compensatoria, además, precisamente por ese motivo la distinción entre derecho penal y responsabilidad extracontractual no fue clara en sus inicios[78]. La historia del derecho nos ha demostrado que la función punitiva siguió formando parte del derecho privado en el sistema anglosajón, mientras que en el *civil law* se prefirió a la compensación. Pero estas preferencias no deben tomarse como extremos, en el sentido de pensar que en el *common law* es más importante castigar que compensar o que en el *civil law* es más importante compensar que sancionar.

Muestra de ello es la experiencia anglo-inglesa que rechazó los *penal bonds* para distinguirlos de los *liquidated damages*, siendo estas

78 Meurkens, Renée, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Wolter Kluwer Business, 2014, p. 281: "Tort law in common law and civil law systems share the same roots and used to include *both* compensatory and punitive elements. Thus even though punitive damages are rejected according to the contemporary view, history tells us that punishment once did form an essential part of tort law in civil law systems"; Beever, Allan, "Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis", en Rickett, Charles (ed), *Justifying Private Law Remedies*, EE. UU.: Hart Publishing, 2008, p. 249: "In their beginnings, both the common law of tort law and the civil law of delict had 'a strongly criminal flavour'. Both combined punitive and compensatory elements to such a degree that it is impossible clearly to distinguish penal from tort law in those jurisdiction. However, as each developed, the punitive parts of the law of torts gradually separated, giving rise to or completing criminal law".

últimas genuinas estimaciones de los daños que podían surgir como consecuencia de un incumplimiento. Las estimaciones genuinas eran consideradas como válidas y exigibles, mientras que los montos excesivos eran considerados como inválidos al calificar como *penalties*[79]. Sin embargo, al mismo tiempo las cortes inglesas mantienen el poder de imponer *exemplary damages*, en ciertos casos, según el *leading case* inglés *Rookes vs. Barnard* (1964).

Este curioso rechazo de la función punitiva en el derecho de contratos también se encuentra en el derecho americano, conforme a la sección §356 del Restatement (Second) of Contracts, que regula a los "Liquidated damages and penalties" de la siguiente manera:

> 1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.
> 2) A term in a bond providing for an amount of money as a penalty for non-occurrence of the condition of the bond is unenforceable on grounds of public policy to the extent that the amount exceeds the loss caused by such non-occurrence.

El primer numeral explica la distinción entre *liquidated damages* y *penalties* que se justifica en el rechazo de la función punitiva y la primacía del principio de compensación (*compensation principle*). Como explica el comentario a) de la sección citada: "The parties to a contract may effectively provide in advance the damages that are to be payable in the event of breach as long as the provision does not disregard the principle of compensation". A su vez, el comentario b) explica el *Test of penalty* por el cual se determina si una cláusula de daños es una *penalty* o no. Según el primer párrafo de la sección §356, son dos los factores que se tomarán en cuenta para determinar si una cláusula de daños es irrazonablemente alta como para calificar como una *penalty*: 1) los daños

79 Beever, "Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis", art. cit., p. 107.

anticipados o actuales (*anticipated or actual loss caused by the breach*) y 2) la dificultad de la prueba del daño (*the difficulties of proof of loss*).

Por otro lado, el segundo numeral de la sección §356 proscribe expresamente a los *penalty bonds*, reconociendo de esta manera la prohibición que tuvo origen en el derecho inglés, considerada históricamente como el inicio de la negación de la sanción privada en el *common law*, y la consecuente distinción entre *liquidated damages* y *penalties*.

La distinción entre *liquidated damages* y *penalties* también se encuentra reconocida en la sección §2-718(1) del Uniform Commecial Code, el cual señala lo siguiente:

> Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.

Entonces, se reconoce, de manera expresa, en el derecho americano que aquellos montos liquidados no razonables a los daños anticipados o actuales serán considerados como *penalties* y no serán exigibles al ser nulos por consideraciones de orden público.

Este último es un hecho importante que demuestra la distinta opción legislativa optada en el derecho comparado. Mientras que en el *common law* se rechazó de raíz a los *penalties*, en el *civil law* se los prefirió por la importancia de la autonomía privada[80] y se reconoció la validez de las cláusulas penales, pero se las sujetó a una eventual moderación judi-

80 Tolani, Madeleine, "U.S. Punitive Damages before German Courts: A Comparative Analysis with respect to the Ordre Public", en *Annual Survey of International & Comparative Law*, n.° 1, vol. 17, 2011, p. 199: "From a comparative perspective it is an interesting fact that common law generally does not allow penalty clauses in contracts".

cial[81]. En otras palabras, las cláusulas de daños que contengan montos elevados son inválidas en el *common law* al calificarlos como *penalties*, debido al rechazo expreso de este tipo de sanción privada; mientras que tales cláusulas son válidas y eficaces en el *civil law*, al admitirse expresamente a la pena privada, pero son susceptibles a ser reducidas de manera excepcional.

En el *civil law* la pena privada siempre tuvo una típica función punitiva, a la cual se le fue añadiendo la función compensatoria para representar un enfoque bifuncional; mientras que en el *common law* se rechazó expresamente a la función punitiva en las cláusulas de daños en general y, como consecuencia de ello, crearon la distinción entre *liquidated damages* y *penalties*. Ahora, ténganse presente que el rechazo de los *penalties* en el *common law* no es una negación absoluta de la función punitiva en el derecho contractual y mucho menos en el derecho privado en general.

Es curioso que hasta el día de hoy las cortes americanas rechacen las cláusulas de daños que sean punitivas (las *penalties*), pero que a la misma vez tales cortes tengan la autoridad para imponer *punitive damages* destinados a castigar ciertos incumplimientos, en especial aquellos que deriven de una relación fiduciaria. Da la impresión de que en el derecho americano se confía más a las cortes que a las partes la posibilidad de imponer sanciones privadas. No se permiten las cláusulas de daños que sean punitivas (*penalties*), pero sí se admite la procedencia de una sanción privada (*punitive damages*), impuesta por el juez u árbitro según las circunstancias del caso.

La regla tradicional respecto a los *punitive damages* para el incumplimiento contractual se encuentra en la sección §355 del Restatement (Second) of Contracts, que señala lo siguiente: "Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable". Esta regla

81 Arana de la Fuente, Isabel, "La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria", en *ADC*, t. lxii, fasc. iv, 2009, p. 1586.

señala que solo podrán imponerse *punitive damages* en sede contractual cuando la conducta que configura el incumplimiento también califique como una acción por responsabilidad extracontractual (*independent tort*). En otras palabras, la regla general es la no procedencia de *punitive damages* por incumplimiento contractual en el derecho americano, salvo que la conducta que genera el incumplimiento también sea un *tort*[82].

Entre estos casos se encuentra la acción por *promissory fraud*, en la cual se realiza una promesa sin la intención de cumplirla y se considera esta como una conducta extracontractual. También existen otros supuestos que se han estandarizado jurisprudencialmente como el incumplimiento de un contrato de matrimonio, incumplimiento contractual por una compañía de servicio público, incumplimiento de un deber fiduciario e incumplimiento de mala fe en contratos de seguro. En general, se trata de un incumplimiento dentro de una relación fiduciaria (*fiduciary relationship*)[83].

Por otro lado, en sede extracontractual es donde no existen mayores cuestionamientos sobre la imposición de *punitive damages* a aquellos agentes que cometan un daño mediante una conducta maliciosa, intencional u opresiva. Se suelen citar dos casos ingleses del siglo xviii, *Huckle vs. Money* (1763)[84] y *Wilkes vs. Woods* (1763)[85], como los primeros que impusieron *exemplary damages* en el *common law*, lo cual demuestra la antigüedad del reconocimiento de este remedio punitivo. Sin embargo, la posibilidad de imponer montos dinerarios por encima de los daños

82 La regla en el derecho inglés es incluso más restrictiva. Véase a Rowan, Solène, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, New York: Oxford University Press, 2012, p. 175 y ss.; Rowan, Solène, "Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 3,vol. 30, 2010, p. 495 y ss.

83 Dodge, William, "The Case for Punitive Damages in Contracts", en *Duke Law Journal*, n.° 4, vol. 48, 1999, p. 636. Para un estudio más detallado de los supuestos contractuales en donde se admite la imposición de *punitive damages*, véase Benatti, Francesca, *Correggere e Punire dalla Law of Torts All'Inadempimento del Contratto*, Milano: Giuffrè, 2008, p. 219 y ss.

84 Sales, James y Kenneth Cole Jr., "Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins", en *Vanderbilt Law Review*, n.° 5, vol. 37, 1984, p. 1120.

85 Laycock, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, ob. cit., p. 172.

compensatorios ya era reconocida, en forma de múltiplos, en el Código de Hammurabi (art. 8) y en el Antiguo Testamento (Éxodo).

En la responsabilidad extracontractual (*torts*), los *punitive damages* se encuentran reconocidos dentro de la sección §908 del Restatement (Second) of Torts:

> 1) Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.
> 2) Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant.

Por su parte, el comentario d) de la citada sección señala que "whether to award punitive damages and the determination of the amount are within the sound discretion of the trier of fact, whether judge or jury". Esta disposición señala que la procedencia de los *punitive damages*, pero sobre todo la determinación de su cuantía, queda a discreción del juez. La supuesta regla general respecto a los *punitive damages* es que los mismos no tienen límites, lo que justificaría los altos montos que otorgaron las cortes americanas, los cuales en muchos casos fueron considerados como arbitrarias. Sin embargo, recordemos que actualmente la tendencia en EE. UU. es la limitación de la discrecionalidad de los jurados y jueces al momento de determinar la cuantía del monto punitivo.

Podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿por qué la función punitiva, a través de los *punitive damages*, tiene un ámbito de aplicación más amplio en sede extracontractual a diferencia del ámbito contractual? En sede extracontractual, se busca castigar a aquel que comete un daño mediante una conducta indignante para que otros sean disuadidos de cometer una conducta similar en el futuro. En estos casos, el agente y la víctima son extraños que se conocen con ocasión de la agresión. Entonces,

al derecho le interesa que cualquier agente sea disuadido de ejecutar conductas indignantes frente a cualquier otro sujeto de la sociedad. Lo contrario ocurre frente a las partes contractuales que, además de conocerse de antemano, tienen la oportunidad de negociar, internalizar costos y distribuir riesgos. De esta manera, el efecto punitivo no cumple una función disuasiva tan general como sí puede darse a través de la responsabilidad extracontractual.

Esto se desprende del comentario a) de la sección §355 del Restatement (Second) of Contracts: "[C]ourts in contract cases do not award damages to punish the party in breach or to serve as an example to others unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable". Claramente esta justificación enunciada en el Restatement (Second) of Torts parte de una perspectiva muy privatista del derecho de contratos, obviando el rol público que también cumplen los mismos[86] y que justificaría la disuasión general en los acuerdos privados por medio de la imposición de *punitive damages*, los cuales, en nuestra opinión, deberían tener un ámbito de aplicación mayor.

Esta filosofía se remonta a la conocida regla en el derecho contractual americano que permite al deudor pagar daños si opta por incumplir el contrato. El deudor tiene una especie de obligación facultativa que le permite —en términos económicos— *cumplir* el contrato pagando daños equivalentes al beneficio económico de ejecutar el mismo. De allí la conocida frase de Oliver Wendell, en donde afirma que el deudor tiene el derecho a pagar daños si elige incumplir el contrato[87]. Entonces, si el deudor tiene la opción de incumplir, por culpa o intencionalmente, su intención resulta irrelevante porque siempre deberá pagar daños compensatorios equivalentes al beneficio de ejecutar el contrato (*expectation damages*).

Claramente esta situación es distinta a la comisión de un daño extracontractual, en donde la víctima no tiene la posibilidad de internalizar

86 Calabresi, Guido, "A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension", art. cit., p. 2.

87 Holmes, Oliver, *The Path of the Law*, Nueva York: Barnes & Noble, 1881, p. 995.

el eventual costo del daño, y es esta histórica distinción entre *contracts* y *torts* lo que permite entender el tratamiento diferenciado respecto a la función compensatoria y la función punitiva en el derecho contractual americano.

Como explica Grant Gilmore:

> Money damages for breach of contract were to be "compensatory," never punitive; the contract-breaker's motivation, Holmes explained, makes no legal difference whatever and indeed every man has a right "to break his contract if he chooses" –that is, a right to elect to pay damages instead of performing his contractual obligation. Therefore the wicked contract-breaker should pay no more in damages than the innocent and the pure in heart [...]. Damages in contract, it was pointed out, were one thing and damages in tort another; the contract-breaker was not to be held responsible, as the tortfeasor was, for all the consequences of his actions[88].

Entonces, en el derecho contractual del *common law* se niega a las partes la posibilidad de pactar penas privadas, pero al menos se reconoce a los jueces americanos la autoridad de condenar al pago de *punitive damages* bajo determinadas circunstancias. En el *civil law*, por el contrario, no se admiten los *punitive damages* en sede contractual, pero es ampliamente reconocida la posibilidad de pactar penas privadas como la cláusula penal, aunque se admita la intervención judicial en el monto de la penalidad. Esta ideología en el derecho contractual anglosajón ha sido reequilibrada en sede extracontractual con la procedencia general de los *punitive damages* en el derecho americano. Estos últimos son rechazados en el *civil law* al primar la reparación integral del daño (*restitutio in integrum*) y la prohibición del enriquecimiento ilícito.

Podríamos decir que en ambos sistemas jurídicos se parte de la función compensatoria, tanto en contratos como en responsabilidad extracontractual. La diferencia entre ellos radica en que en el *civil law* se admite la función punitiva en el pacto de la cláusula penal y se rechaza

88 Gilmore, Grant, *The Death of Contract*, Columbus: The Ohio State University Press, 1974, p. 16.

la sanción en la responsabilidad extracontractual; mientras que en el *common law* se admite la función punitiva en la responsabilidad extracontractual a través de los *punitive damages* y se rechazan los *penalties* en los contratos.

A esto hay que agregar el nuevo derecho inglés sobre *penalties*, pues ahora se permite el pacto de *liquidated damages* con carácter *in terrorem*. Entonces, no toda cláusula que tenga un fin disuasivo es considerada como una cláusula nula.

Como vemos, la relación compensación-punición no solo es complicada, sino que la misma se encuentra en constante evolución.

2.3. Los límites constitucionales a los *punitive damages*

La sensación final que se tiene respecto a la función punitiva en el derecho comparado es que en el *common law*, a pesar del rechazo de los *penalties*, prima una función punitiva dentro del derecho privado gracias a los *punitive damages*. Y esto se evidencia en los altos montos que suelen otorgar las cortes o jurados. Varios autores han cuestionado la visión europea que se tiene sobre los *punitive damages* como montos dinerarios que se imponen de manera liberal, sin justificación y en exceso[89].

Un estudio empírico de 1997 concluyó que solo en el 3 % de los casos estudiados se impusieron *punitive damages* y con una mediana de $50 000[90]. Si bien es cierto que posteriores estudios han reportado un incremento importante en el número de casos en donde se impusieron

89 Ryan, Patrick, "Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth from Reality", en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, n.° 1, vol. 10, 2003, p. 71: "[...] much of the misunderstanding in Europe can be traced to instances in which the continental press takes highly publicized trail-level decisions, extrapolates from them, and incorrectly interprets them as a full function of United States Law. This phenomenon is not unlike the many "urban legends" which have recently given rise to many popular books and Web sites on urban legends".

90 Eisenberg; Goerdt; Ostrom; Rottman y Wells, "The Predictability of Punitive Damages", art. cit., p. 633.

punitive damages[91], lo que más llama la atención no es la frecuencia en el otorgamiento de las condenas, sino el monto de las mismas. Los altos montos de condenas de *punitive damages* son la excepción y no la regla; sin embargo, a veces los montos son tan estratosféricos que la percepción general y popular es que en los EE. UU. estos carecen de límites. Lo anterior no solo se aprecia en los altos montos otorgados, sino sobre todo en la ratio entre daños compensatorios y *punitive damages*.

En In re New Orleans Tank Car Leakage Fire Litigation (1997) se condenó a $2 millones por daños compensatorios y $3365 millones por *punitive damages*, un monto 1682,5 veces mayor a los daños compensatorios. En *Carlisle vs. Whirlpool Financial National Bank* (1999) se condenó a $0,98 millones por daños compensatorios y $580 millones por *punitive damages*, un monto 594,9 veces mayor a los daños compensatorios. En *Engle vs. R. J. Reynolds Tobacco Co.* se condenó a $12,7 millones en daños compensatorios y $145 000 millones en *punitive damages*, un monto 11 417,3 veces mayor a los daños compensatorios. En *Schwarz vs. Philip Morris Inc.* (2002) se condenó a $0,17 millones en daños compensatorios y $150 millones en *punitive damages*, un monto 882,4 veces los daños compensatorios. En *Bullock vs. Philip Morris Inc.* (2002) se condenó a $0,65 millones por daños compensatorios y $28 000 millones por *punitive damages*, un monto 43 076,9 veces mayor a los daños compensatorios. En *Beckman Coulter Inc. vs. Flextronics International Ltd.* (2003) se condenó a $2,9 millones por daños compensatorios y $931 millones por *punitive damages*, un monto 321 veces mayor a los daños compensatorios[92].

También son ejemplificativos los casos en donde la ratio entre daños compensatorios y *punitive damages* no fue tan alta, pero sí el monto mismo otorgado por *punitive damages*. En *In re The Exxon Valdez* (1994)

91 Eisenberg, Theodore; Heise, Michael; Waters, Nicole y Martin Wells, "The decision to award punitive damages: An empirical study", en *Journal of Legal Analysis*, n.° 2, vol. 2, 2010, p. 584.

92 Viscusi, W. Kip, "The Blockbuster Punitive Damages Awards", en *Harvard Law School*, n.° 473, vol. 4, 2004, pp. 29-33.

se condenó a $5000 millones por *punitive damages*. En *Cowart vs. Johnson Kart Manufacturing Inc.* (1999) se condenó a $1000 millones. En *Anderson vs. General Motors Corp.* (1999) se condenó a $4775 millones. En *Hayes vs. Courtney* (2002) se condenó a $2000 millones. En *Miles vs. Philip Morris* Inc. (2003) se condenó a $3100 millones por *punitive damages*[93].

Ante tales montos estratosféricos es significativo subrayar la reacción de la Corte Suprema de los EE. UU. Algo que suele ser comúnmente omitido es que por muchos años los americanos han debatido sobre los límites constitucionales a los montos por condenas de *punitive damages* en virtud de la United States Constitution[94]. La primera gran restricción que se quiso imponer contra los *punitive damages* fue la Excessive Fines Clause (Cláusula de las Multas Excesivas), regulada en la 8th Amendment, en donde se indica lo siguiente: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted". Este límite constitucional impide la imposición de sanciones excesivas[95].

La aplicación de la Excessive Fines Clause a los *punitive damages* se discutió en *Browning-Ferris Industries of Vermont vs. Kelko Disposal Inc.* (1989). Con siete votos contra dos, la mayoría señaló que la 8th Amendment no era aplicable a los *punitive damages*, sin perjuicio de reconocer que los mismos tienen la función de castigar y disuadir. Para la mayoría, históricamente, esta limitación constitucional no se aplica a las disputas

93 *Loc. cit.*

94 Véase a Sullivan, Thomas y Toni Massaro, *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*, New York: Oxford University Press, 2013, pp. 204 y 205; Dupree Jr., Thomas," Punitive Damages and the Constitution", en *Louisiana Law Review*, vol. 70, 2010, p. 421 y ss.; Jeffries Jr., John, "A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages", en *Virginia Law Review*, n.° 1, vol. 72, 1986, p. 147; McMichael, Benjamin, "Constitutional Limitations on Punitive Damages: Ambiguous Effects and Inconsistent Justifications", en *Vanderbilt Law Review*, vol. 66, 2013, p. 961 y ss; Evros Ayala, Jayme Antonio y Norbert Bernsdorff, "Strafschadensersatz: algunas reflexiones sobre su ejecución desde el punto de vista teórico y práctico", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, 2002, p. 419; Redish, Martin y Andrew Mathews, "Why punitive damages are unconstitutional", en *Emory Law Journal*, n.° 1, vol. 53, 2004, p. 1 y ss.; Mannion, Thomas, "The Constitutionality of Punitive Damages: Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip", en *Akron Law Review*, vol. 25, 1991, p. 273 y ss.

95 Kenefick, Andrew, "The Constitutionality of Punitive Damages under the Excessive Fines Clause of the Eight Amendment", en *Michigan Law Review*, n.° 7, vol. 85, 1987, p. 1699.

entre privados. Además, debido a que la imposición de *punitive damages* no involucra al Estado como parte y el monto de los *punitive damages* no se otorgaba en favor del Estado sino del privado, esta limitación pensada para el ámbito público (derecho penal) no aplicaba a los *punitive damages*, los cuales tienen naturaleza civil. La jueza Sandra Day O'Connor, una de las que votó en contra, señaló que la Excessive Fines Clause debería aplicar a todo tipo de sanción, sea penal o civil, sobre todo si se tiene en cuenta el alto monto de las condenas por *punitive damages* y el riesgo que los mismos imponen en el mercado[96].

Actualmente, debido a que en varios Estados parte de la condena punitiva se paga en favor del Estado respectivo, la Corte Suprema de los EE. UU. podría enmendar lo señalado en el caso *Browning-Ferris*, pues ya no es cierto que los *punitive damages* solo se pagan en favor de la víctima. Dado el rol público de estos, se podría reconsiderar aplicar la Excessive Fines Clause para limitarlos. Aunque, debido a los posteriores pronunciamientos de la Corte Suprema, esto podría ya no ser necesario.

Si bien la Excessive Fines Clause fue inicialmente descartada como límite constitucional a los *punitive damages*, el límite que sí se desarrolló ampliamente fue la Due Process Clause (Cláusula de Debido Proceso), reconocida en la 5th Amendment: "No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law"; y en la 14th Amendment: "nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law". La imposición de grandes condenas por *punitive damages* son verdaderas expropiaciones privadas, y las mismas, para ser constitucionales, deben darse en respeto del debido proceso. Si los *punitive damages* cumplen funciones similares al derecho penal, entonces las sanciones civiles con elementos penales deberían imponerse en un proceso en donde se respeten las garantías procesales mínimas que se aplican a toda sanción penal. Sobre todo, si los mismos no son previsibles en su cuantía, no se respetaría el debido proceso,

96 Riedel, Eva-Maria, "Punitive Damages-Ein Vergleich des englischen, US-amerikanischen und deutschen Rechts", en *Zentrum für Europäische Rechtspolitik*, n.° 3, octubre del 2016, pp. 33 y 34; Kile, Nicholas, "Constitutional Defenses Against Punitive Damages: Down But Not Out", en *Indiana Law Journal*, n.° 1, vol. 65, 1989, pp. 141 y 142.

pues todo ciudadano debe conocer con anticipación cuál es la conducta sancionable y la pena respectiva.

Uno de los aspectos más interesantes a tener en cuenta son los intereses difusos que se consideran al momento de determinar el monto por *punitive damages*. En un caso de daños por producto defectuoso (*products liability*), el demandante no es el único que ha sufrido daños sino todos los consumidores que compraron el producto defectuoso. Además, los jurados suelen tener en cuenta los perjuicios a los consumidores no demandantes como criterio para inflar la cuantía de los *punitive damages*. De esta manera, *los punitive damages* se convierten en un remedio privado que cumple un rol público. La afectación de la propiedad del demandado (el productor) en favor de consumidores que no son demandantes puede ser considerada como una violación al debido proceso, como efectivamente se ha declarado.

La Corte Suprema de los EE. UU., a lo largo de 20 años, se ha pronunciado continuamente sobre la constitucionalidad de los *punitive damages* en virtud de la Due Process Clause[97].

En *Pacific Mutual Life Insurance Co. vs. Haslip* (1991), la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de *punitive damages* por $1 millón, más de cuatro veces los daños compensatorios en un caso de Alabama por mala fe sobre un contrato de seguro. De la condena global que ascendió a $1 040 000, $840 000 fueron por *punitive damages*. Sin perjuicio de que la Corte Suprema señaló que una ratio de 4:1 está cerca de lo permitido constitucionalmente, se opuso a definir "a mathematical bright line between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case".

97 Burrows, Vanessa, "Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case Philip Morris USA v. Williams", en *Congressional Research Service*, 17 de julio del 2007, p. 1 y ss; Brand, Ronald, "Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far", en *Journal of Law and Commerce*, n.° 2, vol. 24, 2005, p. 181 y ss; Riedel, Eva-Maria, "Punitive Damages-Ein Vergleich des englischen, US-amerikanischen und deutschen Rechts", art. cit., p. 34 y ss; Vanleenhove, Cedric, *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, Cambridge: Intersentia, 2016, p. 29 y ss.

En *TXO Production Corp. vs. Alliance Resources Corp.* (1993), la Corte Suprema señaló que una condena de $10 millones por *punitive damages* no violaba el debido proceso al no ser *grossly excessive*, aunque dicha condena haya sido 526 veces el monto de los daños compensatorios. El jurado otorgó $19,000 en daños compensatorios y $10 millones en *punitive damages*. A pesar de que en Haslip la Corte Suprema señaló que una ratio de 4:1 estaba cerca de cruzar la línea de lo constitucionalmente permisible, en TXO la Corte Suprema consideró como constitucional un monto de *punitive damages* de una ratio de 526:1. El juez Stevens señaló que el análisis no se podía concentrar solo en la relación entre daños compensatorios y *punitive damages*, sino en un examen de razonabilidad, y, en el caso en concreto, la ratio 526:1 era razonable.

En *Honda Motor Co. vs. Oberg* (1994), se cuestionó una modificación del año 1910 a la Constitución de Oregón la cual prohibía la revisión judicial de los *punitive damages* impuestos por los jurados. La Corte Suprema señaló que la Due Process Clause requiere que los *punitive damages* puedan ser objeto de revisión en primera instancia y en apelación. También señaló que la Due Process Clause impone límites a la cuantía de los *punitive damages*, sobre todo contra privaciones arbitrarias de propiedad.

Se puede decir que es recién a partir de los posteriores casos que la Corte Suprema de los EE. UU. empezó a regular verdaderamente a los *punitive damages* al fijar reglas generales y no solo a resolver casos en concreto.

En *BMW of North of America vs. Gore* (1996), originalmente el demandante obtuvo un veredicto en su favor por $4000 en daños compensatorios y $4 millones en *punitive damages*. Luego, la Corte Suprema de Alabama redujo los *punitive damages* a $2 millones, consistiendo en una ratio de 500:1 en relación con los daños compensatorios. Mientras que en TXO la Corte Suprema consideró constitucional una ratio de 526:1, en BMW la ratio de 500:1 fue considerado como *grossly excessive* y, en consecuencia, inconstitucional en virtud de la Due Process Clause.

Además, la Corte Suprema fijó tres *guidelines*, a ser tomados en cuenta al momento de decidir en otorgar *punitive damages*: "1) the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct; 2) the disparity

between the harm or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award; and 3) the difference between this remedy and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases". De esta manera, se hace la ratio entre daños compensatorios y *punitive damages* un criterio expreso para fijar la condena punitiva.

En *Cooper Industries Inc. vs. Leatherman Tool Group Inc.* (2001), la Corte Suprema señaló que las cortes de apelaciones, al analizar las condenas impuestas por las cortes inferiores, deben aplican un estándar *de novo* para determinar la constitucionalidad de los *punitive damages*.

En *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. vs. Campbell* (2003), la Corte Suprema analizó un caso en donde se impuso $1 millón por daños compensatorios y $145 millones en *punitive damages* (una ratio de 145:1)[98]. Mientras que en BMW la Corte Suprema señaló que uno de los criterios a tener en cuenta para otorgar *punitive damages* es la relación con los daños compensatorios, en *State Farm* se fijó una ratio en concreto. La Corte Suprema impuso la regla del *single-digit ratio*: la ratio entre daños compensatorios y *punitive damages* solo debe ser como regla de un dígito (9:1 como máximo)[99]. Como explicó la Corte Suprema, a pesar de que se rehusó a imponer "a bright-line ratio which a punitive damages award cannot exceed", señaló que "in practice, few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process".

Sin perjuicio de lo mencionado, la Corte Suprema señaló que la regla del *single-digit ratio* no se aplicaría cuando a) el daño compensatorio sea pequeño, pues en tales casos se justifica la imposición de un monto punitivo alto para disuadir al dañador, o b) cuando el daño compensatorio sea alto, pues en tales casos un monto punitivo también alto daría lugar a una sentencia global excesiva. En tales casos, cuando el daño compen-

98 Greenhouse, Linda, "Justices Limit Punitive Damages in Victory for Tort Revision", en *The New York Times*, Nueva York: 8 de abril del 2003.

99 Coffrey, John; Condo, Kathy y Richard Holzheimer, "U.S. Supreme Court Provides Guidelines as to Range of Permissible Punitive Damages Awards", en *ReedSmith*, n.° 3, vol. 43, mayo del 2003.

satorio sea importante los *punitive damages* deberán ser similares a los daños compensatorios, esto es, se debe aplicar una ratio de 1:1.

Es interesante pensar en estos casos en donde las cortes no deben seguir la ratio de 9:1. Como los *punitive damages* tienen el objetivo de disuadir y castigar comportamientos particularmente reprochables, se justifica la imposición de *punitive damages* incluso ante la inexistencia de un daño real o ante la existencia de un daño de cuantía pequeña. En el *civil law* existe un principio indiscutible por el cual no hay responsabilidad sin daño. Este principio también se aplica en el *common law*, pero no es absoluto, ya que existen supuestos de responsabilidad sin daño.

Debido al sistema remedial que caracteriza al derecho americano existen los *nominal damages*. Si el agente ha vulnerado algún derecho de su prójimo, pero este no sufrió daños, en teoría no hay responsabilidad. Sin embargo, procede el pago de *nominal damages* que son montos simbólicos (1 dólar), los cuales tienen la función de confirmar que se ha vulnerado un derecho. En otras palabras, funcionan como las sentencias declarativas en el *civil law*. Es interesante mencionar que en Francia existe el *euro symbolique*, un *nominal damages* a la francesa[100].

Desde la perspectiva remedial del derecho americano, los *nominal damages* no son irrelevantes, pues los *punitive damages* son accesorios, en el sentido de que solo pueden otorgarse ante la ocurrencia de un daño, sean *compensatory damages* (verdaderos daños) o *nominal damages* (daños simbólicos). Este esquema permite imponer *punitive damages* para disuadir y castigar conductas reprochables, incluso ante la ausencia de un daño o ante la ocurrencia de un monto ínfimo. Dado que se prefiere evitar el daño en lugar de compensarlo, la ideología gira en torno a disuadir comportamientos socialmente indeseables, independientemente de las consecuencias de tales actos. Como explica claramente Posner:

100 Meurkens, Renée, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, ob. cit., p. 318.

> For instance, a man wildly fires a gun into a crowd. By sheer chance, no one is injured and the only damages is to a $10 pair of glasses. A jury reasonably could find only $10 in compensatory damages, but thousands of dollars in punitive damages to teach a duty of care. We would allow a jury to impose substantial punitive damages in order to discourage future bad acts[101].

Así se entiende por qué la Corte Suprema señaló que cuando se trata de una conducta indeseable que no causa muchos daños, se justifica la imposición de *punitive damages* por encima de la ratio 9:1. De la misma manera, también es interesante el supuesto inverso, esto es, cuando los daños compensatorios ya son altos. Si el jurado otorga $100 millones en daños compensatorios, sería altamente desproporcional que además condene al pago de $900 millones en *punitive damages* en cumplimiento de la ratio 9:1. La compensación misma también produce un efecto disuasorio, sobre todo cuando el daño real es alto y el demandado es condenado a pagarlo. En tal caso, los *punitive damages* sirven para reforzar la disuasión, pero los mismos no pueden ser excesivos. Una ratio 1:1 en tales casos es justificable.

En *Philip Morris, Inc. USA vs. Williams* (2007), la Corte Suprema anuló una sentencia por *punitive damages* ascendentes a $79.5 millones, en un caso de muerte por cáncer pulmonar. El punto más importante de este caso fue determinar si era constitucional o no tener en cuenta, al momento de determinar la cuantía de los *punitive damages*, los daños que habían sufrido terceros que no eran parte del proceso. Pensemos en casos de productos defectuosos (*products liability*), típico supuesto en donde se han impuesto altas cuantías punitivas. Por ejemplo, cuando el productor coloca en el mercado un producto que adolece de defectos, es de esperarse que dicho producto ocasione daños a diversos consumidores. Supongamos que el universo de víctimas está compuesto por 100 consumidores, los cuales han sufrido daños de diferente intensidad, algunas lesiones graves y otras lesiones leves.

101 Robbennolt, Jennifer y Valerie Hans, *The Psychology of Torts*, New York: New York University Press, 2016, p. 137.

Debido a los costos involucrados en demandar, no todos los consumidores ven rentable ir a juicio, y aquellos que sí pueden hacerlo llegan a transar extrajudicialmente por un monto inferior al monto que obtendrían de una condena judicial favorable. Teniendo en cuenta este contexto, el consumidor que lleva el caso frente a una corte y lucha hasta el final contra el demandado, es visto por el jurado como una especie de representante frente al universo de 100 víctimas del producto defectuoso. Esto se materializa al momento de cuantificar el monto por *punitive damages*. Es común que los jurados tomen en cuenta las externalidades negativas causadas en terceros ajenos al proceso al momento de fijar la cuantía por *punitive damages* en favor del demandante.

La Corte Suprema se preguntó si era constitucional o no según el Due Process Clause que la cuantía de los *punitive damages* incluya los efectos de la conducta dañina en terceros que no eran parte del proceso. La respuesta fue negativa y, en consecuencia, se anuló la condena punitiva. Para la Corte Suprema, los efectos de la conducta del demandado pueden ser tomados en cuenta, no para elevar la cuantía de los *punitive damages* y castigar al demandado, sino para evaluar el primer criterio fijado en BMW, esto es, "the degree of reprehensibility of the conduct involved". En este contexto, la Corte Suprema se negó a concluir si la condena punitiva ascendente a $79,5 millones era *grossly excessive* o no, pues ya había considerado como inconstitucional cuantificar a los *punitive damages* teniendo en cuenta el costo sufrido por terceros que no eran parte del juicio.

Finalmente, es importante mencionar lo dispuesto en el caso *Exxon Shipping Co. vs. Baker* (2008)[102]. El superpetrolero Exxon Valdez derramó 11 millones de galones de petróleo crudo en la bahía Prince William Sound. El capitán del barco era Joseph Hazelwood y Exxon tenía conocimiento que Hazelwood era un alcohólico. Además, se probó que

102 Eisenberg, Theodore; Heise, Michael y Martin T. Wells, "Variability in Punitive Damages: Empirically Assessing Exxon Shipping Co. v. Baker, en *Cornell Law Faculty Publications*, paper n.º 200, 2010, pp. 7-9; Laycock, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, ob. cit., pp. 171 y 172; Berch, Jessica, "The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union", en *Minnesota Journal of International Law*, n.° 1, vol. 19, 2010, pp. 68 y 69.

antes de subir a bordo del barco, Hazelwood tomó cincos vodkas dobles. Exxon gastó $2,1 mil millones en limpiar el derrame, pagó $25 millones en multas penales y $100 en reparación civil. También gastó $1,3 mil millones en costos de restauración y compensación frente a otros reclamos ambientales. En otros casos pagó $500 millones.

Al 2008 la Corte Suprema de los EE. UU. ya había dispuesto la ratio 9:1 como regla, salvo excepciones. Una de las excepciones se presenta cuando los daños compensatorios son altos, de manera que solo se justificaría la imposición de una condena punitiva que cumpla con la ratio de 1:1. Esto incluso es más razonable si se tiene en cuenta las otras condenas contra Exxon y otros costos que tuvo que asumir. La Ninth Circuit Court of Appeals redujo en su momento a $2,5 mil millones la condena de $5 mil millones impuesto por el jurado. La Corte Suprema de los EE. UU. redujo la condena de $2,5 mil millones a $507,5 millones, esto es, hasta el monto de los daños compensatorios. La Corte Suprema consideró como necesario la ratio 1:1 "given the need to protect against the possibility (and the disruptive cost to the legal system) of awards that are unpredictable and unnecessary".

Adicionalmente a los límites constitucionales impuestos por la Corte Suprema de los EE. UU., también es necesario prestar atención a los límites impuestos por la legislación. Por ejemplo, en Virginia los *punitive damages* no pueden superar el monto máximo de $350,000. En Colorado los *punitive damages* no pueden superar la ratio de 1:1 en relación con los daños compensatorios; en Ohio la ratio es de 2:1; y en Missouri es de 5:1[103]. En Alaska y Florida los *punitive damages* no pueden superar la ratio de 3:1 o $500 000[104]. En Florida los *punitive damages* tampoco pueden superar la ratio de 3:1 o $500 000 como regla, o de la ratio de 4:1 o $2 millones en situaciones donde el demandado buscó la obtención de un beneficio con el daño, o sin límite alguno si el demandado tuvo

103 Laycock, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, ob. cit., p. 176.

104 *Ibid*, pp. 173 y 174.

la intención específica de causar el daño[105]. A nivel federal, la 15 U.S.C. §6604 señala que los *punitive damages* no deberán superar el monto de tres veces los daños compensatorios o $250 000 (el que sea menor) en acciones civiles Y2K[106], mientras que la sección 1981a del Civil Rights Act, que protege contra actos de discriminación, dispone una escala de diferentes límites ($50 000, $100 000, $200 000 y $300 000), dependiendo del número de trabajadores del empleador[107].

105 "FLA. STAT. ANN. §768.73 Punitive damages; limitation
(1)(a) Except as provided in paragraphs (b) and (c), an award of punitive damages may not exceed the greater of:
1. Three times the amount of compensatory damages awarded to each claimant entitled thereto, consistent with the remaining provisions of this section; or
2. The sum of $500,000.
(b) Where the fact finder determines that the wrongful conduct proven under this section was motivated solely by unreasonable financial gain and determines that the unreasonably dangerous nature of the conduct, together with the high likelihood of injury resulting from the conduct, was actually known by the managing agent, director, officer, or other person responsible for making policy decisions on behalf of the defendant, it may award an amount of punitive damages not to exceed the greater of:
1. Four times the amount of compensatory damages awarded to each claimant entitled thereto, consistent with the remaining provisions of this section; or
2. The sum of $2 million.
(c) Where the fact finder determines that at the time of injury the defendant had a specific intent to harm the claimant and determines that the defendant's conduct did in fact harm the claimant, there shall be no cap on punitive damages".

106 "(a) In general
In any Y2K action in which punitive damages are permitted by applicable law, the defendant shall not be liable for punitive damages unless the plaintiff proves by clear and convincing evidence that the applicable standard for awarding damages has been met.
(b) Caps on punitive damages
(1) In general
Subject to the evidentiary standard established by subsection (a), punitive damages permitted under applicable law against a defendant described in paragraph (2) in a Y2K action may not exceed the lesser of
(A) three times the amount awarded for compensatory damages; or
(B) $250,000".

107 "(3) Limitations
The sum of the amount of compensatory damages awarded under this section for future pecuniary losses, emotional pain, suffering, inconvenience, mental anguish, loss of enjoyment of life, and other nonpecuniary losses, and the amount of punitive damages awarded under this section, shall not exceed, for each complaining party
(A) in the case of a respondent who has more than 14 and fewer than 101 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, $50,000;
(B) in the case of a respondent who has more than 100 and fewer than 201 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, $100,000; and

Tampoco debemos perder de vista la instrucción dirigida a los jurados respecto a la imposición de *punitive damages*. En algunos casos se señala expresamente que se tome en cuenta, por ejemplo, el patrimonio de la víctima al momento de fijar la condena punitiva. Esto envía un claro mensaje al jurado: mientras más grande sea el demandado, más grande deberá ser la condena punitiva para lograr el efecto disuasivo necesario. Por ejemplo, en algunos casos se ha informado al jurado lo siguiente:

> The law provides no fixed standards as to the amount of such exemplary damages. In arriving at any award of punitive damages, you are to consider the following: 1) The reprehensibility of the conduct of the defendant, 2) the amount of punitive damages which will have a deterrent effect on the defendant in the light of defendant's financial condition[108].

Para evitar que los jurados otorguen montos arbitrarios en otros casos, se prefiere informar un monto máximo por concepto de *punitive damages*: "If you find [...] that the injury complained of was attended by circumstances of willful and wanton conduct, then in addition to actual damages, you may also assess a reasonable sum as exemplary damages not to exceed the amount awarded as actual damages"[109].

Un aspecto interesante que no queremos pasar por alto es que en varios de los Estados en donde existen límites a la imposición de *punitive damages*, al momento de la instrucción de los jurados, no se informa de la existencia de estos límites. En otras palabras, legislativamente se imponen límites al otorgamiento de los *punitive damages*, pero los mismos

(C) in the case of a respondent who has more than 200 and fewer than 501 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, $200,000; and
(D) in the case of a respondent who has more than 500 employees in each of 20 or more calendar weeks in the current or preceding calendar year, $300,000".

108 Greene, Edith; Douglas Woody, William y Ryan Winter, "Compensating Plaintiffs and Punishing Defendants: Is Bifurcation Necessary?", en *Law and Human Behaviorr*, n.° 2, vol. 24, 2000, p. 194.

109 Greene, Edith y Brian Bornstein, "Precious Little Guidance. Jury Instruction on Damage Awards", en *Psychology, Public Policy and Law*, n.° 3, vol. 6, 2000, p. 762.

no se informan a aquellos que deben cumplir con tales límites[110]. Por ejemplo, la sección §768.73 de los Florida Statutes regula diferentes tipos de límites para distintas situaciones de daños en su primer numeral, y, a pesar de ello, en el numeral cuarto se dispone: "4) The jury may neither be instructed nor informed as to the provisions of this section". Creemos que esto es adecuado, pues el informar al jurado de la existencia de tales límites generaría el efecto anclaje (*anchoring*) en el jurado y ello afectaría negativamente la cuantía de los *punitive damages*.

Es conocido que el sesgo del anclaje afecta a los casos de responsabilidad civil cuando se trata de cuantificar el monto dinerario[111]. En virtud de tal sesgo, la cuantía del monto dinerario suele depender del primer monto que se pone a disposición de aquel que realizará la liquidación dineraria. Este monto sirve como ancla y la cuantificación final termina siendo un monto dinerario por encima o por debajo del ancla, incluso prescindiendo de la información relevante. En otras palabras, el ancla puede llegar a ser tan fuerte que puede reemplazar a cualquier otra información.

En el caso de límites a los *punitive damages*, si se define como límite 100, entonces el jurado usará 100 como ancla y se concentrará simplemente en otorgar un monto dinerario menor a 100, prescindiendo incluso de información relevante como la gravedad de la conducta del agente, su patrimonio o cualquier dato relevante. En consecuencia, para evitar esta

110 Sebok, "Punitive Damages in the United States", art. cit., p. 188.

111 Sunstein, Cass R., Kahneman, Daniel y David Schkade, "Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)", en *The Yale Law Journal*, n.° 7, vol. 107, 1998, pp. 2109-2110; García Long, Sergio, "¿Qué tan buen psicólogo es Guido Calabresi?", entrevista a Guido Calabresi, en Bullard, Alfredo y José María de la Jara (coords.), *Análisis psicológico del derecho*, Lima: Themis, 2018, pp. 69 y 70; Guthrie, Chris; Rachlinski, Jeffrey y Andrew Wistrich, "Inside the Judicial Mind", en *Cornell Law Review*, vol. 86, 2001, p. 787 y ss; Guthrie, Chris; Rachlinski, Jeffrey y Andrew Wistrich, "Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases", en *Cornell Law Review*, vol. 93, 2007, pp. 19-21; De la Jara, José María, "Condenando por intuición: El cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución", en *Forseti*, n.° 2, 2014, p. 167; De la Jara, José María; Rivas, Gino y Andrea Juscamaita, "Hans vs. Brain: El sesgo de retrospectiva en la implementación de la fórmula de Hand", en Bullard, Alfredo y José María de la Jara (coords.), *Análisis psicológico del derecho*, Lima: Themis, 2018, pp. 175-176.

liquidación sesgada, es interesante lo que se ha hecho en varios Estados: fijar límites pero no informar al jurado de tales límites para que otorguen el monto que consideren necesario, sin perjuicio de que cualquier monto por encima del límite se considere reducido a tal máximo.

Diversos estudios en psicología han demostrado que el efecto del anclaje existe en la cuantificación de los *punitive damages*. Los jurados suelen prestar atención al monto punitivo solicitado por el demandante; mientras más alto sea el pedido, mayor será el monto por *punitive damages* que el jurado otorgará[112]. Por ejemplo, si pido 200 en *punitive damages* es más probable que me den 100 que si pido desde el inicio 100. En este caso, el ancla es el petitorio. La regla sería la siguiente: mientras más pides, más te darán[113].

Entonces, si se informa de este *cap* al jurado, la tendencia del jurado será otorgar un monto menor a dicho *cap* y solo el monto exacto del *cap* cuando la conducta sea la más grave posible. Esto podría afectar el razonamiento del jurado al momento de determinar el monto punitivo necesario para generar el efecto disuasorio óptimo. La opción de no informar al jurado de la existencia de límites permite evitar el efecto anclaje al momento de fijar los *punitive damages*.

Como conclusión a esta sección, vemos que el reconocimiento de límites estatales o federales ha hecho que los *punitive damages* sean vistos con mejores ojos por parte de Europa. En un primer momento, los *punitive damages* se lanzaron al cielo sin control (de allí la expresión americana *skyrocketing punitive damages*), pues el comentario d) de la sección §908 del Restatement (Second) of Torts señala que la determinación de la cuantía de los *punitive damages* está sujeta a la discreción

112 Hastie, Reid; Schkade, David y John Payne, "Juror Judgments in Civil Cases: Effects of Plaintiff's Requests and Plaintiff's Identity on Punitive Damages Awards", en *Law and Human Behaviorr*, n.° 4, vol. 23, 1999, p. 449; Robbennolt, Jennifer y Christina Studebaker, "Anchoring in the Courtroom: The Effects on Caps on Punitive Damages", en *Law and Human Behaviorr*, n.° 3, vol. 23, 1999, p. 353 y ss.

113 Chapman, Gretchen y Brian Bornstein, "The More You Ask for, the More You Get: Anchoring in Personal Injury Verdicts", en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 10, 1996, p. 519 y ss.

del juez o jurado. Pero, en un segundo momento y para frenar dicha discreción, la Corte Suprema de los EE. UU. y las legislaciones estatales y federales empezaron a fijar límites a los *punitive damages*, lo cual tuvo como impacto que Europa se olvidara de los *skyrocketing punitive damages* y empezara a pensar en *punitive damages* razonables o proporcionales.

2.4. *Punitive damages, exemplary damages, multiple damages, capped damages y aggravated damages*

A efectos terminológicos, es indispensable hacer las precisiones necesarias en torno a los conceptos de: *punitive damages, exemplary damages, multiple damages, treble damages, capped damages* y *aggravated damages*.

Exemplary damages es la denominación utilizada por los ingleses para hacer referencia a los *punitive damages*. Entonces pueden ser considerados como sinónimos terminológica y conceptualmente. *Exemplary* se refiere a "ejemplo" en latín y era usado para servir como ilustración o como una advertencia[114]. Esta terminología resalta la función pública de la prevención general en los *exemplary* o *punitive damages*, mientras que otras instituciones punitivas como la cláusula penal o el daño moral solo cumplen con una prevención específica (*specific deterrence*), esto es, entre las dos personas involucradas (de allí su naturaleza estrictamente privada), la imposición de *exemplary* o *punitive damages* tiene el objetivo de ir más allá de los privados y servir como ejemplo a cualquier tercero al pretender la prevención general (*general deterrence*).

La principal diferencia que podríamos destacar entre *exemplary damages* y *punitive damages* es que en EE. UU. los *punitive damages* no se encuentran restringidos a supuestos específicos. Los *punitive damages* se otorgan allí donde sea necesario castigar y disuadir. Por el contrario, en Inglaterra los *exemplary damages*, conforme al *leading case Rookes vs. Barnard* (1964), han sido limitados en su alcance para que solo procedan en los siguientes casos: 1) ante abusos por parte de agentes gubernamentales, 2) cuando el daño se comete con la intención de conseguir un beneficio y 3) en los casos especificados por una ley[115].

114 Sebok, "Punitive Damages in the United States", art. cit., p. 179.

Posteriormente, el Aggravated, Exemplary and Restitutionary Report (1997) ha argumentado en favor de los *exemplary damages* y en la necesidad de ampliar su ámbito de aplicación. Sin embargo, en el 2007 el Department for Constitutional Affairs se pronunció en contra de este tipo de iniciativa[116].

Esta posición más restringida también se demuestra, como ya hemos explicado, en el derecho contractual, pues mientras que en el derecho americano se admite la procedencia de *punitive damages* de manera excepcional, conforme a la sección §355 del Restatement (Second) of Contracts, en el derecho inglés no se admite los *punitive damages* ante incumplimiento contractual (*breach of contract*).

Los límites impuestos en *Rookes vs. Barnard* (1964) no han sido aceptados por otros países del *common law*. Por ejemplo, en *Uren vs. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966) la Corte Suprema de Australia señaló que *exemplary damages* serán otorgados allí donde exista una conducta que muestre una "contumelious disregard of the rights of the plaintiff"[117].

115 Wilcox, Vanessa, "Punitive Damages in England", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, New York: Springer, 2009, pp. 8 y 9; Lunney, Mark; Nolan, Donal y Ken Oliphant, *Tort Law. Text and Materials*, 6.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 882-886; Salvador Coderch, "Punitive Damages", art. Cit., pp. 5 y 6; Quarta, Francesco, *Risarcimento e Sanzione nell'Illecito Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 300-302.

116 Koch, Bernhard, "The Experiences in National Legal Systems and the Perspectives of EU Tort Law", en Schulze, Reiner (ed.), *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, p. 29; Department of Constitutional Affairs, *The Law on Damages*, 2007, p. 77: "It remains the Government's view that the availability of exemplary damages in civil proceedings should not be extended beyond the limited instances in which they are currently available under the common law, namely in the case of oppressive, arbitrary or unconstitutional action by a public servant and where the tortfeasor's conduct was calculated to make a profit which might well exceed the compensation payable to the claimant. These categories were established in the case of *Rookes v Barnard*".

117 The Law Commission. Consultation Paper n.°132. UK, 1993, p. 96.

Por otro lado, es interesante la distinción entre los *punitive damages* y los *multiple damages*. Todas son condenas punitivas, pero se distinguen en la forma cómo se determina la cuantía de las mismas. Podemos hablar de *punitive damages* como un género que incluye a diferentes manifestaciones en concreto que se distinguen en la forma cómo se calculan.

Por un lado, tenemos a los *ordinary punitive damages*, que son montos dinerarios que no guardan una relación estricta con los daños reales y cuya habilitación se encuentra reconocida, de manera general, en el Restatement (Second) of Torts. Se trata de casos en donde no existe alguna ley que impone algún múltiplo en concreto.

Por otro lado, tenemos a los *statutory multiple damages* que son montos dinerarios que sí guardan una relación en concreto respecto a los daños efectivos y se encuentran reconocidos en una ley (estatuto). Los *multiple damages* son montos dinerarios cuya cuantía asciende a un múltiplo de los daños compensatorios. El término *multiple damages* puede ser utilizado en dos acepciones: 1) como género de manifestaciones en concreto (*double damages*, *treble damages*, *quadruple damages*), o 2) para señalar un múltiplo en concreto (si se imponen *treble damages*, el monto total de la condena es el triple) o como un límite (ej. el jurado solo podrá otorgar *damages* hasta por un múltiplo de cuatro, esto es, el jurado tiene la discreción de decidir si otorga *doubles damages*, *treble damages* o *quadruple damages*).

Un ejemplo de *multiple damages*, en el derecho de patentes, se encuentra en el U.S. Code, Title 35 - Patents, sección §284, el cual señala que la corte podrá aumentar la cuantía de los daños hasta tres veces, como se expresa a continuación:

> Upon finding for the claimant the court shall award the claimant damages adequate to compensate for the infringement, but in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by the infringer, together with interest and costs as fixed by the court. When the damages are not found by a jury, the court shall assess them. In either event the court may increase the damages up to three times the amount found or assessed.

En Francia, interesantemente, se pretendió introducir *punitive damages* en el Code Civil con un límite del doble de los daños compensatorios. El art. 1386-25 del Proyecto Béteille (2010) señalaba que el monto de los *punitive damages* no podía ser superior al doble de los daños compensatorios ("dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires").

Los *treble damages*, como su nombre lo indica, son montos dinerarios por el triple de los daños compensatorios (si el daño es 100, se aumenta a 300). A diferencia del género *multiple damages*, los *treble damages* fijan *ex ante* la cuantía exacta de la condena. Los *treble damages* son *punitive damages* respecto al monto en exceso de los daños compensatorios (100 son compensatorios, mientras que 200 son punitivos).

En EE. UU. los *treble damages* se encuentran reconocidos expresamente dentro del derecho de la libre competencia. La sección cuatro de la Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C.S. §15, reconoce a los *treble damages* cuando señala que "any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws [...] shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee". Una disposición similar se encuentra en la sección 1964(c) del RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act): "Any person injured in his business or property by reason of a violation of section 1962 of this chapter [...] shall recover threefold the damages he sustains and the cost of the suit, including a reasonable attorneys fee".

Como es evidente, los *multiple damages* cumplen una función sancionatoria y disuasiva similar a los *ordinary punitive damages*, pues consisten en montos dinerarios diferentes y por encima de la cuantía por daños compensatorios. Con respecto a los *treble damages*, las dos grandes diferencias en relación con los *ordinary punitive damages* serían, en primer lugar, la existencia de un múltiplo exacto en los *treble damages* que sirve para determinar la exacta extensión del castigo, lo cual no existe en los *ordinary punitive damages*; y, en segundo lugar, que los *treble damages* no dependen finalmente en su cuantía de la gravedad de la conducta del

agente dañador[118]. Ello debido a que *ex ante* se fija que el perjudicado tendrá derecho al triple de daños en el caso en concreto, a diferencia de los *ordinary punitive damages*, en donde a mayor gravedad, mayor debe ser la cuantía de la condena.

Esta segunda característica, en nuestra opinión, no restringe el carácter punitivo de la condena ni su clasificación como *punitive damages*. Algunos autores consideran que el hecho de que se imponga un múltiplo en concreto (ej. *treble damages, double damages*) hace que la procedencia del monto dinerario esté desligada de la conducta del agente. Los *punitive damages* deben ser más altos si la conducta es más grave y reprochable. Si se fija *ex ante* que los *damages* serán el triple de los daños compensatorios, entonces solo debe verificarse el supuesto de hecho y deviene en irrelevante la gravedad de la conducta a efectos de incrementar la cuantía de la condena punitiva[119].

Las críticas mencionadas son fundadas. Sin embargo, dado el estado actual y la evolución que han tenido los *punitive damages*, la determinación de un múltiplo exacto es lo deseable y no debe ser considerado como algo atípico. Sin embargo, una deficiente regulación legal podría terminar desnaturalizando a los *treble damages* si proceden ante cualquier tipo de conducta dañina. Los *treble damages* deben proceder ante una conducta grave y el límite a la cuantía del monto dinerario se justifica en la proporcionalidad que debe caracterizar a todo tipo de sanción.

Algo similar ocurre con la segunda acepción de los *multiple damages*, pero de manera más restringida. Si se indica que los *multiple damages* no pueden superar el múltiplo de cuatro, entonces el jurado o juez tendrá la discreción de otorgar *punitive damages* hasta un múltiplo de cuatro. Si bien existe un límite, en estos casos, cuando no se fija un múltiplo exacto

118 Morse, Judith, "Treble Damages under RICO: Characterization and Computation", en *Notre Dame Law Review*, n.° 3, vol. 61, 1986, p. 528.

119 Machnikowski, Piotr, "Damages for the Infringement of Intellectual Property Rights under EU Law", en Schulze, Reiner (ed.), *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, p. 88.

sino un límite, el juez puede aumentar la cuantía de la sanción según la gravedad de la conducta dañina, pero hasta llegar al límite regulado.

Si bien los *ordinary punitive damages* no cuentan *ex ante* con múltiplos exactos impuestos por ley que determinen con precisión su extensión, sí existen eventuales límites jurisprudenciales en términos de ratios (por ejemplo, la ratio de 9:1 sugerido por la Corte Suprema de los EE. UU. en State Farm Mutual Automobile). Estas ratios, que sirven como máximos, hacen que los *ordinary punitive damages* funcionen como *multiple damages*. En virtud de la ratio 9:1, solo se podría imponer un monto por *punitive damages* hasta 9 veces el monto de los daños compensatorios (o un múltiplo de 10). Teniendo en cuenta la ratio máxima, queda a elección de la corte determinar el múltiplo adecuado.

Entonces, los *multiple damages* y *ordinary punitive damages* son en su naturaleza similares, pues cumplen las mismas funciones de sancionar y disuadir. Eventualmente estos conceptos se diferenciarán en la metodología implementada para determinar la cuantía de la condena dineraria, pero, a efectos de los propósitos que persiguen, podemos considerarlas como funcionalmente equivalentes al ser todas punitivas, esto es, al consistir en montos dinerarios por encima de los daños compensatorios.

Sin perjuicio de lo señalado respecto a la diferencia jurídica entre *ordinary punitive damages* y *multiple damages*, es importante tener en cuenta lo señalado por el análisis económico del derecho. Sin perjuicio de la existencia de la ratio 9:1 sugerido por la Corte Suprema de los Estados Unidos (a la cual aplica excepciones), desde el análisis económico del derecho se ha propuesto encontrar un múltiplo para cada caso en concreto que sirva para determinar la cuantía óptima de los *punitive damages*[120].

Si las probabilidades de ser condenado son bajas, entonces el agente no tendrá incentivos para tomar precauciones, pero sí incentivos para

120 Polinsky, Mitchell y Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", en *Harvard Law Review*, n.° 4, vol. 111, 1998, p. 873-875; Polinsky, Mitchell y Steven Shavell, "Punitive Damages", en Bouckaert, Boudewijn y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, pp. 768-769.

realizar actividades peligrosas. Si puede escapar de la justicia, seguirá actuando de manera irresponsable. Supongamos que el daño real que podría generarse es de 100, pero la probabilidad de ser condenado a pagar tal monto es 1 de cada 4 (25 %), entonces el *daño esperado* (descontando la probabilidad) será solo 25 (=100*0.25). Para los economistas no basta solo con prestar atención al costo final, sino también a las probabilidades de condenar al pago de dicho costo. El daño real multiplicado por la probabilidad es el daño esperado.

Teniendo en cuenta la baja probabilidad de condena, el agente solo tendrá incentivos para tomar medidas de prevención si el daño esperado se aumenta, de manera que en promedio pague el monto del daño real. Entonces, se propone determinar un *multiplier* para incrementar el monto del daño esperado, de modo que sea igual al daño real. El *multiplier* se aplica al daño real, siendo el exceso de tal monto lo que corresponde a los *punitive damages*. En nuestro caso, si la probabilidad es de 25 %, el *multiplier* será 4 (1/0,25). Siendo el daño de 100 y el *multiplier* de 4, el monto total a pagar será 400:100 por daños compensatorios y 300 por *punitive damages*. De esta manera, la cuantía de la condena se eleva para que el daño esperado sea 100 (=400*0.25), esto es, igual al daño real.

Esta propuesta economía busca reforzar aquellas situaciones en donde la baja probabilidad de detención no disuade al agente de causar el daño (*underdeterrence*). Si el daño real es 100 y la probabilidad de condena es 1 de 4, el daño esperado es 25. Los economistas se enfocan en la probabilidad y la combaten aumentando el monto total de la condena. Esto se logra añadiendo *punitive damages* por encima del daño real. Si la condena final será de 400 (100 por daños reales y 300 por *punitive damages*), la baja probabilidad de 25 % ya no es relevante, pues en promedio el dañador pagará 100.

Esto también tiene respaldo en la práctica, pues los *punitive damages* se suelen imponer ante conductas dañinas difíciles de detectar. Como explica Laycock: "Regardless of culpability, however, heavier punitive damages have been thought to be justifiable when wrongdoing is hard

to detect (increasing chances of getting away with it)"[121]. Entonces, los economistas proponen determinar un *multiplier* para fijar la cuantía óptima de la condena punitiva en cada caso en concreto. Queda claro que esto también ayuda a limitar el poder discrecional de los jueces y jurados para que no emitan condenas desproporcionales y arbitrarias, esto es, ineficientes.

Por otro lado, y en virtud de los límites existentes, podemos tener a los *pure punitive damages* (sin límites), *multiples damages* (que aplican un múltiplo) y *capped damages* (que imponen montos máximos). Principalmente son las legislaciones estatales las que han impuesto topes máximos (*caps*) a los *punitive damages*, de manera que los jueces o jurados tiene la libertad de fijar la cuantía siempre que no exceda del tope máximo. Estos son los *capped damages*. La tendencia actual en los EE. UU. apunta hacia la existencia de *multiple damages* y *capped damages*, y no de *pure punitive damages*.

Finalmente, *aggravated damages* (o "daños agravados", en su traducción literal) es un concepto que existe en diversos países anglosajones distintos a EE. UU., como Inglaterra[122], Canadá[123], Australia[124], Irlanda[125]

121 Laycock, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, ob. cit., p. 173.

122 English Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages Report, UK, 1997, pp. 10 y 11; Murphy, John, "The Nature and Domain of Aggravated Damages", en *Cambridge Law Journal*, n.° 2, vol. 69, 2010, p. 353; Jaffey, Peter, "The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages", en *The Modern Law Review*, n.° 6, vol. 61, 1998, p. 860.

123 Feldthusen, Bruce, "Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Cold?", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, n.° 4, vol. 17, 1995, p. 793; Hawley, Donna Lea, "Punitive and Aggravated Damages in Canada", en *Alberta Law Review*, n.° 3, vol. 18, 1980, p. 485; Chapman, Bruce, "Punitive Damages as Aggravated Damages: The Case of Contract", en *Canadian Business Law Journal*, n.° 3, vol. 16, 1990, p. 269; Berryman, Jeffrey, "Reconceptualizing Aggravated Damages: Recognizing the Dignitary Interest and Referential Loss", en *San Diego Law Review*, n.° 4, vol. 41, 2004, p. 1521.

124 Doecke, Alison, "Exemplary damages: Retribution and Condemnation-The Purpose of Controlling the Scope of the Exemplary Damages Award", en *Adelaide Law Review*, n.° 1, vol. 38, 2017, pp. 92 y 93.

125 Irish Law Reform Commission. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Dublin, 2000, pp. 79 y 80.

y Nueva Zelanda[126], y que teóricamente es distinto a *punitive* o *exemplary damages* al tratarse de un tipo de daño compensatorio. Si el término es usado en EE. UU., se utiliza de manera indistinta y como sinónimo de *punitive* o *exemplary damages*, pues *aggravated damages* no existe como tal en el derecho americano[127].

Si bien teóricamente el concepto de *aggravated damages* pretende ser distinto a *punitive* o *exemplary damages*, es común que en la práctica sean confundidos. En el *leading case Rookes vs. Barnard* (1964), Lord Devin reconoció la existencia de "a source of confusion between aggravated damages and exemplary damages which has troubled the learned commentators on the subject"[128]. Lo mismo se reconoce en el Aggravated, Exemplary and Restitutionary Report (1997), cuando en el mismo se explica que los *aggravated damages* "have often been confused with exemplary damages"[129], para continuar con la pregunta: "Are they a punitive measure of damages, like exemplary damages, or are they compensatory?"[130].

Los *aggravated damages* son considerados como un daño extrapatrimonial que se comete con una conducta particularmente reprochable. Curiosamente entre los términos que se suelen usar para hacer referencia a la gravedad de la conducta dañina se encuentran *outrageous* (indignante), *egregious* (atroz), *reprehensible* (censurable), siendo estos

126 Beever, Allan, "The Structure of Aggravated and Exemplary Damages", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 1, vol. 23, 2003, p. 87.

127 Sebok, Anthony y Vanessa Wilcox, "Aggravated Damages", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, New York: Springer, 2009, p. 269: "A survey of modern American cases, treatises and scholarship reveals that no distinction is signified by the use of the term "aggravated" damages instead of the term "punitive damages" or "exemplary damages". These three expressions are used interchangeably, and the choice of one over another by a modern lawyer ought to bear no significance in the meaning drawn from the usage by another lawyer or a court".

128 Mitchell, Paul, *The Making of the Modern Law of Defamation*, Great Britain: Hart Publishing, 2005, p. 69.

129 English Law Commission. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages Report. UK, 1997, p. 2.

130 English Law Commission. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages Report. UK, 1997, art. cit., p. 3.

términos además usados respecto a los *punitive damages*[131]. Los términos que sí suelen ser usados más en referencia a los *aggravated damages* y no a los *punitive damages* son *contempt* (desprecio), *insult* (insulto) y el más llamativo *contumelious* (contumelioso), cuyo antecedente se encuentra en la *iniuria* en el derecho romano[132].

Existe cierta discusión sobre la entidad al cual afecta este tipo de daño: algunos consideran que se trata del *mental distress*[133] (o daño moral en terminología continental) o de un daño a la dignidad[134]. Sea uno u el otro, no se trata de cualquier daño extrapatrimonial, sino de uno que es cometido con total indiferencia e intencionalidad contra la víctima, como si se tratase de un insulto o humillación.

Al estar ante un daño extrapatrimonial, se considera que el mismo es un daño compensatorio, sin perjuicio de que el mismo sea agravado. Como señaló Justice Robins en *Walker vs. CFTO Ltd.* (1987):

> Aggravated damages are damages which take into account the additional harm caused to the plaintiff's feelings by such reprehensible or outrageous conduct on the part of the defendant. Their purpose is compensatory and, being compensatory, they properly form part of a general damage award. Aggravated damages, it should be understood, are not punitive – punishment is not the function of a compensatory award[135].

Los defensores de esta posición consideran que los *aggravated damages* siguen siendo compensatorios, pues tienen como fin compensar los daños a la dignidad o el *mental distress* de aquella víctima que ha sufrido un perjuicio cometido con una conducta particularmente indeseable. Incluso algunos señalan que los *aggravated damages* serían distintos al *mental distress*, esto es, tendríamos dos tipos de daños compensatorios

131 Sebok, "Punitive Damages in the United States", art. cit., p. 181.

132 Mitchell, Paul, *The Making of the Modern Law of Defamation*, ob. cit., p. 66.

133 Murphy, "The Nature and Domain of Aggravated Damages", art. cit., p. 355.

134 Beever, "The Structure of Aggravated and Exemplary Damages", art. cit., p. 89.

135 Chapman, Bruce, "Punitive Damages as Aggravated Damages: The Case of Contract", art. cit., p. 270.

no pecuniarios[136]. Para otros, los *aggravated damages* se confunden con el *mental distress* y, en consecuencia, se debería preferir a esta última[137].

La objeción más importante que se hace a los *aggravated damages* es el hecho de considerarlos como exclusivamente compensatorios y no punitivos, a pesar de que los mismos se otorgan y se agravan debido a la especial conducta dañosa del agente[138]. Los *exemplary* o *punitive damages* giran en torno a la conducta del agente dañador y, por ello, tienen un carácter punitivo, mientras que los daños compensatorios giran en torno al perjuicio sufrido por la víctima y, por ello, no son punitivos. Entonces, parece superficial la posición doctrinal que considera a los *aggravated damages* como solo compensatorios.

Esto genera una zona gris difícilmente distinguible en la práctica. Por ejemplo, en un caso en concreto se podría concluir que existen circunstancias agravantes, pero que las mismas no son lo suficientemente agravantes para justificar *exemplary damages*, sino solo *aggravated damages*. Entonces procederían los *aggravated damages* para inflar el monto compensatorio. Como señaló Justice Dyer en *Golnik vs. Geissinger* (1697): "I feel that the facts of this case are not such as to justify an award of exemplary damages, but that it is a case in which the conduct of the defendant has aggravated the damage to the extent that the plaintiff should be compensated for the humiliation of the assault"[139].

Para nosotros el debate en torno a los *aggravated damages* tiene puntos de similitud con la discusión en torno a la naturaleza del daño

136 Beever, "The Structure of Aggravated and Exemplary Damages", art. cit., p. 90.

137 English Law Commission. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages Report. UK, 1997, p. 3.

138 Hawley, Donna Lea, "Punitive and Aggravated Damages in Canada", art. cit., p. 487: "Aggravated damages, therefore, increase the quantum of a compensatory award to account for any humiliation, loss of dignity or other similar forms of injured feelings caused by the defendant's conduct"; Sebok, Anthony y Vanessa Wilcox, "Aggravated Damages", art. cit., p. 263: "These and other similarities between both heads of damages thus led many to question whether aggravated damages were purely compensatory".

139 *Loc. cit.*

moral[140]. Ambos son supuestos de daños compensatorios —en teoría— porque buscan compensar un perjuicio extrapatrimonial, pero por su misma naturaleza tienen un carácter punitivo al no contar con valuación económica. Incluso el carácter punitivo es más evidente en los *aggravated damages* porque los mismos se calculan teniendo en cuenta la conducta del agente, mientras que en el daño moral la teoría no admite que la cuantía del mismo esté condicionada a la gravedad de la conducta, sin perjuicio de que en la práctica esto suela ocurrir, precisamente, por no existir algún referente objetivo que permita a las cortes medir con exactitud el precio del dolor. También el carácter punitivo es más evidente en los *aggravated damages* cuando se considera que los mismos compensan las afectaciones a la dignidad, pues la misma —por definición— es incalculable.

Por ello ciertos autores defienden que los *aggravated damages* no son exclusivamente compensatorios, sino también punitivos, e incluso principalmente punitivos. En consecuencia, son indistinguibles de otras categorías de daños como los *exemplary damages*. Como explica Cane:

> Punitive damages are sometimes distinguished from "aggravated damages" which are said to be designed not to punish the defendant but to compensate the plaintiff for non-pecuniary loss arising from the commission of a tort in a way which demonstrate extraordinary disrespect for the plaintiff. However, aggravated damages are effectively indistinguishable from punitive damages, and in my view, should be abolished[141].

140 Benatti, Francesca, "Incumplimiento del contrato y punitive damages", en Moreno More, César (coord.), *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Lima: Ediciones Legales, 2015, p. 299: "Esta tendencia reciente, suscita en el intérprete la evocación del daño moral como instrumento de ingreso de liquidaciones supracompensatorias [...]. De hecho, las hipótesis de su aplicación llegan casi a coincidir con las que justifican los *punitive damages*. Su otorgamiento está influenciado por la percepción de las cortes de aspectos similares a los que caracterizan los *punitive damages* originales, enfocándose en la gravedad de la conducta, en las posibles consecuencias de comportamiento sobre el individuo y la sociedad, en la necesidad de una disuasión [...]. Y por otra parte, el daño moral, al igual que el *punitive damages*, al prescindir de cálculos matemáticos y al no ser cuantificable, se ve afectado también de la visión emocional e ideológica de juez".

141 Cane, Peter, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 114. Véase también Von Bar, Christian y Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property in*

La posición del Aggravated, Exemplary and Restitutionary Report (1997) fue considerar que los *aggravated damages* no son punitivos para no confundirlos con los *exemplary damages*, y serían compensatorios por afectar al *mental distress*. Es así que se recomienda utilizar la denominación *damages for mental distress* en vez de *aggravated damages*, pues este último puede generar confusión[142]. La decisión de apartar a los *aggravated damages* del campo punitivo se debe a la intención de darle autonomía a los *exemplary damages* para ampliar su campo de aplicación, pues, según el Report los *exemplary damages* son deseables para llenar vacíos en el derecho, esto es, situaciones en donde en la práctica los remedios disponibles son insuficientes[143]. Dado que el objetivo del Report fue estudiar las virtudes de los *exemplary damages* y proponer la expansión de su ámbito de aplicación, se entiende la opción de subsumir a los *aggravated damages* como *damages for mental distress* y apartarlos del campo punitivo.

Para nosotros, siguiendo la postura del Aggravated, Exemplary and Restitutionary Report (1997), los *aggravated damages* deberían ser eliminados, pues los mismos pueden subsumirse dentro de la ya existente categoría de los *damages for mental distress*. La distinción entre *aggravated damages* y *mental distress* solo es posible en la teoría, pero no en la práctica, pues en la práctica la distinción no tiene sentido.

En primer lugar, no tiene sentido tener una categoría de daño que sea compensatoria y que se caracterice por ser un perjuicio moral agravado diferente a un perjuicio moral no agravado. Si este tipo de daño es compensatorio, entonces el monto dinerario solo debe girar en torno al daño efectivo y no prestar atención a la maldad del agente dañador, pues el monto dinerario siempre será un equivalente del daño sufrido. Si el

Europe. A Comparative Study, Munich: Sellier European Law Publishers, 2004, p. 109: "In practice of course, the border lines between these two categories [aggravated and exemplary damages] can become blurred".

142 English Law Commission. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages Report. UK, 1997, p. 3.

143 English Law Commission. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages Report. UK, 1997, p. 5.

daño es mayor porque el agente dañador actuó con maldad, entonces ese daño agravado será compensado en su integridad, pues la regla es que el monto dinerario debe ser equivalente al daño sufrido. Ese daño adicional, producto de las circunstancias agravantes, es resarcible por la regla de la equivalencia. No se necesita de una categoría de daño adicional para que el daño agravado sea resarcible.

En segundo lugar, cuando la corte debe prestar atención a los motivos que hacen al daño uno agravado, debe analizar la gravedad de la conducta del agente para ver qué tan agravado es el daño. De esta manera, se hace depender a la cuantía del daño de la conducta del agente, y esto tiene como consecuencia que el monto dinerario no sea exclusivamente compensatorio, sino también punitivo.

Si queremos plantear una conclusión, podemos señalar que la naturaleza de los *aggravated damages* dependerá de la postura que se tome al respecto. Pero, fuera de ello, parece innegable que los mismos tienen un elemento punitivo, desde que estos montos dinerarios se otorgan ante una particular conducta reprochable del agente, y, en consecuencia, se otorga una suma adicional. Sin perjuicio de que se señale que se trata, en realidad, de una suma *compensatoria* adicional, lo cierto es que la entidad que se afecta no es susceptible de valoración económica, sobre todo cuando se afirma que la entidad afectada es la dignidad de la víctima[144].

El art. 1321 del Código Civil peruano, el art.1225 del Codice Civil y los arts.1231-3 y 1231-4 del Code Civil condicionan la extensión del resarcimiento a la gravedad de la culpa del deudor incumplidor. En estos casos, los daños son compensatorios, pero, a su vez, no se puede negar el carácter punitivo de la norma legal. La misma lógica se aplica a los *aggravated damages*, pues pueden ser considerados como compensatorios al resarcir el *mental distress*, pero, al mismo tiempo, son punitivos

144 Vale decir que, en nuestra opinión, los *aggravated damages* deben limitarse al *mental distress*, pues la dignidad no es un objeto que pueda repararse en sede civil. La procedencia de daños a la dignidad permitiría tomar en cuenta al proyecto de vida, una entidad que normalmente es rechazada del ámbito de la responsabilidad civil, sin perjuicio de que la misma pueda repararse por medio de otras tutelas jurídicas. Por ende, consideramos adecuada la posición tomada por el Aggravated, Exemplary and Restitutionary Report (1997).

al condicionar la procedencia y extensión de la condena monetaria a la especial conducta dañina del agente.

Sobre todo, téngase en cuenta que en los *aggravated damages* se afecta a una sola entidad extrapatrimonial que no es cuantificable y se toma en cuenta la conducta del agente para agravar la cuantía de aquello que ya es incuantificable. Entonces, al no haber parámetro, la cuantía del resarcimiento queda a discreción del juez, pareciéndose en la práctica a los *punitive damages*. Al final, los *aggravated damages* tienen la misma función punitiva del daño moral en el *civil law*.

III. LA VERDAD SOBRE LOS *PUNITIVE DAMAGES*

Magnus afirma que "from the European perspective the most conspicuous of US tort law's characteristic features is the courts' ability to grant punitive damages. Potential and actual tortfeasors in Europe fear it like the devil fears baptism"[145].

Si bien es cierto que tradicionalmente los europeos han considerado a los *punitive damages* como una excentricidad, incluso una peculiaridad indeseada del derecho americano[146], esta realidad ha empezado a cambiar en el siglo xxi. Como dice Ponzanelli, "los *punitive damages* en los albores del siglo xxi ya no son monstruos alienígenas"[147].

145 Magnus, Ulrich, "Why is US Tort Law so Different?", en *Journal of European Tort Law*, n.° 1, vol. 1, 2010, p. 104.

146 De Kezel, Evelien. "The Protection and Enforcement of Private Interests by (The Recognition of U.S.) Punitive Damages in Belgium. Limits and Opportunities", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia, 2012, p. 233: "In Europe, punitive damages are often considered an (undesired) peculiarity of US law"; Zeynalova, Yuliya, "The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. Is It Broken and How Do We Fix It?", en *Berkeley Journal of International Law*, n.° 1, vol. 31, 2013, pp. 167: "Among the American legal practices that have been found "repugnant" to the public policy of other states are "treble damages in antitrust suits, punitive damages115 in product liability suits, [and] unrestricted and excessive jury awards".

147 Ponzanelli, Giulio, "Sezioni unite e danni punitivi", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 4, año xxxiii, 2017, p. 1126.

Siempre los países del *civil law* se habían mostrado reacios a admitir a la función punitiva a través de los *punitive damages* en el derecho privado[148]. Si uno revisa los clásicos tratados sobre responsabilidad civil y contratos, parece ser una verdad absoluta la conclusión teórica que limita el derecho privado a la función compensatoria, salvo algunas instituciones como la cláusula penal en el derecho contractual.

Sin embargo, este inicial rechazo del *civil law* frente a los *punitive damages* ha empezado a cambiar en los últimos años, a través del campo del derecho internacional privado con el reconocimiento por parte de países europeos vía execuátur de sentencias americanas sobre *punitive damages*. A pesar de la inexistencia de una norma expresa que los reconozca, estos mismos han sido considerados como compatibles con el derecho sustantivo de los países europeos. Esto resulta curioso si tenemos en cuenta que los críticos suelen señalar que los mismos solo serían admitidos cuando sean reconocidos expresamente por una norma legal (por ejemplo, en el Código Civil). Sin embargo, para sorpresa de estos críticos y sin la necesidad de promulgar una norma legal, las cortes europeas han afirmado que los *punitive damages* no son ajenos al derecho europeo, y, en consecuencia, reconocieron y ejecutaron sentencias americanas que impusieron *punitive damages*. Este es un gran avance en favor de futuras reformas en los códigos civiles europeos.

Nótese que la ejecución europea de sentencias americanas vía execuátur no quiere decir que ahora los jueces tengan el poder de otorgar *punitive damages* en sede nacional. Sin embargo, los procesos de execuátur se han convertido en la oportunidad perfecta para que las cortes europeas puedan, realmente, entender qué son los *punitive damages*. La conclusión ha sido una bienvenida, y esta bienvenida puede ser vista como una tendencia en favor de un futuro reconocimiento legal por parte de los diversos países europeos que pertenecen a la familia del *civil law*.

148 Koziol, Helmut, "Some Reflections on Punitive Damages", en *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, n.° 2, 2002, p. 337: "There is a serious difference between the common law and continental European legal systems: common law countries, especially the USA, but also —to a lesser degree— England and Israel, think highly of punitive damages; continental European countries reject them".

Esta bienvenida fue posible porque los europeos empezaron a percatarse de las razones que explicaban la existencia de los *punitive damages*. Esto implica analizar por qué los *punitive damages* se usan en EE. UU.

De manera general, el derecho privado anglosajón se compone de *contracts*, *torts*, *property* y *unjust enrichment*. El *civil law* también tiene contratos y obligaciones, responsabilidad civil, propiedad y enriquecimiento sin causa, pero esta última no se tutela en un ámbito tan amplio como en el sistema anglosajón (*unjust enrichment*, *restitution interest*, *disgorgement*, *licence fee damages*, entre otros).

En el *civil law*, el restringido ámbito de aplicación de la tutela restitutoria se puede apreciar en el enriquecimiento sin causa, el cual: a) debe cumplir con el tradicional requisito de la subsidiariedad, en virtud del cual, no procede la acción por enriquecimiento si la víctima puede interponer otra acción, entre ellas, la de daños y perjuicios; b) no debe permitir cobrar un monto superior al que correspondería por los daños compensatorios, y c) tradicionalmente se vincula causalmente el enriquecimiento a un empobrecimiento, esto es, no es exclusivamente *gain-based* (basado solo en ganancias ilícitas).

Por estos motivos no existe en Europa un remedio anglosajón como el *disgorgement* o *gain-based damages*, el cual, al enfocarse exclusivamente en la obtención de beneficios ilícitos —de allí el nombre *gain-based*—, tiene el objetivo de extirpar tales ganancias del dañador (quien cometió intencionalmente el daño). El remedio del *disgorgement* no estuvo reconocido expresamente en el Restatement (Second) of Contracts, sin perjuicio de que en la práctica las cortes lo usaban de manera clandestina. Su reconocimiento expreso se materializó, finalmente, en la sección §39 del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment. La aplicación del *disgorgement* se justifica cuando la ganancia ilícita excede al monto que se pagaría por daños compensatorios.

En Europa aún no existe un remedio de este tipo. En el 2017, Francia propuso incorporar en el Code Civil una *amende civile* (multa civil), de carácter general, que se imponga para disuadir la *faute lucrative* (culpa lucrativa), esto es, la comisión de un daño con la finalidad de obtener

una ganancia. Antes de tal proyecto existieron otros tres proyectos (2005, 2010 y 2011) que pretendieron reconocer expresamente a los *dommages-intérêts punitifs* (*punitive damages*) para combatir, también, a la *faute lucrative*.

Lo interesante del *disgorgement* es que mientras dicha doctrina se iba desarrollando en el derecho americano, las cortes utilizaron a los *punitive damages* para imitar al *disgorgement*. En estos casos, los *punitive damages* cumplieron una función "restitutoria". Además, en los famosos casos Ford (1981) y McDonald's (1994), los *punitive damages* se calcularon en base a las ganancias ilícitas obtenidas por el demandado.

Así como los *punitive damages* fueron y son usados para reforzar el *restitution* en el derecho americano, también fueron utilizados para complementar al *compensation*. A diferencia del *civil law*, donde existen sistemas amplios de responsabilidad civil como el francés, en donde responde todo aquel que haya cometido el daño con culpa, en el derecho americano el ámbito de compensación del daño es más restringido. Cuando las cortes americanas pretendían corregir situaciones en donde no procedía legalmente el pago de daños compensatorios, hacían uso de los *punitive damages* para otorgar montos dinerarios que corrigieran tal *undercompensation*.

Esto nos demuestra el diferente contexto en el cual se emiten los *punitive damages* en el sistema jurídico americano. Como existe un derecho de *restitution* en desarrollo, más amplio que el europeo, y un derecho de daños restringido, a diferencia del francés, el recurso de los *punitive damages* ha sido útil para complementar estos dos ámbitos. Europa aún no ha visto a los *punitive damages* de tal manera, pues solo han sido apreciados en su principal función punitiva. La excepción ha sido Francia quien sí ha tomado conciencia de la función "restitutoria" (*disgorgement*) de los *punitive damages*, y ha demostrado esfuerzos para incorporar a los *dommages-intérêts punitifs* o la *amende civile* en el Code Civil, con la finalidad de que cumplan la finalidad del *disgorgement* anglosajón.

Hace diez años el comparatista austriaco Helmut Koziol publicó su conocido trabajo titulado "Punitive damages. A European

Perspective"[149], en donde explica cómo los europeos ven a los *punitive damages* americanos. Uno de los aspectos más interesantes que analiza el autor es cómo los europeos —tal vez guiados por el atajo mental que explicamos— solo prestaron atención al lado punitivo de los *punitive damages*. Se trata de una institución jurídica anglosajona cuyo objetivo es imponer un monto dinerario por encima de los daños sufridos. La función de tal monto dinerario es castigar y disuadir. Esta función punitiva, para algunos nunca existió en Europa, la cual es principalmente compensatoria en su derecho de daños.

Sin embargo, al concentrarse solo en la función punitiva —no en vano se llaman *punitive damages*— los europeos perdieron de vista las otras funciones estos que cumplen en EE. UU., lo cual se debe a las diferencias existentes entre el *common law* y el *civil law*. En efecto, Koziol empieza su trabajo haciendo una precisión fundamental que debe internalizar cualquier civilista antes de pensar en los *punitive damages*:

> As an introduction, I think it is useful to point out that the legal systems of the United States show a number of peculiarities that cause continental Europeans to shake their heads, and which may be of some influence on the discussion of the topic touched of this article. As the first anomaly, I have to mention the institution of juries, which have to decide complicated legal questions and yet are not legal experts. By analogy, continental Europeans tend to pose the question whether Americans, in the case of a heart attack, prefer to be operated on by a lawyer instead of a surgeon. Second, Europeans are astonished that the winning party has to bear his own costs and that the American legal system allows, on one hand, claimants with spurious petitions to blackmail entrepreneurs with the threat of a suit, and on the other hand, accept that victims receive incomplete compensation because they have to pay enormous sums to their lawyers and the court. Furthermore, the extremes of class actions send shivers down the spine of European lawyers. Last, though certainly not least, punitive damages stir up memories of very ancient times when legal systems did not make a strict difference between penalty and compensation. With that, we finally have arrived at the center of the topic[150].

149 Koziol, Helmut, "Punitive Damages-A European Perspective", en *Louisiana Law Review*, n.° 3, vol. 68, Louisiana: 2008, pp. 741-764.

Los *punitive damages* son una particularidad del derecho americano y, por ende, extraña a Europa, que se impone dentro de un contexto también distinto al europeo. Entonces, es diferente tanto el remedio que se impone como el contexto en el cual se impone. Para entenderlos en su totalidad es importante no solo mirar al remedio, sino también al contexto. Y el gran problema al momento de estudiar a los *punitive damages* es que se omite el contexto dentro del cual los mismos se imponen. Entendido ello es fácil comprender cómo los *punitive damages* pueden ser punitivos, compensatorios o "restitutorios".

Curiosamente el análisis de las funciones de los *punitive damages* no se ha hecho en sede nacional y en acciones por daños y perjuicios, sino en sede internacional y en solicitudes de execuátur. El análisis ha sido realizado por civilistas interesados en el derecho internacional privado, y, sobre todo, por comparatistas quienes —por definición— no se limitan al derecho nacional de un país. Y este análisis ha consistido en el estudio de la jurisprudencia sobre casos civiles, pero en el ámbito internacional.

Cuando las cortes europeas recibían estas sentencias americanas se preguntaban, ¿qué es lo que se pretende con estas condenas denominadas *punitive damages*? La primera respuesta, aparentemente obvia en término teóricos, es que buscan castigar. Sin embargo, cuando las cortes analizaron el caso en concreto y las razones que llevaron a la Corte americana respectiva a imponer *punitive damages*, se dieron cuenta de que el castigo puede estar presente, pero también otras funciones como compensar o "restituir". Y estas funciones compensatorias y "restitutorias" que pueden cumplir los *punitive damages* hacen que estos no sean incompatibles con Europa. Este análisis normalmente no se encuentra en los clásicos tratados de contratos y responsabilidad civil del *civil law*, pues los mismos, a diferencia del *common law*, se basan principalmente en

150 Koziol, Helmut, "Punitive Damages-A European Perspective", art. cit., p. 741.

la teoría y no la jurisprudencia, y se limitan a controversias nacionales y no internacionales o supranacionales.

Para los europeos era más atractivo debatir en torno a la procedencia de la función punitiva en el *civil law*, pero, con ocasión de tal debate, no prestaron atención a lo que estaba pasando en el ámbito internacional y el por qué de ello. Finalmente, los europeos empezaron a entender a los *punitive damages* y a señalar en sus pronunciamientos que los mismos no son incompatibles con sus derechos nacionales a través de un análisis de orden público doméstico o internacional.

Existe una frase muy conocida y citada de Julius Hermann von Kirchmann, uno de los teóricos más citados del positivismo jurídico, quien señaló que "un plumazo del legislador y bibliotecas completas pasaban a convertirse en basura"[151]. Esta afirmación pretendía graficar el poder del positivismo y la supremacía de la ley vigente. Algo similar podemos señalar respecto a la recepción de los *punitive damages* vía execuátur: "un execuátur de una corte europea y bibliotecas completas terminan desfasadas". Estas bibliotecas dedicadas a explicar por qué la función punitiva no existe en el derecho privado de diversos países europeos están en camino a convertirse en una reliquia histórica.

3.1. Derecho internacional privado y *punitive damages*

En sus inicios la responsabilidad civil siempre fue pensada como un sistema destinado a compensar a la víctima, esto es, a restituir el *status quo* destruido por el daño. La función económica del resarcimiento consistía en colocar a la víctima en el lugar que se encontraría de no haber ocurrido un daño. Siendo este el punto de partida, la responsabilidad civil no estuvo pensada para disuadir y castigar al dañador. Por ello, los *punitive damages* siempre fueron vistos como una característica típica

151 Medina Ortega, Manuel, "La prohibición de la fuerza en el siglo xxi", en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla: 2005, pp. 880; Fernández Gómez, Lorenzo, Temas de filosofía del derecho, Caracas: Ucab, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 259; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 2009, p. 44.

del sistema anglosajón, pero ajeno a Europa[152]. El dogma compensatorio es, precisamente, consecuencia de la clara distinción en el *civil law* de lo privado y lo público[153]: la sanción y disuasión pertenecen al derecho público y no al privado, por ende, el derecho privado es solo compensatorio[154]. Esta distinción se encuentra tan incrustada en el *civil law* que se remonta a las XII Tablas del derecho romano[155].

Por el contrario, esta división entre lo privado-público no es tan contundente en el derecho americano, en donde los abogados no se caracterizan por ser tan formalistas como los europeos. Un abogado americano, que es más sustantivista, no se atrevería a rechazar la función punitiva en el derecho privado americano en base a la división formalista privado-público[156]. Incluso Koenig habla de la "false dichotomy between criminal law and the law of torts"[157]. Muestra de ello es que el derecho americano reconoce ampliamente a los *punitive damages* y que los mismos cumplen funciones del derecho penal en el ámbito privado.

De allí que sea usual señalar que la naturaleza de los *punitive damages* es cuasicriminal, pero que finalmente se trata de un remedio privado. Esto incluso ha sido confirmado por la Corte Suprema de los EE. UU. al señalar, en 1989, que la Excessive Fines Clause no aplica a los *punitive*

152 Vanleenhove, Cedric, "A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union. Transforming the Traditional '¡No Pasarán!'", en *Vermont Law Review*, vol. 41, 2016, p. 351: "Traditionally, the European Member States have exhibited an attitude of distrust and antipathy towards punitive damages".

153 Stein, Peter G., "Roman Law, common law and civil law", en *Tulane Law Review*, n.° 6, vol. 66, 1992, p. 1595.

154 Demogue, René, "Validity of the Theory of Compensatory Damages", en *Yale Law Journal*, n.° 5, vol. 27, 1918, p. 585

155 Watson, Alan, "From Legal Transplants to Legal Formants", en *American Journal of Comparative Law*, n.° 3, vol. 43, 1995, p. 474.

156 Wells, Michael L., A common lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages, en *Louisiana Law Review*, n.° 2, vol. 70, 2010, pp. 564-565: "American lawyers trained in the common law method tend to treat 'formalism' as a pejorative epithet. Although we, too, respect the private-public law distinction, no prudent lawyer would try to put so much weight upon it [...] Rather, American lawyers and scholars know that they must identify substantive policies favoring limits on punitive damages".

157 Koenig, Thomas H., "Blending U.S. Criminal and Tort Law for Civil Punishment", en *Annals-Belgrade Law Review*, vol. 3, 2008, p. 142.

damage, pues la misma solo se aplica a las sanciones penales. En otras palabras, se considera que se trata de un remedio que cumple funciones públicas, pero que pertenece al derecho privado, y, por ende, se trata de una sanción privada. Esta mezcla entre *crime* y *tort* ha dado lugar, en el derecho americano, al término *crimtort*.

En cierta manera, durante el siglo XIX en el *civil law*, la responsabilidad por culpa podía verse como un castigo. No todo daño era resarcible, sino solo aquel que fuera cometido por un agente a través de una conducta socialmente rechazable, esto es, por culpa[158]. Al imponerse solo responsabilidad por culpa, la imposición de un monto dinerario por concepto de resarcimiento era una forma de castigo por la mala conducta, pero, en sentido estricto, un castigo basado en el resarcimiento. Si de alguna manera se castigaba al agente era obligándole a pagar los daños ocasionados por culpa, pero nada más[159]. Por ello, solo existió el

158 Fernández Cruz, Gastón, "La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de daños", en Espinoza Espinoza, Juan (coord), *Análisis sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 493.

159 Magnus, Ulrich, "Punitive Damages and German Law", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia, 2012, pp. 243: "In a sense, any remedy of damages has the function to punish the liable person by means of money. The liable person must pay for the damage he or she has caused"; Cane, Peter, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 119: "even compensatory damages in tort can be seen as expressing disapproval of and as discouraging certain kinds of tortious conduct"; Cousy, Herman y Dimitri Droshout, "Contributory Negligence under Belgian Law", en Magnus, U. y M. Martín-Casals (eds.), *Unification of Tort Law. Contributory Negligence*, Nueva York: Kluwer Law International, 2004, p. 28: "With regard to the consequences of traffic accidents, the concept of contributory negligence was said to represent the remainder of the originally punitive aim of tort law. The reasoning was that the victim, being partially responsible for its own damage, did not deserve full compensation"; Alpa, Guido, "Le funzioni della responsabilità civile e danni 'punitivi'. Un dibattito sulle recenti sentenza della Suprema Corte di Cassazione", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 4, año XXXIII, 2017, p. 1102: "A proposito delle funzioni della responsabilità civile, si *è* detto che esse sono molteplici, ma essenzialmente si possono ridurre a due: la funzione *risarcitoria*, n base alla quale la vittima deve vedersi reintegrata nella situazione qua ante all'evento dannoso, avere cioè una soddisfazione piena di tutto il danno risentito, e sanzionatoria, nel senso che l'agente, il danneggiante, debbono essere colpiti dalla sanzione per aver commesso un atto illecito dannoso. La sanzione corrisponde grosso modo al risarcimento in forma specifica o al risarcimento in forma equivalente assicurato al danneggiato. Chi cagiona un danno deve ripararlo: l'aspettativa, o la minaccia, di dover riparare *è* dunque un rimedio sufficiente a scoraggiare i soggetti a provocare danni per imprudenza, imperizia, negligenza, o per trarne un profitto".

resarcimiento y no los *punitive damages*. Basta revisar las clásicas obras sobre responsabilidad civil en el *civil law* para notar la ausencia de los *punitive damages*. Esta ausencia fue interpretada como un rechazo expreso de los mismos, los cuales debían permanecer en el *common law* y lejos de Europa.

En cierta manera, como explica de Trazegnies[160], la limitación del monto de la condena compensatoria a los daños efectivos dentro un sistema de responsabilidad por culpa es, en cierto aspecto, contradictoria. Si solo responde alguien que comete el daño con culpa, entonces la culpa debería ser importante al momento de cuantificar la extensión del monto dinerario, pues no es lo mismo alguien que comete el daño con culpa leve que con dolo. Sin embargo, la culpa solo se ha limitado tradicionalmente a definir quién es responsable y no por cuánto.

La ausencia de codificaciones que reconocieran expresamente a los *punitive damages* fue utilizada como la gran ancla en donde los civilistas se apoyaron por mucho tiempo para señalar, cómodamente, que los *punitive damages* no eran aceptados en el *civil law*. En realidad, la conclusión formulada por los civilistas fue precipitada, porque el hecho de que las codificaciones civilistas no reconocieran expresamente a los *punitive damages* no significaba necesariamente que los mismos fueran extraños a Europa.

En el *civil law* existen instituciones civiles de naturaleza punitiva que van más allá de la compensación de los daños (*non-compensatory*) y, por ello, que se asemejan mucho a los *punitive damages*. Incluso en los países en donde no existen los *punitive damages* como tales, se reconoce la existencia de la función punitiva en el resarcimiento[161]. Esta realidad hace que Europa sea un terreno fértil para el desarrollo de los *punitive damages*. El rechazo de los *punitive damages* por parte de una familia

160 De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, vol. IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú,1988, pp. 53 y 54.

161 Franzoni, Massimo, "Quale danno punitivo?", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 4, año XXXIII, 2017, p. 1116.

jurídica repleta de instituciones legales punitivas es una clara muestra de hipocresía legal[162].

Como crítica, MEURKENS afirma lo siguiente:

> [O]ne of the reasons for the non-existence of punitive damages in continental Europe is that it is against legal tradition to attach a punitive function to private law: the civil remedy is inconsistent with the traditional compensatory function of tort law, and there is a fundamental rejection in relation to the public-private divide. But there is something strange about holding on to this argument at all costs when private law does accept other sanctions with a non-compensatory function[163].

Felizmente esta percepción europea antipunición ha empezado a cambiar hacia una más realista.

Existiendo conceptos civiles punitivos en Europa que van más allá de la simple compensación, uno se pregunta ¿por qué en Europa, en donde existe la función punitiva, se siguen negando a los *punitive damages*? En Francia existe el concepto general de *peine privée* (pena privada) que engloba a diversos remedios punitivos como la *amende civile* (multa civil), *astreintes*, *clause pénale* (cláusula penal), *dommage moral* (daño moral), entre otros. De igual manera, en Italia existe el concepto de *pena privata* (pena privada) que engloba a la *clausola penale* (cláusula penal), *danno morale* (daño moral), *danno da lite temeraria* (daño por litigio temerario), entre otros.

Alemania es un sistema jurídico en donde predomina la función compensatoria (*Ausgleichsfunktion*). Si bien desde una "escala punitiva" Alemania no es tan abierta a la sanción privada como lo es Francia y por herencia Italia, tampoco es ajena a la función punitiva (*Straffunktion*) ni al concepto de pena privada (*Privatstrafe*). Alemania tiene a la cláusula penal (*Vertragsstrafe*) y a los defensores de la función punitiva del daño moral (*Schmerzensgeld*). Pero, sobre todo, en la actualidad parece indiscutible la invasión de la función punitiva en el derecho de daños alemán cuando se trata de afectaciones al derecho general a la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*). Si estos son solo algunos ejemplos de la existente función punitiva en Europa, ¿qué pasa con los *punitive damages*? ¿por qué Europa no se muestra más liberal a los *punitive damages*, que, en términos comparados, sería una manifestación más del concepto general de pena privada?

Fue recién en el siglo XXI que Europa experimentó este cambio de pensamiento. Entonces dicho continente se preguntó: ¿la ausencia de

162 VANLEENHOVE, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", en APPERMONT, Niels and Ulrike CERULUS (eds.), *Participatie van de burger in de rechtsorde. Participation du citoyen à l'ordre juridique*, Brugge: Die Keure, 2017, pp. 89 y 90: "When a legal system itself contains punitive-like remedies in private law, it cannot declare punitive damages unenforceable by using the international public policy shield. Member States would be guilty of legal hypocrisy if they were to reject U.S. punitive damages as violating international public policy while at the same time acknowledging or condoning similar instruments in their substantive law"; NAGY, Csongor István, "Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe", en *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, n.° 1, vol. 30, p. 11: "Since civil law legal systems do contain, though to a limited scope and to a limited extent, punitive-like rules, it seems to be hypocritical to argue that any punitive aspect falls foul of their public policy"; BERCH, Jessica J., "The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union", en *Minnesota Journal of International Law*, n.° 1, vol. 19, 2010, p. 78: "when considering whether to enforce U.S. judgments awarding punitive damages, Member States should consider [...] Member States' own increasing use of non-compensatory damages"; KOCH, Bernhard A., "The Experiences in National Legal Systems and the Perspectives of EU Tort Law", en SCHULZE, Reiner (ed.), *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, p. 28: "Most European jurisdictions show at least some punitive elements in their law of delict, as a recent comparative study on the topic shows. However, only few of them acknowledge this openly, the remaining ones emphatically deny it and are therefore experts at repression"; BÜYÜKSAGIS, Erdem; EBERT, Ina; FAIRGRIEVE, Duncan; MEURKENS, Renée y Francesco QUARTA, "Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism", en *European Business Law Journal*, n.° 1, vol. 27, 2016, p. 139; ENGLARD, Izhak, Punitive Damages-A Modern Conundrum of Ancient Origin, en *Journal of European Tort Law*, n.° 1, vol. 3, 2012, p. 6: "In principle, Continental European legal systems disapprove of punitive damages. Nevertheless, in some systems there are hidden practices of awarding damages in specific circumstances that may have a punitive dimension"; VANLEENHOVE, Cedric, "Punitive Damages in the Belgian Perspective", en *European Review of Private Law*, vol. 5, 2018, p. 678: "When a legal system itself contains punitive-like remedies in private law, it cannot declare punitive damages unenforceable by using the international public policy shield. The country would be guilty of legal hypocrisy if it were to reject US punitive damages as violating international public policy while at the same time acknowledging or condoning similar instruments in its substantive law".

163 MEURKENS, Renée Charlotte, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Wolter Kluwer Business, 2014, p. 279.

regulación normativa sobre los *punitive damages* significa que tal concepto es extraño, y, por ende, rechazado por Europa? ¿acaso la sanción privada no existe en Europa? Como dice MEURKENS, hay resistencia pero también interés en los *punitive damages*[164]. Poco a poco Europa experimentó un proceso de sinceramiento y terminó aceptándolos, a pesar de que los mismos no estaban regulados expresamente en alguna norma. Lo más interesante es que el sinceramiento de Europa no se produjo con la modificación de los códigos civiles o con la promulgación de alguna ley especial. La aceptación de los *punitive damages* —ante la ausencia de reconocimiento legal— se dio a través de las reglas del derecho internacional privado con el execuátur.

Las cortes nacionales no tenían la posibilidad de imponer *punitive damages* en las controversias sometidas a su jurisdicción desde que tal castigo no estaba reconocido expresamente en el derecho vigente. Todo castigo se rige por el principio de tipicidad y los *punitive damages* no cumplían con tal requerimiento. Por ello, en el ámbito nacional, estos se estudiaban como algo de lo cual los abogados no tenían que preocuparse. Pero la situación empezó a cambiar en el ámbito internacional. Diversas cortes europeas tuvieron que resolver los pedidos de reconocimiento y ejecución de demandantes que habían obtenido una sentencia americana que imponía *punitive damages*.

Supongamos que una empresa americana demanda en EE. UU. a una empresa italiana y obtiene una condena por *punitive damages*. El demandante tiene la opción de ejecutar la sentencia en EE. UU. o buscar una mejor jurisdicción que le permita cobrar con mayor facilidad la condena. Esto es lo que se llama como *forum shopping*. Si en Italia se

164 MEURKENS, Renée Charlotte, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, ob. cit., pp. 350. Véase también a MEURKENS, Lotte, "Axo vs. Nosa from a Dutch Perspective", en *European Review of Private Law*, vol. 5, 2018, p. 681: "The question how punitive damages are dealt with from a private international law (PIL) perspective receives growing attention throughout Europe. This comes as no surprise, given the increased European interest in the civil sanction. The reason for this interest is twofold: 1) the sanction can complement public enforcement mechanisms by facilitating citizens to privately enforce their rights in several fields, and 2) the sanction can react better (than existing remedies) to intentional, calculative or grave misconduct within civil liability law".

encuentran los principales activos del demandado, entonces es atractivo para el demandante solicitar en Italia el reconocimiento y ejecución de la sentencia americana que impone *punitive damages*[165].

No existe una gran convención o tratado que regule el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras entre EE. UU. y Europa, específicamente, nos referimos a sentencias americanas que busquen reconocimiento en países europeos[166] —por ello, siempre que nos refiramos a sentencias extranjeras se tratará de sentencias americanas—. En 1999 se elaboró el Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, pero dicho borrador no prosperó[167]. En su lugar se publicó The Hague Choice of Court Convention (2005). EE. UU. firmó esta Convención, pero nunca la ratificó.

Incluso en el supuesto que EE. UU. estuviese obligada a la Convención mencionada, debemos tener en cuenta que dicho instrumento internacional tiene un ámbito restringido a efectos de la ejecución de sentencias americanas de *punitive damages* en Europa. La sección 11(1) de la Convención señala como causal para rechazar el reconocimiento y

165 CAMPBELL, Dennis y Dharmendra POPAT, "Enforcing American Money Judgments in the United Kingdom and Germany", en *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 18, 1994, p. 520: "Typically, the judgment creditor files an action in the forum in which the defendant's assets are located and requests that the foreign court execute the domestic judgment against these assets. Most foreign courts are required to examine the procedural and substantive laws that formed the basis for the domestic judgment to determine whether they comport with the foreign country's notion of judicial fairness. If the laws of the domestic forum are considered incompatible, enforcement of the judgment is generally denied as a matter of public policy".

166 VANLEENHOVE, Cedric, "Punitive Damages in the Belgian Perspective", art. cit., p. 677: "There is no treaty between the European Union and the United States arranging for the mutual recognition and enforcement of judgments"; MEURKENS, Lotte, "Axo vs. Nosa from a Dutch Perspective", art. cit., p. 685: "To date, neither the EU nor any of its Member States has a treaty with the US concerning the enforcement of foreign judgments".

167 BRAND, Ronald A., "The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments. A view from the United States", en POCAR, Fausto y Costanza HONORATI (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Milán: Cedam, 2005, pp. 3 y 4; GOTANDA, John Y., "Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?", en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45, 2007, pp. 512 y 513.

ejecución de una sentencia extranjera la imposición de *punitive* o *exemplary damages,* afirmando lo siguiente: "Recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate the party for actual loss or harm suffered". La sección 11(2) complementa señalando lo siguiente: "The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings"[168].

En otras palabras, no se reconocen y ejecutan los *punitive damages* salvo que su monto cumpla una función compensatoria, como ocurre en la compensación de los costos del proceso vía *punitive damages*. Este es un claro reconocimiento a nivel internacional de la función compensatoria en los *punitive damages*.

Un aspecto interesante a tener en cuenta respecto a los tratados internacionales y los *punitive damages* es si estos se encuentran o no dentro del ámbito de aplicación de aquellos. Un claro ejemplo es el caso de Alemania. El Hague Convention on Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (1965) permite a los demandantes americanos que están demandando una empresa alemana en EE. UU., y que están pidiendo una condena por *punitive damages*, solicitar asistencia judicial internacional ante la autoridad central alemana[169]. Para que este pedido sea procedente la materia

168 Al respecto, véase a Gray, Anthony, "Enforcement of Punitive Damages Awards in the Convention on Choice of Court Agreements", en *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, n.° 1, vol. 17, 2009, pp. 107 y108. Una regla similar se encontraba en el art. 33 del Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Al respecto, véase a Brand, Ronald A., "The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments. A view from the United States", art. cit., pp. 10 y 11.

169 Beucher, Klaus y John Sandage, "United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n.° 5, vol. 23, 1991, p. 969; Evros, Jayme y Norbert Bernsdorff, "Strafschadensersatz: algunas reflexiones sobre su ejecución desde el punto de vista teórico y práctico", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, p. 421.

objeto del juicio debe ser civil o comercial. Conforme al art. 1 de tal Convención: "The present Convention shall apply in all cases, in civil or commercial matters, where there is occasion to transmit a judicial or extrajudicial document for service abroad". Entonces el debate se enfocaba en determinar si los *punitive damages*, al cumplir las funciones de sanción y disuasión, podrían considerarse como una materia civil o comercial y no penal.

Esto demuestra la importancia práctica que puede tener en el derecho determinar la naturaleza de los *punitive damages*, lo cual transciende a cualquier debate teórico. Entre los argumentos para rechazarlos en Europa está la supuesta limitación del derecho civil a la compensación, siendo la sanción y punición parte del derecho penal. Bajo tal argumento, la Convención no sería aplicable a los *punitive damages*. Finalmente en 1989 la *Oberlandesgericht* München señaló que para efectos de la Convención los *punitive damages* son de naturaleza civil[170]. Entonces los demandantes americanos pueden solicitar asistencia judicial en Alemania cuando solicitan la imposición de *punitive damages* en EE. UU. contra un demandado alemán.

Ante la inexistencia de un gran tratado que regule el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales americanas en Europa, a diferencia de lo que ocurre con la Convención de Nueva York de 1958 en sede arbitral internacional, el reconocimiento y ejecución de estos fallos judiciales americanos normalmente se regula por la ley del país en donde se busca la ejecución[171]. Tal regulación legal se puede encontrar en el

170 Beucher, Klaus y John Sandage, "United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement", art. cit., p. 979.

171 Vanleenhove, Cedric, "The use of public policy in the enforcement of American punitive damages in the European Union", en De Bruyne, Jan; De Potter De ten Broeck, Michaël y Isabelle Van Hiel (eds.), *Policy within and through law*, Amberes: Maklu, 2015, p. 199: "The European Union nor any of its Member States have concluded a treaty with the United States arranging for the mutual recognition and enforcement of judgments. The Brussels Ibis Regulation does not apply because it only deals with intra-EU judgments. The recognition and enforcement of foreign decisions in the Member States is, therefore, governed by the respective countries' national rules of private international law".

Código Civil (por ejemplo, Código Civil peruano de 1984), en el Código Procesal Civil (por ejemplo, el Code Civil de Procédure francés o el Zivilprozessordnung-ZPO alemán) o en una ley especial (por ejemplo, Ley de Derecho Internacional Privado suizo de 1989).

Como podía esperarse, al principio diversos países europeos se negaron a ejecutar sentencias americanas que condenaron al pago de *punitive damages*. La principal defensa alegada por las cortes europeas fue el orden público (*ordre public*). Sea que esté regulada como un requisito para la ejecución de la sentencia extranjera o como una causal para denegar la ejecución de la misma, la primera respuesta de los civilistas fue que los *punitive damages* vulneraban el orden público de los países europeos.

Alemania ha permanecido como el país que se usa de ejemplo para demostrar el rechazo de los *punitive damages*. Sin embargo, en otros territorios de Europa la posición tomada fue la contraria: Suiza, Grecia, España, Francia e Italia han señalado que los *punitive damages* no son contrarios al orden público nacional o internacional, o, en otras palabras, y como se demuestra de los pronunciamientos de las cortes europeas, que los *punitive damages* no son incompatibles con el derecho interno.

3.1.1. Los punitive damages *como contrarios al orden público*

a) El rechazo de la Bundesgerichtshof

El pronunciamiento más significativo que demuestra el inicial rechazo de los *punitive damages* por vulnerar el orden público nacional fue el emitido en 1992 por la *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema Federal de Alemania) en el caso *John Doe vs. Eckhard Schmitz*. Antes del mismo, la opinión de los comentaristas alemanes era que una sentencia americana que condena al pago de *punitive damages* (*Strafschadensersatz* en la terminología alemana) no podría ser ejecutada en Alemania debido a la incompatibilidad de los *punitive damages* con el orden público alemán[172].

172 Brendscheidt, Michael, "The Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany", en *The International Lawyer*, n.° 2, vol. 11, 1977, pp. 261-276: "It is conceivable that the "penal" character of such judgments may construed as

Esta opinión fue confirmada en 1992 cuando la *Bundesgerichtshof* rechazó la ejecución de *punitive damages* en Alemania por ir en contra del orden público[173]. La California Superior Court (County of Juan

against public policy"; Schütze, Rolf, "The Recognition and Enforcement of American Civil Judgments Containing Punitive Damages in the Federal Republic of Germany", en *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, n.° 3, vol. 11, 1990, pp. 600 y 601: "German law stems from the basic premise that the injured party should be made whole for the damages suffered but should not gain additional advantages from the damaging event".

173 Zekoll, Joachim, "The Enforceability of American Money Judgments Abroad: A Landmark Decision by the German Federal Court of Justice", en *Columbia Journal of Transnational Law*, n.° 3, vol. 30, 1992, pp. 644 y 645: "The entire punitive damage award conflicted with overriding German public policy concerns, and therefore should not be enforced"; Hay, Peter, "The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany-The 1992 Decision of the German Supreme Court", en *The American Journal of Comparative Law*, n.° 3, vol. 40, 1992, p. 746: "The Supreme Court agreed that punitive damages are not criminal penalties but civil remedies; they are "private penalties." Their enforcement, however, would violate German public policy (§328, para. 1, N.° 4 ZPO), because their main purposes are punishment and deterrence"; Campbell, Dennis y Dharmendra Popat, Enforcing American Money Judgments in the United Kingdom and Germany, en *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 18, 1994, pp. 545 y 546: "The issue of punitive damages arose in the sexual misconduct case. This was the first opportunity for a German court to pass judgment on this type of award. The court held that, while a private action involving punitive damages falls within the ambit of a civil and commercial matter, the court rejected enforcement, instead deciding that it would be incompatible with the German principle of proportionality. This settles much of the uncertainty about the status of such damages in German proceedings. The court also concluded that the purpose served by such damages is punishment and deterrence. This is in direct contradiction to German civil damage awards, which aim only to compensate the injured party"; Wegen, Gerhard y James Sherer, "Germany. Federal Court of Justice Decision Concerning the Recognition and Enforcement of U.S. Judgments Awarding Punitive Damages", en *International Legal Materials*, n.° 5, vol. 32, 1993, p. 1322: "In this particular case, the BGH held that the claim for punitive damages was a breach of substantive ordre public pursuant to §328(1) N.° 4 ZPO. An essential principle of German law is the principle of commensurability/reasonableness, which when applied to a claim for damages, entitles the plaintiff to compensation for material and non-material damage suffered as the consequence of a tort. It follows that the plaintiff shall not be enriched beyond such compensation. To do so would be to allow an individual to act as "private public prosecutor" infringing the German state's monopoly on punishment with its associated safeguards"; Fiebig, Andre, "The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments", en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, n.° 3, vol. 22, 1992, p. 645: "The opinion among legal scholars in Germany is that punitive damage awards cannot be enforced in Germany because they violate German *ordre public*"; Wurmnest, Wolfgang, "Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany", en *Berkeley Journal of International Law*, n.° 1, vol. 23, 2005, p. 196: "[...] it is well established that U.S. judgments awarding punitive damages will generally violate the public policy clause"; Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", en *Chicago-Kent Law Review*, n.° 1, vol. 78, 2003, p. 107:

Joaquin) otorgó, en favor de un menor de edad víctima de abuso sexual, tanto daños compensatorios como *punitive damages*. Una vez que el demandado Eckhard Schmitz, quien tenía las nacionalidades americana y alemana, partió hacia Alemania, la víctima buscó ejecutar la sentencia en Alemania, donde se encontraban los activos del demandado. El total del monto de la condena ascendía a $750 260: $150 260 por gastos médicos pasados y futuros, $200 000 por daño moral y $400 000 por *punitive damages*. La corte americana también señaló que el 40 % del total de la sentencia representaba los honorarios de los abogados (*contingent fees*).

La *Landgericht* Düsseldorf (corte de primera instancia) otorgó reconocimiento y ejecución a la sentencia americana contra el demandado en Alemania. En apelación la *Oberlandesgericht* Düsseldorf (corte de segunda instancia) confirmó en parte y reformó en parte, al confirmar la porción por los gastos médicos, pero limitando el monto por daño moral a $70 000 y reduciendo la parte de *punitive damages* a $55 065, al considerar este monto como uno razonable como reembolso en favor de la víctima por el pago de los honorarios de los abogados.

Finalmente, la *Bundesgerichtshof* confirmó solamente la porción por los gastos médicos, pero reformuló el monto por daño moral y *punitive damages*. Se reintegró el monto completo por daño moral ($200 000), pero se rechazó en su totalidad el monto por *punitive damages* al ser incompatible con el orden público alemán[174]. Entre las razones alegadas por la *Bundesgerichtshof* fue que el demandante no debería poder actuar como un *private public prosecutor*[175] desde que el derecho de daños en Alemania solo tiene el propósito de ser compensatorio y no punitivo (lo

"Enforcement of foreign judgments under German law, like under American law, will not be granted if the foreign judgment is contrary to domestic public policy".

174 Baumgartner, Samuel, "How Well Do U.S. Judgments Fare in Europe?", en *The George Washington International Law Review*, n.° 1, vol. 40, 2007, pp. 203 y 204; Zekoll, Joachim, "The Enforceability of American Money Judgments Abroad: A Landmark Decision by the German Federal Court of Justice", art. cit., pp. 644 y 645.

175 Liptak, Adam, "Foreign Courts Wary of U.S. Punitive Damages", en *The Nueva York Times*, Nueva York: 26 de marzo del 2008.

cual corresponde al derecho penal). Esto afecta el monopolio del Estado sobre la penalización. Adicionalmente, el demandado no puede gozar de las garantías procesales que caracterizan a los procesos penales. En otras palabras, la *Bundesgerichtshof* impuso una clara división entre lo civil-penal.

Como explica Bungert, a continuación:

> The prevailing function of punishment and deterrence is obviously contrary to the strictly compensatory German tort law principles that are grounded on restitution in kind (Natural restitution), combined with a limited restitution of nonmaterial losses. The concept of compensation guides German law, which is oriented towards the interest of the victim rather than the Behaviorr of the tortfeasor. Furthermore, German law vests authority to punish exclusively in the government[176].

Si bien la principal función del derecho de daños alemán es la compensación, ello no implica un rechazo a otra función como la disuasión. Sin embargo, a diferencia de lo que señalan los defensores del enfoque económico del derecho de daños[177], la disuasión no es una función autónoma, sino una función secundaria que deriva de la compensación, y, en consecuencia, en búsqueda de prevenir los accidentes no se puede otorgar un monto mayor al daño sufrido. Si bien algunos comentaristas admiten a la disuasión como una función independiente, la misma siempre va ligada a la compensación, pues no se admite la función punitiva y, con ello, la imposición de un monto mayor a los daños sufridos que cumpla tanto una función disuasiva como punitiva aparte de la compensatoria.

176 Bungert, Hartwin, "Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany", en *The International Lawyer*, n.° 4, vol. 27, 1993, p. 1083.

177 Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Heaven: Yale University Press, 1970, pp. 26 y 27; Meurkens, Lotte, "The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia, 2012, p. 44.

Como señalan Martens y Zimmermann, a continuación:

> The german law of damages is based on the principle of complete reparation (Total reparation) and primarily serves to compensate the claimant for his loss suffered: the claimant is to be put in the position in which he would have been [...] Traditionally, functions of damages for pecuniary loss other than compensation are regarded as mere side effects. It is accepted that a claim for damages for pecuniary loss in the law of delict will generally also have a preventive effect. But it is only recently that legal writers recognised prevention as an independent purpose of damages for pecuniary loss. In contrast, retributive punitive damages are said to be foreign to German law and even to be in conflict with the German ordre public[178].

La *Bundesgerichtshof* también se pronunció respecto a la eventual relación de los *punitive damages* con la cláusula penal y el daño moral. La corte alemana señaló que la cláusula penal tenía como fuente el acuerdo entre las partes, y, en este sentido, era irrelevante para el caso en concreto. Adicionalmente, desvinculó a los *punitive damages* de la función de satisfacción (*Genugtuungsfunktion*) que tiene el daño moral en Alemania. El daño moral es compensatorio y sirve para satisfacer los sentimientos heridos de la víctima. Entonces, no tiene la naturaleza penal que caracteriza a los *punitive damages*[179].

Finalmente, y no de menor importancia, la *Bundesgerichtshof*, sin perjuicio de señalar que el concepto mismo de *punitive damages* viola el orden púbico de Alemania, aprovechó la oportunidad para realizar un análisis de proporcionalidad de los *punitive damages*. La corte alemana señaló que la cuantía de los *punitive damages* era excesiva en el caso en concreto al ser mayor a los montos compensatorios (gastos médicos más daño moral). En este sentido, se entiende que se impuso una ratio de

178 Martens, S. y Reinhard Zimmermann, "German", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, pp. 18 y 19.

179 De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", en *University of Western Australia Law Review*, n.° 1,vol. 42, , 2017, pp. 182 y183.

1:1. Eventualmente, si Alemania decide otorgar execuátur a los *punitive damages,* los mismos no serían contrarios al orden público siempre que no sean superiores al monto otorgado por daños compensatorios[180].

b) El pronunciamiento japonés

Además de la sentencia alemana de 1992 también suele citarse un pronunciamiento japonés de 1991 de una corte de Tokyo que luego fue confirmada en 1997 por la Corte Suprema de Japón (Saikō-Saibansho), en donde se concluyó que los *punitive damages* americanos eran incompatibles con el orden público. La mención de ambos pronunciamientos no es coincidencia si recordamos que es muy conocida, en el derecho comparado, la influencia que ha tenido Alemania en diversos sistemas jurídicos, entre ellos, el de Japón[181]. Por ello, se justifica prestar atención y no olvidar al sistema jurídico japonés como representante del *civil law*.

180 Vanleenhove, Cedric, *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 105 y106.

181 Kitagawa, Zentaro, "Introduction: The Identity of Japanese and German civil laws", en Kitagawa, Zentaro y Karl Riesenhuber (eds.), *The Identity of German and Japanese civil law in Comparative Perspective*, Berlín: De Gruyter Recht, 2007, pp. 5 y 6; Shiomi, Yoshio, "Modernization of German civil law and Japanese civil law Interpretation", en Kitagawa, Zentaro y Karl Riesenhuber (eds.), *The Identity of German and Japanese civil law in Comparative Perspective*. Berlín: De Gruyter Recht, 2007, pp. 77 y 78; Kanamori, Shigenari, "German Influences on Japanese Pre-war Constitution and Civil Code", en *European Journal of Law and Economics*, n.° 1, vol. 7, 1999, pp. 93 y 94; Martin, Bernd, *Japan and Germany in the Modern World*, Nueva York: Berghahn Books, 1995, en especial el Segundo capítulo, "Fatal Affinities". The German Role in the Modernisation of Japan in the Early Meiji Period (1868-1895) and its Aftermath, p. 17 y ss.; Lorenzo, Richard, "The Judicial System of Japan", en *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.° 2, vol. 6, pp. 294 y 295; Luney, Percy, "Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan", en *Law and Contemporary Problems*, n.° 2, vol. 52, 1989, p. 148: "What finally emerged in 1898 was a civil code modeled on European code systems including French, German, Swiss, Austrian, and Dutch legal codes. In form and substance, the Japanese were most influenced by French and German Law; and, indeed, the Japanese Civil Code has been described as a selective combination of French and German principles. However, German laws were firmly establishing themselves as the dominant source of influence on Japanese legal thinking. A year later, the Japanese legislature adopted a German-style commercial code"; Kaino, Michiatsu, "Some Introductory Comments on the Historical Background of Japanese civil law", en Dean, Meryll, Japanese *Legal System*, 2.ª ed., Londres: Cavendish Publishing, 2002, p. 110: "At this point, German legal science quite rapidly acquired prestige in Japan. In 1885 the Law School of the Ministry of Justice was transferred to Tokyo Imperial University, and a German Law section was established there in 1887. The government showed open preference for things German, and in a subtle

En *Northcon I vs. Katayama (Northcon I)*[182], la empresa japonesa Mansei Kogyo creó una subsidiaria en EE. UU., Maruman Integrated Circuits (MIC), dedicada a la construcción. El presidente de MIC era Hediki Den Izumi, quien en 1979 celebró un contrato de construcción con la empresa Consortium (propiedad de David Bryant) para la construcción de un parque industrial en Oregón. Se sabía que Izumi no tenía la autoridad para vincular a MIC para este tipo de contratos, de manera que se contactó a Yoshitaka Katayama, presidente de Mansei Kogyo y director de MIC, para que autorizara a Izumi a celebrar el contrato. Confiando en esta autorización, David Bryant obtuvo financiamiento y autorización de varias entidades gubernamentales para la construcción del parque industrial. Posteriormente, Izumi celebró otros contratos con Bryant, algunos por sí mismo y otros en nombre de MIC. En uno de esos contratos se creó un *general partnership* de nombre Northcon I que asumió la obligación de completar el proyecto y, con ocasión de ello, se suscribió un *lease*. Los contratos entre MIC, Northcon I y Consortium se concluyeron en 1980. Paralelamente, Katayama negociaba la venta de MIC al grupo Toshiba Corporation en Japón.

Un mes después MIC despidió a Izumi por haber celebrado contratos sin la autoridad para hacerlo y por haber conspirado con Bryant en la celebración de una serie de contratos para engañar a MIC. En este sentido, MIC demandó a Bryant, Izumi, Consortium y Northcon I

way a favourable climate was created for the Germanization of Japanese culture in general. When the Imperial edict decreeing the establishment of the Diet in 1890 was promulgated, and the government decided that the new constitution would be modelled on the Prussian constitution, the tide finally turned and the influenced of French law was superseded by German Law. As part of this process, the Old Civil Code, which had been opposed by both the German and English schools of jurists, was deferred: a Bill to defer its coming into force until 31 December 1886 was submitted and pushed by the postponement party, and passed by both Houses".

182 Braslow, Norman, "The Recognition and Enforcement of common law Punitive Damages in a civil law System: Some Reflections on the Japanese Experience", en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n.° 2, vol. 16, 1999, pp. 288-294; Jung, Kerry, "How Punitive Damages Awards Affect U.S. Business in the International Arena: The *Northcon I vs. Mansei Kogyo Co.* Decision", en *Wisconsin International Law Journal*, n.° 2, vol. 17, 1999, pp. 490-494; Henderson, Dan, "Comparative Law in the Japanese Courts. Punitive Damages", en *Law in Japan*, vol. 24, 1991, pp. 101-104.

por conspiración y fraude, y solicitó la invalidez del *lease*. Por su parte, Bryant, Consortium y Northcon I contrademandaron alegando que Mansei Kogyo y Katayama indujeron de manera fraudulenta la celebración de los contratos. Los contrademandantes obtuvieron una sentencia a su favor que condenó a Mansei Kogyo y Katayama al pago de $425 251 en daños compensatorios y $1 125 000 por *punitive damages*, los cuales fueron posteriormente confirmados en apelación. Los contrademandantes buscaron la ejecución de tal sentencia en Japón.

El centro de la controversia fue si en Japón se podía reconocer vía execuátur una categoría que no estaba reconocida en el Código Civil de Japón. Esto significaba analizar si la ejecución de una sentencia extranjera que condenaba a *punitive damages* resultaría en una carga intolerable para el orden público (oyake no chitsujo) o las buenas costumbres (zenryo no fuzoku) de Japón. En primera instancia, la Corte señaló que el monto punitivo era muy gravoso para los condenados. En segunda instancia, la Corte señaló que el propósito de los daños extracontractuales es compensar a la víctima y que el castigo está fuera del derecho privado. Finalmente, en 1997 la Corte Suprema de Japón señaló que una sentencia extranjera solo puede ser ejecutada si no contraviene lo dispuesto en el num. 3 de art. 200° del Código Procesal Civil de Japón, el cual señala que la sentencia extranjera no debe ser contraria al orden público o las buenas costumbres de Japón. Para la Corte Suprema, en Japón los daños son compensatorios. El castigo y la prevención son del derecho penal y el derecho administrativo. En conclusión, la parte de la sentencia americana que impuso *punitive damages* fue considerada como contraria al orden público japonés.

c) El cambio de pensamiento en Europa

A pesar de lo señalado tanto en Alemania —el país europeo preferido por los *common lawyers*— como en Japón, esto no representa el sentimiento actual en Europa. Es indiscutible que la dirección a la cual apunta Europa en la actualidad es hacia la admisión de los *punitive damages* vía execuátur, a pesar de que tal concepto no se encuentra expresamente

reconocido en el derecho vigente, como se ha demostrado en Suiza (1989), Grecia (1999), España (2001), Francia (2010) y recientemente en Italia (2017). Este cambio de perspectiva también se ha experimentado en Latinoamérica como representantes del *civil law*, como se evidencia en Argentina (2008) y Perú (2017), siendo el caso peruano uno particular al haberse creado la categoría de los "daños punitivos" vía pleno jurisdiccional. Otro caso interesante a tener en cuenta es el de Quebec, que siendo un sistema mixto influenciado tanto por el *civil law* —principalmente por Francia— y el *common law*, reconoce expresamente en su Civil Code a los *punitive damages*.

El gran obstáculo que tuvieron que superar las cortes nacionales para admitir a los *punitive damages* en sus jurisdicciones fue explicar por qué los mismos no van en contra del orden público. Para ello, de manera retrospectiva, se tuvo en cuenta tres puntos trascendentales.

Primero, algunas cortes europeas emplearon la noción de orden público doméstico mientras que otras la de orden público internacional, siendo la última más restringida que la primera.

Segundo, cuando se pensaba en la compatibilidad de los *punitive damages* con el orden público (nacional o internacional), se decía que los mismos eran *per se* incompatibles. En otras palabras, el concepto mismo de *punitive damages*, que cumple funciones penales en el ámbito civil, era contraria al orden público. Sin embargo, haciendo un análisis de orden público nacional (por ejemplo, Grecia) o internacional (por ejemplo, Francia), las cortes europeas concluyeron que el análisis del orden público como causal de rechazo de los *punitive damages* debe consistir en dos etapas: a) el concepto de *punitive damages* es compatible con el orden público, b) pero no lo es si el monto es desproporcional.

En simple, los *punitive damages* no son *per se* incompatibles con el orden público (nacional o internacional), siempre que sean proporcionales. Así como la Corte Suprema de los EE. UU. reconoció el límite de 9:1 respecto a la ratio entre *punitive damages* y *compensatory damages*, para Francia y Alemania los *punitive damages* son compatibles siempre

que no se supere la ratio de 1:1. Si la condena por daños compensatorios es de $1 millón, para que los *punitive damages* sean compatibles con el orden público (nacional o internacional), esto es, sean considerados proporcionales, no deben superar $1 millón.

Tercero, y la razón más importante, es conocer las funciones que pueden cumplir los *punitive damages* en EE. UU: a) la función punitiva (*punishment*) que busca castigar al causante por encima de los daños efectivos; b) la función disuasiva (*deterrence*) procura evitar que un daño similar vuelva a ocurrir en el futuro; c) la función compensatoria (*compensation*) que pretende suplir las deficiencias del derecho de daños americanos; d) la función "restitutoria"; (*disgorgement*), destinada a extirpar las ganancias ilícitas obtenidas con la comisión del daño; y e) la función de cumplimiento privado de la norma (*private enforcement*) que busca generar incentivos en los privados, con la finalidad de que ellos interpongan demandas y así logren que el derecho se cumpla. Tal vez lo que más llamará la atención a los civilistas es la existencia de la función compensatoria[183]

183 Owen, David, Owen, "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform", en *Villanova Law Review*, n.° 2, vol. 39, 1994, p. 378: "Although it is frequently said that the purpose of punitive damages is to punish the defendant and to deter misbehavior –not to compensate the victim- punitive damages do indeed serve a variety of important compensatory roles [...] such awards serve to reimburse the plaintiff for losses not ordinarily recoverable as compensatory damages, such as actual losses the plaintiff is unable to prove or for which the rules of damages do not provide relief, including and most importantly, the expenses of bringing suit"; Koziol, Helmut, "Punitive Damages-A European Perspective", en *Louisiana Law Review*, n.° 3, vol. 68, 2008, p. 761: "It seems that punitive damages are supposed to replace compensation for immaterial loss"; Wells, Michael, "A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages", en *Louisiana Law Review*, n.° 2, vol. 70, 2010, p. 565: "In *Kemezy vs. Peters*, Judge Richard Posner summarized the pro-punitive damages policy arguments. These awards make up for gaps in the compensatory award [...]"; Nagy, Csongor, "Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe", art. cit., p. 5: "Namely, punitive damages are usually not fully punitive. Although one part of the award may be labelled as punitive by the court of origin, the compensation part normally does not cover all the elements that are compensated in civil law jurisdictions (the attorney's fee, in some cases pre-judgment interest)"; Evros, Jayme y Norbert Bernsdorff, "Strafschadensersatz: algunas reflexiones sobre su ejecución desde el punto de vista teórico y práctico", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, ob. cit., p. 418: "Con todo, la doctrina aprecia también con carácter general en los *punitive damages* un elemento de compensación, si bien de menor relevancia" y pp. 418 y 419, nota

y "restitutoria" (*disgorgement*)[184] en los *punitive damages*, lo cual es claro

3: "La función compensatoria es incluso predominante en algunos Estados (los menos) en los que los *punitive damages* son *actual damages* incrementados por la concurrencia de ciertas circunstancias agravantes. En determinados casos, el montante de los *punitive damages* se limita a satisfacer los gastos del juicio"; Benatti, Francesca, "Incumplimiento del contrato y punitive damages", en Moreno More, César (coord.), *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Lima: Ediciones Legales, 2015, pp. 290 y 291: "[…] estas dos figuras de daños –diferenciadas claramente en teoría y fácilmente distinguibles por sus funciones diversas, una compensatoria y la otra punitiva- tienden a ser utilizadas, a menudo, en hipótesis análogas, y no es raro recurrir a los daños morales para ejercer una función sancionadora o a los *punitive damages* para fines compensatorios […]"; Robin, Guy, "Les Dommages et Intérêts Punitifs dans les Contrats Internationaux", en *RDAI*, vol. 3, 2004, p. 256: "Les dommages et intérêts punitifs ont également leur intérêt dans la mesure où il est parfois difficile d'apprécier le préjudice subi par la victime et, qu'en conséquence, l'allocation de dommages et intérêts compensatoires risque d'être un remède insuffisant dans la réparation d'un préjudice difficile à quantifier, notamment lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice moral ou ayant des causes multiples. Les dommages et intérêts punitifs peuvent ainsi être un remède complémentaire aux dommages et intérêts compensatoires pour essayer d'approcher un degré de réparation qui puisse rétablir la victime, peu ou prou, dans ses droits et ne pas lui laisser supporter une charge indue"; De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", art. cit., p. 186: "Punitive damages in the U.S. can, perhaps surprisingly, serve a compensatory function. The underlying idea is that punitive damages can offer compensation for injuries that were not fully redressed by compensatory damages". Otros autores, reconociendo la función compensatoria de los *punitive damages*, o, en otras palabras, complementaria a los daños compensatorios, se preguntan si los *punitive damages* deberían permitir compensar lo que ya está excluido de los daños compensatorios. Al respecto, véase a Visscher, Louis, "The Law and Economics of Punitive Damages", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia, 2012, p. 474: "Furthermore, if certain types of losses are deliberately excluded from compensatory damages, it is questionable if it would be desirable to include them in punitive damages, because the exclusion then becomes illusory"; Harder, Sirko, *Measuring Damages in the Law of Obligations*, Reino Unido: Hart Publishing, 2010, p. 266.

184 Cane, Peter, *The Anatomy of Tort Law*, ob. cit., p. 114: "There are certain cases in which disgorgement damages may be awarded under the head of "punitive" or "exemplary" damages"; Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., p. 121: "Punitive damages are awarded to fulfill a profit-erasing function"; Court de Fontmichel, Alexandre, "La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français", en *Uniform Law Review*, n.° 4, vol. 10, 2005, p. 737: "Un des moyens de sanctionner efficacement les fautes lucratives est la condamnation du fautif au paiement de dommages-intérêts punitifs"; Vanleenhove, Cedric, "A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional '¡No Pasarán!'", art. cit., p. 356: "In the U.S., punitive damages occasionally serve as compensation for losses that are difficult to prove, for losses that are not covered by other types of damages, or as a means to deprive the defendant of the gains he or she acquired through his or her wrongful behavior".

y no es una novedad entre los comparatistas y *common lawyers*. La función punitiva sigue siendo la principal y típica de los *punitive damages*, siempre que consista en un monto dinerario por encima de los daños efectivos. Como consecuencia de ello, existe una autónoma y fuerte función disuasiva[185].

Las funciones compensatorias y "restitutorias" son secundarias. Sin embargo, en la práctica suelen ser tan importantes que los *punitive damages* pueden terminar siendo principalmente compensatorios o restitutorios, teniendo solo de punitivo la etiqueta. Todo dependerá del caso en concreto, y esto es lo que se evidencia en la jurisprudencia. La relación entre compensación y punición es tan compleja que así como los *punitive damages* tienen hoy un elemento compensatorio, la *lex talionis* (la ley punitiva por excelencia) también tuvo en su momento un elemento compensatorio cuando se dejó de preferir a la venganza en forma específica (ojo por ojo) para que sea sustituida por un monto dinerario que tenía carácter punitivo, pero que también servía para compensar[186].

Entonces, no es correcto ni preciso ver a la relación compensación-punición como algo que es blanco y que no puede ser negro, y viceversa. En realidad, todo es gris. Así como lo punitivo puede tener elementos compensatorios, lo compensatorio puede tener elementos punitivos. La *lex talionis* es uno de los ejemplos más antiguos que reconoce también

185 Nos referimos a una "fuerte" función disuasiva, pues ya no se trata de la función disuasiva como efecto secundario de la función compensatoria, sino de una verdadera función disuasiva que proviene de una sanción.

186 Fish, Morris, "An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 1, vol. 28, 2008, p. 61: "In my view, the compensatory aspect of the *lex talionis* under the Mosaic Code favours its characterization as a measured and proportionate response to punishable conduct by a member of the community. At the very least, it may be seen to have introduced restraint and rationality as the defining features of lawful punishment in place of the unbridled and unchecked vengeance that had earlier prevailed". Véase también a VanDrunen, David, "Natural Law, the Lex Talionis and the Power of the Sword", en *Liberty University Law Review*, n.° 3, vol. 2, 2008, pp. 948-950.

la compensación en la punición, mientras que el ejemplo moderno se encuentra en los *punitive damages*.

3.1.2. Suiza y el reconocimiento de los punitive damages *contra las ganancias ilícitas*

a) Los hechos del caso

En el caso *Trans Container Services (T.C.S.) AG vs. Security Forwarders (S.F.) Inc.* (1989)[187], la Corte Federal de Suiza ejecutó una sentencia americana que impuso *punitive damages* debido a la existencia de figuras jurídicas con carácter punitivo en el Código Suizo de las Obligaciones, entre ellas, la cláusula penal ("clause pénale", "peine conventionnelle" o "Konventionalstrafe") y el enriquecimiento ilícito por uso indebido de la propiedad ajena ("Eingriffskondiktion"). En dicho caso, T.C.S., una empresa suiza de transporte con sede en Basle, celebró un contrato de transporte para trasladar contenedores en nombre de S.F., una empresa de California. S.F. incumplió el pago de la contraprestación y T.C.S demandó en California. S.F. contrademandó pidiendo daños, al señalar que T.C.S de manera fraudulenta se apropió y vendió algunos de los contenedores para obtener ganancias con otros clientes con quienes celebró contratos. La corte de California, aplicando el derecho inglés al ser la ley pactada por las partes, concluyó que T.C.S tenía derecho a la contraprestación, pero no tenía derecho a apropiarse de los contenedores para obtener una ganancia, y, en consecuencia, S.F. tenía derecho al pago de daños.

La corte ordenó a S.F. al pago de $70 8000 en favor de T.C.S, por concepto de contraprestación, y condenó a su vez a T.C.S al pago de $120 600 en daños compensatorios y $50 000 en *punitive damages* para compensar las ganancias ilícitas obtenidas por T.C.S al apropiarse de los contenedores y venderlos. S.F. buscó la ejecución de tal sentencia americana en Basle.

187 Piantino, Yves P., "Recognition and Enforcement of Money Judgments between the United States and Switzerland: An Analysis of the Legal Requirements and Case Law", en *Nueva York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, N.° 1, 1997, pp. 127-128; Piantino, Yves P., "Switzerland's Treatment of U.S. Money Judgments", en *The American Journal of Comparative Law*, n.° 3, vol. 40, 1992, pp. 190 y 191.

La corte suiza reconoció y ejecutó la sentencia en su totalidad. La corte de apelación y la Corte Federal confirmaron la decisión de la Corte de California de justificar la imposición de *punitive damages* para restituir a la víctima las ganancias ilícitas obtenidas por T.C.S., desde que en Suiza también se rechaza el enriquecimiento ilícito. De esta manera, Suiza estuvo de acuerdo con los *punitive damages*, pues en el caso en concreto tal monto no buscó exclusivamente disuadir y castigar, sino también otorgar protección contra el enriquecimiento ilícito. Todo ello pese a que recuperar las ganancias obtenidas puede ser visto como una forma de castigo y una manifestación de la función punitiva.

Utilizar a los *punitive damages* para cumplir esta función no es inusual en el derecho americano, y ello se demuestra en los dos casos más citados sobre el tema. En *Grimshaw vs. Ford Motor* (1981), la Corte de Apelaciones de California calculó la cuantía de los *punitive damages* teniendo en cuenta las ganancias acumuladas por los demandados al no instalar medidas de protección en el carro modelo Ford Pinto. Estas ganancias ilícitas fueron tomadas en cuenta al momento de determinar el monto por *punitive damages*[188]. Lo mismo ocurrió en *Liebeck vs. McDonald's* (1994) en donde el jurado determinó la cuantía de los *punitive damages* ($2,9 millones) en virtud a las ganancias de dos días de venta de café[189]. Siempre nos comentan sobre estos dos casos, pero casi nunca se explica que tales montos etiquetados como *punitive damages* están cumpliendo una importante función "restitutoria" destinada a despojar las ganancias intencionalmente obtenidas con la comisión del daño, y es esto lo que hace más atractivo a los *punitive damages* para un europeo.

b) Los punitive damages *ejecutables en Suiza*

Así como en Suiza se ejecutan los *punitive damages* con función "restitutoria", también se ejecutan las sentencias extranjeras que imponen

188 Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., p. 121.

189 Stout, Hilary, "Not Just a Hot Cup Anymore", en *The New York Times*, New York: 21 de octubre del 2013.

punitive damages y que cumplen una función compensatoria. Hofmann y Kunz explican lo siguiente:

> In particular, Swiss courts have consistently refused to enforce punitive damages awarded by foreign judgments based on the argument that such damages would be contrary to Swiss public order"

Pero aclaran a continuación lo siguiente:

> "a foreign judgment awarding punitive damages can be enforced only insofar as damages would also be compensated under Swiss Law. Accordingly, the enforcement of a judgment also awarding punitive damages is not entirely excluded in Switzerland even if enforcing the full award would constitute a violation of Swiss public order[190].

De esta manera, se reconoce expresamente en Suiza que los *punitive damages* no deben ser rechazados *per se* pues los mismos pueden cumplir las funciones de compensación y "restitución", los cuales no son contrarios al orden público de Suiza. Por ello, comentaristas suizos explican lo siguiente:

> The judgment, including the punitive component, will stand a reasonable chance of recognition and enforcement if it meets the following tests: (A) The purpose of the punitive damages awarded is predominantly the compensation of an actual loss (Augleich) of the plaintiff or the restitution to the plaintiff of the profit unjustly realized by the defendant [...] (B) The amount on the punitive damages must be in reasonable relation (however, not necessarily equal) to the damage or loss actually suffered, or the profit unjustly realised, by a party[191].

Queda pendiente el debate en Suiza respecto a la compatibilidad de los *punitive damages* que sean principalmente punitivos, esto es, que

190 Hofmann, Dieter A. y Oliver M. Kunz, Switzerland, en Doris, Patrick (ed.), *Enforcement of Foreign Judgments 2016*, Londres: Law Business Research, 2015, p. 88.

191 Bernet, Martin y Nicolas Ulmer, "Recognition and Enforcement in Switzerland of US Judgments Containing an Award of Punitive Damages", en *International Business Lawyer*, n.° 6, vol. 22, 1994, p. 273.

no se trate solo de una etiqueta. Los comentaristas consideran que es altamente probable que las cortes suizas rechacen una condena estrictamente punitiva[192].

3.1.3. Grecia y la proporcionalidad de los punitive damages

a) La sesión plenaria

La Sesión Plenaria 17/1999 de la *Aerios Pagos* (Corte Suprema de Grecia)[193] señaló que la ejecución de una sentencia de Texas que impuso *punitive damages* no era *per se* incompatible con el orden público de Grecia. En el derecho de daños de Grecia los daños son siempre compensatorios y solo debe otorgarse a la víctima el monto exacto del daño sufrido en virtud de la regla *restitutio in integrum*. A su vez, se admite que los daños compensatorios cumplan la función de disuadir la comisión de daños, como ocurre en la responsabilidad por culpa. Pero siempre se tiene presente el límite que impide otorgar un monto dinerario mayor al daño real sufrido.

Por este motivo, remedios punitivos como los *punitive damages* son extraños al derecho griego. Sin embargo, los comentaristas han reconocido que un remedio como los *punitive damages*, a pesar de no estar reconocido expresamente en la ley (por ejemplo, el Código Civil griego), no necesariamente será contrario al orden público de Grecia[194].

192 *Loc. cit*: "If the punitive damages are primarily intended to punish a party or to deter it from repeating a certain behavior then there is a substantial risk that the Swiss enforcement judge will determine that the judgment lacks 'civil' character and will refuse recognition on these grounds".

193 Makridou, Kalliopi, "Interpretation and Application of the Nueva York Convention in the Republic of Greece", en Bermann, George A. (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the Nueva York Convention by National Courts*, Nueva York: Springer, 2017, p. 407.

194 Zervogianni, Eleni, "Disgorgement of Profits in Greece", en Hondius, Ewoud y André Janssen (eds.). *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*, Nueva York: Springer, 2015, pp. 233 y 234: "According to the traditional approach, which is still the prevailing one in Greece, the main aim of damages is to compensate the victim. Following the principle of *restitution in integrum* the plaintiff is entitled to full compensation for his (pecuniary) losses, meaning that he should be placed in the position he would have been in, had the damages not occurred [...] This rule, which is primarily meant to protect the victim, sets

Lo interesante de lo señalado por la Corte, y que marca el inicio de una tendencia en el derecho internacional privado, es que la admisión de los *punitive damages* no fue una copia exacta de la versión tradicional americana. Si bien no se rechazó el concepto mismo de *punitive damages* al considerarlo compatible con el orden público de Grecia, sí se señaló que estos solo son compatibles siempre que sean proporcionales. De esta manera, la compatibilidad con el orden público deja de ser un problema de la institución misma para enfocarse en su proporcionalidad.

Como explican los comentaristas griegos:

> The Supreme Court in full bench held, albeit with two dissenting views, that a judgment of a US court by which punitive damages were adjudicated on grounds on contractual liability due to the fact that the debtor fraudulently breach a contract, did not violate national public order and might be declared enforceable in Greece, provided that the 'penal sanction' in favour of the creditor was not excessive[195].

En el caso en concreto el monto por *punitive damages* fue de $1000 en comparación a más de $500 000 en daños compensatorios[196]. En este caso, a diferencia de Suiza, sí estamos ante una verdadera sanción por encima de los daños compensatorios.

at the same time an upper limit on damages, in the sense that these shall not exceed the loss that the victim has actually incurred. The deterrence effect is widely acknowledged, but it is considered a positive side-effect rather than as an aim in itself [...] This is no longer the case when deterrence considerations advocate for the imposition of damages, which exceed the victim's actual loss. Based on the primacy of the compensatory aim of damages, the prevailing opinion objects to this possibility, unless an exception to this rule is explicitly provided by the law. Hence remedies such as punitive damages are considered alien to the Greek legal system, though not per se contrary to the Greek *ordre public*"; Georgiades, Georgios, "Punitive Damages in Europe and the USA: Doctrinal Differences and Practical Convergences", en *RHDI*, vol. 58, 2005, p. 158.

195 Dacoronia, E., "Greece", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, p. 24.

196 Vrellis, Spyridon, *Private International Law in Greece*, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2011, p. 51.

b) La proporcionalidad de las sanciones privadas

Este examen de proporcionalidad de la sanción se fundamenta en el art. 8 de la Declaration of the Rights of Man and the Citizen del 26 de Agosto de 1789, la cual señala que "[t]he penalties laid down by law should only be such as are strictly and manifestly necessary, and no-one may be punished except by virtue of an established law, promulgated before the commission of the offence, and lawfully applied".

Otro instrumento internacional a tener en cuenta respecto a la proporcionalidad de los *punitive damages* es la Regulación Roma II (2007) (Regulation EC N.° 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations). En su art. 32 señala que solo pueden ser considerados como contrarios al orden público los *punitive damages* que sean excesivos, como se afirma a continuación:

> Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. In particular, the application of a provision of the law designated by this Regulation which would have the effect of causing non-compensatory exemplary or punitive damages of an excessive nature to be awarded may, depending on the circumstances of the case and the legal order of the Member State of the court seised, be regarded as being contrary to the public policy (*ordre public*) of the forum.

En otras palabras, solo los *punitive damages* que sean excesivos podrán ser rechazados.

3.1.4. España y el daño moral punitivo

a) El sí del Tribunal Supremo

En *Miller Import Corp. vs. Alabastres Alfredo* (2001)[197], Miller (empresa americana) y Florence (empresa italiana) demandaron en Texas

197 Miller Import Corp. vs. Alabastres Alfredo, S.L., STS, Novs. 13, 2001 (Exequátur N.° 2039/1999)

a Alabastres (empresa española) por el uso no autorizado de propiedad intelectual, por violación de marca registrada y por competencia desleal. Los demandantes obtuvieron un fallo judicial favorable que impuso *punitive damages* y buscaron el reconocimiento y ejecución en España. El demandado señaló que las cortes españolas no ejecutarían dicho fallo americano por vulnerar el orden público de España. El Tribunal Supremo no estuvo de acuerdo y ejecutó el fallo americano de *punitive damages*[198].

El Tribunal Supremo, en solo dos párrafos, señaló cuatro razones fundamentales que explican la admisión de los *punitive damages* y su compatibilidad con el orden público español:

1) Admitió que los montos dinerarios no cumplen exclusivamente una función compensatoria, sino también una punitiva y disuasiva, y, en consecuencia, que es difícil distinguir el componente compensatorio del punitivo en ciertos tipos de daños como el daño moral.
2) Las sanciones no son raras en el derecho sustantivo español, especialmente en el derecho contractual.
3) El derecho español admite cierta superposición entre los conceptos del derecho civil y el derecho penal.
4) Finalmente, el derecho penal es la última ratio y, por ende, se justifica que este tipo de sanción se encuentre en el derecho privado[199].

198 Gotanda, John Y., "Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?", art. cit., pp. 521 y 522; Ramos Romeu, Francisco, "Litigation under the Shadow of an Execuátur: The Spanish Recognition of U.S. Judgments", en *The International Lawyer*, n.° 4, vol. 38, 2004, p. 968.

199 Jablonski, Scott R., "Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts-A Recent Case in the Supreme Court of Spain", en *Journal of Law and Commerce*, n.° 2, vol. 24, 2005, pp. 229 y 230; Cordero Álvarez, Clara Isabel, "Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos", en *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, n.° 21, 2013, p. 274; Alvarez Lata, Natalia, "Are Punitive Damages Incompatible with the Spanish Legal System?", en *European Review of Private Law*, vol. 5, 2018, pp. 700 y 701.

b) El derecho penal es ultima ratio

Para nosotros la razón más importante de las mencionadas, y normalmente poco comentada entre los civilistas, es el principio de necesidad o mínima intervención del derecho penal[200], que incluye los principios de subsidiariedad y fragmentariedad[201]. El Estado solo puede aplicar la sanción penal cuando sea necesaria para resguardar la convivencia social o mantener la democracia y, en este sentido, como explica Villavicencio Terreros:

> Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico [...] Por eso, para que intervenga el derecho penal —junto a sus graves consecuencias— su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales[202].

Por el principio de subsidiariedad el derecho penal es *ultima ratio* o *extrema ratio*, en el sentido que solo debe intervenir cuando las otras ramas del derecho no puedan otorgar una solución adecuada para regular y reprimir las conductas antisociales. En simple, el derecho penal es el último recurso. Como explica Hurtado Pozo, usando un ejemplo de derecho privado:

> [E]n el dominio de la protección del patrimonio, no se reprime penalmente el incumplimiento de un contrato, a pesar de que puede comportar un perjuicio económico importante. La represión está limitada a los ataques más graves o los más insidiosos (estafa, abuso de confianza, robo). Esto significa que el ámbito de infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos ilícitos y, sobre todo, que el de los actos inmorales[203].

200 Quarta, Francesco, *Risarcimento e Sanzione nell'Illecito Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 222-224.

201 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2009, pp. 91-94.

202 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 92 y 93.

203 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte General I*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 46.

Por su parte, el carácter fragmentario del derecho penal significa que el Estado debe recurrir a otros medios antes de ejercer la fuerza a través del derecho penal. Solo cuando el derecho civil, administrativo y otros sean insuficientes o ineficaces será necesario ejercer la amenaza penal. De esta manera se entiende el rol secundario que tiene el derecho penal en relación con las demás ramas del derecho[204].

Así es como se comprende cuál es la aplicación del principio de mínima intervención del derecho penal en relación con la admisión de los *punitive damages* en el derecho privado[205]. Se trata tanto de un aspecto negativo como uno positivo: en negativo, la sanción es típica del derecho penal, pero este solo interviene como *ultima ratio*; mientras que, en positivo, debe preferirse la sanción en el derecho privado porque la intervención del derecho penal es secundaria.

En conclusión, en virtud del principio de *ultima ratio* no se puede argumentar, como suele ocurrir, que la sanción le corresponde exclusivamente al derecho penal y al Estado, pues el derecho penal solo la ejerce de manera secundaria, lo cual implica que debe preferirse a la sanción en el derecho privado, en este caso, a través de los *punitive damages*. Ya decía Calabresi que cuando es muy costoso aplicar la sanción a través del derecho penal (por ejemplo, por problemas de corrupción, que hacen al sistema judicial penal uno más caro) es deseable y eficiente que la sanción se materialice en la responsabilidad extracontractual[206].

Lo mismo se argumentó en el Aggravated, Exemplary and Restitutionary Report (1997) para justificar la extensión del ámbito de aplicación de los *exemplary damages* frente a las deficiencias del derecho penal. El Report inglés señaló lo siguiente:

204 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte General I*, ob. cit., p. 48.

205 Meurkens, Lotte, "Axo vs. Nosa from a Dutch Perspective", art. cit., p. 684: "Punitive damages, as an aspect of civil liability law, can complement criminal law which is in accordance with the criminal law doctrine of minimum intervention".

206 Calabresi, Guido, "The Place of Torts in Law and Economics: The Significance of the Liability Rule", 2012. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=lGnHgn3rvus&pbjreload=10>.

> In general terms, one can regard the gaps as flowing from the fact that the criminal law and criminal process do not work perfectly (and inevitably so). Substantial numbers of consultees considered that exemplary damages do or could have a useful role to play in filling these gaps. They fulfil a practical need. We agree[207].

En esa misma línea, Gallo explica, de manera muy interesante, que durante el siglo xviii empezó una tendencia hacia una reducción progresiva del ámbito de aplicación del derecho penal, debido a la dureza de la sanción penal. Quien no paga sus deudas ya no va a prisión, tampoco quien comete adulterio o es homosexual, ejerce la prostitución, entre otras conductas que antes sí fueron objeto de sanción penal. En este contexto, han surgido nuevos instrumentos legales que complementan al derecho penal. Explica Gallo lo siguiente:

> Tort law can represent an effective substitute of penal law, especifically in the field of the protection of the person and his private life, honour, privacy, and so on. It seems also incontrovertible that in these applications the main functions of tort law become deterrence and punishment, rather than compensation[208].

Los defensores de los *punitive damages* no han perdido de vista este punto, y en efecto, consideran que los *punitive damages*, en su esencia cuasicriminal, son un complemento al derecho penal al ejercer la función punitiva a través del derecho privado, y el derecho privado solo será titular de la función punitiva cuando el derecho penal, por sus propios límites, no pueda ejercerlo. Esto, a su vez, permite descongestionar al sistema penal[209]. La función de complementariedad de los *punitive*

207 English Law Commission. Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages Report. Reino Unido, 1997, p. 5.

208 Gallo, Paolo, *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts* à *Giuseppe Gandolfi*, vol. 3, Milán: Giuffrè, 2004, p. 1433.

209 Tolani, Madeleine, "U.S. Punitive Damages before German Courts: A Comparative Analysis with respect to the Ordre Public", en *Annual Survey of International & Comparative Law*, n.° 1, vol. 17, 2011, p. 206: "Criminal law often times reaches its limitations, while civil sanctions can be more effective because they allow a flexible and fast reaction to the wrong. This would ultimately result in a relief for criminal law".

damages al derecho penal se explicó en el caso *Kink vs. Combs* (1965), en donde la Corte Suprema de Wisconsin explicó que los *punitive damages* tienen el útil efecto de sancionar "types of conduct that though oppressive and hurtful to the individual almost invariably go unpunished by the public prosecutor"[210].

Además, no debemos perder de vista que estamos frente a una sanción de tipo civil, distinta a la penal. Las sanciones penales son más gravosas porque implican la restricción del derecho fundamental a la libertad, mientras que la sanción civil solo condena al pago de un monto de dinero. Es importante internalizar esta distinción, pues es común que se argumente que la función punitiva solo le corresponde al Estado. Lo cual es falaz, debido a que la sanción sigue perteneciendo al Estado en los *punitive damages* desde que son las cortes (el Poder Judicial) quienes aplican la sanción, y no las partes por sí mismas. Incluso, las partes ya tienen la posibilidad de pactar sanciones privadas como la cláusula penal. Si en todo caso las críticas se refieren al uso de la fuerza por parte del Estado, lo cual se materializa con el derecho penal, dicho tipo de sanción sigue manteniéndose dentro del derecho público. La sanción privada no consiste en encarcelamiento, sino en el pago de un monto pecuniario. Entonces, una sanción civil es muy distinta a una sanción penal.

Ya señalaba Rodríguez Tapia, con ocasión de la cláusula penal considerada como pena civil en el derecho español, lo siguiente:

> Esta cláusula tiene el nombre de penal porque pretende agravar las consecuencias del incumplimiento imputable al deudor para este [...] No es penal porque tenga que ver con la jurisdicción penal ni con la libertad del deudor, procediendo el adjetivo empleado más bien de residuos históricos que enlazan con la stipulatio poenae del derecho romano y con las penas privadas de carácter pecuniario[211].

210 Walther, David L. y Thomas A. Plein, "Punitive Damages-A Critical Analysis: Kink vs. Combs", en *Marquette Law Review*, n.° 2, vol. 49, 1965, p. 382; McBride, Nicholas, "Punitive Damages", en Birks, Peter (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford: Clarendon Press, The Society of Public Teachers of Law, 1996, p. 193, nota 57.

211 Rodríguez Tapia, José Miguel, "Sobre la cláusula penal en el Código Civil", en *Anuario de Derecho Civil*, n.° 2, vol. 46, 1993, p. 526.

De la misma manera, otras sanciones civiles como los *punitive damages* no tienen que confundirse con el derecho penal.

c) El daño moral punitivo

Finalmente, no podemos pasar por alto el hecho de que el Tribunal Supremo afirmara que los daños morales tienen un componente punitivo, lo cual se comprende en el contexto y momento en que se emitió la sentencia. En esa época existía un debate sobre la naturaleza del daño moral y el Tribunal Supremo optó por una postura.

La Ley Orgánica N.° 1/1982 del 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen fue la entrada legislativa del daño moral al derecho español. Fue la primera vez que se reconoció la resarcibilidad del daño moral por ley, conforme a los artículos 9.2. c) y 9.3. Al respecto, el art. 9.3 señala lo siguiente:

> La existencia de prejuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuancia de la misma.

Existía un debate respecto a la existencia de la función punitiva en el daño moral, cuando el articulo 9.3 regulaba como criterio para determinar la cuantía del daño "el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma"[212].

Al tenerse presente, al momento de cuantificar al daño moral, el beneficio obtenido por el causante, se empezó a señalar que el daño

212 Atienza Navarro, María L. "Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Revista Boliviana de Derecho*, n.° 15, 2013, p. 229

moral regulado por la ley era en realidad un "daño punitivo" encubierto[213]. Porteriormente, y con la reforma de la Ley Orgánica 5/10 del 22 de junio, se eliminó dicha referencia en el artículo 9.3, pero se colocó otra —similar, pero más interesante en el artículo 9.2.d).

El artículo 9.3 regula los criterios de cuantificación del daño moral, y en su versión original, permitía que el juez pudiera tener en cuenta al beneficio ilícito al momento de cuantificar al daño moral. Por su parte, el artículo 9.2 define cuáles son las medidas que se podrán optar para evitar intromisiones legítimas, entre ellas, la del literal d): "La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos"; mientras que en el literal c) se reconoce como otra medida a "La indemnización de los daños y perjuicios perjudicados".

En otras palabras, además del pago del resarcimiento, procederá en favor del demandante el pago del beneficio obtenido por el demandado. Se trata del reconocimiento de una medida de tutela adicional, que consiste en el pago de un monto extra-compensatorio en favor de la víctima (resarcimiento + benefício ilícito). Así las cosas, queda en evidencia su carácter punitivo. Por ello, se considera que el artículo 9.2.d) es un reconocimiento legal de los *punitive damages* en España.[214]

La sentencia del Tribunal Supremo se emitió en el 2001, esto es, cuando estaba vigente la versión original del artículo 9.3 (que reconocía al beneficio ilícito como criterio de cuantificación). Actualmente, después de la modificación del 2010, es incluso más claro que la función punitiva existe en España.

213 De Pablo Serrano, Alejandro, "La protección del derecho al honor: entre los *punitive damages* del *common law* y el comiso. Consideraciones político-criminales en torno a la reforma del art. 9.2.d) de la LO I/1982", en Pérez Álvarez, Fernando (ed.), *Delito, Pena, Política Criminal y Tecnologías de la Información y la Comunicación en las Modernas Ciencias Penales*, España: Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 217; Macías Castillo, Agustín, "El precio de la intimidad. Reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982", en Llamas Pombo, Eugenio (coord.), *Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, España: Wolters Kluwer, 2006, pp. 192.

214 Llamas Pombo, Eugenio, "Prevención y Reparación, las dos caras del derecho de daños", en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 452-455.

Consideramos que la modificación del 2010 no termina el debate en favor de la posición compensatoria, pues la naturaleza del daño moral es tan compleja que siempre habrá posturas en contra. Lo importante es conocer por qué se señala que el daño moral tiene elementos punitivos y por qué el mismo, en la práctica, tiene una íntima relación con la punición, en especial con los *punitive damages*.

La punición en la responsabilidad civil ya existía desde Roma con la *iniuria* y los delitos privados contra el honor y la reputación. Los daños que no podían cuantificarse en términos económicos no se resarcían, sino se castigaban con la imposición de penas privadas. Es cierto que es común escuchar entre los civilistas que los daños morales cumplen una función compensatoria a pesar de no existir un mercado que sirva de referente para determinar la cuantía del resarcimiento. Pero también es cierto que existe cierta postura —la cual defendemos por ser más realista— que señala como punitivos a los daños morales, o, en todo caso, que cumplen tanto una función compensatoria como punitiva. Explican Von Bar y Drobnig que "thus civil and criminal functions merge wherever the compensation of immaterial losses is intended to give the plaintiff moral satisfaction for the wrong he has suffered"[215].

Por ello no debe parecer extraño que se vincule a los daños morales (o *pain and suffering* para los americanos) con los *punitive damages* y viceversa[216]. El Tribunal Supremo reconoce que el daño moral tiene un componente punitivo porque al momento de determinar la cuantía del daño las cortes suelen tener en cuenta el comportamiento del agente

215 Von Bar, Christian y Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property in Europe. A Comparative Study*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2004, p. 111.

216 Benatti, Francesca, "Incumplimiento del contrato y punitive damages", art. cit., pp. 290 y 291: "En cambio, cuando los *punitive damages* son negados por las cortes, y —esto ocurre generalmente en los casos *first party bad faith breach*— los daños morales son otorgados con más facilidad, bajo la consideración de que ellos sean previsibles, ya que el contrato de seguro no tiene únicamente un objetivo patrimonial. Esto permite evidenciar que, en la práctica, estas dos figuras de daños —diferenciadas claramente en teoría y fácilmente distinguibles por sus funciones diversas, una compensatoria y la otra punitiva— tienden a ser utilizadas, a menudo, en hipótesis análogas, y no es raro recurrir a los daños morales para ejercer una función sancionadora o a los *punitive damages* para fines compensatorios, sobre todo a la luz de los recientes límites jurisprudenciales y legislativos establecidos para ambos".

dañoso. Por ejemplo, se ha reportado que las cortes francesas tienden a inflar la cuantía del *dommage moral* o *préjudice moral* si el comportamiento del dañador fue reprochable[217]. Como dice de manera ilustrativa el jurista francés François Terré:

> Los jueces, sensibles a las consideraciones derivadas de la gravedad de la culpa, lo toman en cuenta a veces para incrementar o disminuir el monto de los daños; si lo toman en sus corazones, sin revelar nada de sus motivos, su decisión no puede ser censurada[218].

En Francia es muy fuerte el principio de la *réparation intégrale* y, por ende, las cortes francesas no pueden otorgar ni más ni menos que los daños reales (*réparer le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage*)[219]. Sin embargo, en la práctica y como explica Terré, los jueces son conscientes de la necesidad de castigar la mala conducta e inflan los montos dinerarios, pero sin señalar esto en sus sentencias, dejando sus motivos en sus corazones para que sus decisiones no sean consideradas como ilegales. Como la cuantificación de los daños es un tema de hecho, las cortes de apelaciones no pueden cuestionar esta evaluación.

De la misma manera, comentaristas italianos señalan que si bien el derecho italiano de daños es compensatorio y no punitivo, se admite la existencia de una posición doctrinal que señala que los daños no patrimoniales pueden tener un componente punitivo, sobre todo si se reconoce que al momento de determinar la cuantía del daño no

217 Vanleenhove, Cedric, "A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional '¡No Pasarán!'", art. cit., p. 374; Calleros, Charles, "Punitive damages, liquidated damages and clauses pénales in contract actions: A comparative analysis of the American Common Law and the French Civil Code", en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, 2006, pp. 98: "A [French] judge might also respond to a particularly egregious tort or breach of contract with a generous damages award that is compensatory in name but arguably includes a covert punitive element".

218 Citado en Court de Fontmichel, Alexandre, "La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français", en *Uniform Law Review*, n.° 4, vol. 10, 2005, p. 741.

219 Borghetti, Jean-Sébastien, "Punitive Damages in France", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, Nueva York: Springer, 2009, p. 55.

patrimonial los jueces suelen tener en cuenta la intención del agente de causar el daño, las ganancias ilícitas obtenidas con ocasión del mismo y el patrimonio del causante[220]. Por ello, Gallo señala en Italia que "in these conditions it is not difficult to arrive at the conclusion that the main function of non patrimonial damages (art. 2059 C.C.) is not compensation, but deterrence and punishment"[221].

En el Perú, De Trazegnies explica lo siguiente:

> A pesar que ni el código de 1936 ni el Código de 1984 admiten directamente la indemnización punitiva, en el Perú ha sucedido —como en Francia e Italia, de acuerdo a lo antes expuesto— que los jueces regulen las indemnizaciones teniendo en cuenta una intención punitiva encubierta[222].

Algo similar se dice en Alemania sobre la noción de satisfacción (*Genugtuung*) respecto al daño moral. La idea es entregar un monto dinerario que permita reemplazar los malos sentimientos por buenos sentimientos, como una especie de satisfacción o apaciguamiento. Sin perjuicio de que en ciertos casos las cortes alemanas hayan tenido en cuenta la gravedad de la conducta del agente e incluso su situación patrimonial para determinar la cuantía del daño moral, la posición

220 Véase a Coggiola, N.; Gardella Tedeschi, B. y M. Graziadei, "Italy", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, pp. 30 y 31: "The principal functions of civil liability for wrongs in Italy are compensation and deterrence. On the other hand, it is not the function of civil laws to punish wrongful conduct and we do not have a separate category of punitive or exemplary damages. The idea that awards compensating non-pecuniary damage could, after all, have a punitive edge is not unheard of, however. Furthermore, in specific cases the judge can take into account the intention to cause harm to establish the amount of damages or the profit made by the wrongdoer, to determine the award (like in the field of environmental law, or in the case of infringement of personality rights by the press)"; Gallo, Paolo, *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts* à *Giuseppe Gandolfi*, ob. cit., p. 1427: "In effect judges in order to quantify the entity of the sum due take in consideration also the gravity of the behaviour, the subjective element (negligence, gross negligence, intention), the enrichment obtained as a consequence of the wrongful behaviour, and the patrimonial condition of the wrongdoer".

221 Gallo, Paolo, *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts* à *Giuseppe Gandolfi*, ob. cit., p. 1429.

222 De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 56.

tradicional y mayoritaria en Alemania considera que tal daño moral es compensatorio y niega, bajo la etiqueta de "compensatorio", lo que es en parte punitivo[223].

Explican Stiefel, Stürner y Stadler lo siguiente:

> Still, the exact subject-matter of that legal redress or satisfaction is highly disputed among German scholars. It might be considered an appeasement of the feeling of justice hurt by the wrongdoing which seems to be a kind of compensation or restitution. But it might as well be considered an expiation involving aspects of social reparation or a penal sanction to prevent further wrongdoing[224].

Somos de la opinión de que la tendencia en el derecho de daños alemán está cambiando hacia una más realista, esto es, hacia el reconocimiento de la función punitiva[225].

La inclusión de estos elementos para determinar la cuantía del daño moral es posible porque en determinados países europeos las respectivas codificaciones no regulan un concepto de daño o un criterio general de cuantificación que permita limitar su alcance y con ello su resarcibilidad. En países de tradición francesa la concepción de daño es amplia y con ello la extensión de su cuantía. El requerimiento jurisprudencial para que un daño sea resarcible en Francia es que sea directo, cierto y

223 Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., pp. 112 y 113: "Courts argue that taking such facts into account is necessary to adequately compensate the victim, thus focusing on the victim instead of the tortfeasor. From this perspective, satisfaction becomes a transmission belt to turn tortfeasor-oriented considerations into victim-oriented considerations and makes compensatory what seems to be punitive".

224 Stiefel, Ernst C., Stürner, Rolf y Astrid Stadler, "The Enforceability of Excessive U.S. Punitive Damage Awards in Germany", en *The American Journal of Comparative Law*, n.° 4, vol. 39, 1991, pp. 794.

225 Sebok, Anthony y Vanessa Wilcox, "Aggravated Damages", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, New York: Springer, 2009, p. 269.

personal (*préjudice direct, certain et personnel*)[226]. Esto es así en Francia porque estamos ante un sistema que no regula supuestos específicos de responsabilidad civil.

El famoso art. 1382 (ahora art. 1240) del Code Civil regula una cláusula general (*maximes générales du droit*), la cual señala que cualquier acto de un hombre que cause un daño a otro obliga a aquel que lo causó por su culpa a compensarlo (*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*). Así es como el juez francés tiene un gran poder y libertad (*pouvoir souverain d'appréciation*) para determinar la procedencia y la extensión del daño en virtud de los criterios que considere pertinentes, entre ellos, la conducta del agente dañador y su patrimonio. El ejemplo contrario, al menos en teoría, se encuentra en Alemania, el cual regula un sistema cerrado y opuesto a la cláusula general del sistema francés, conforme al art. §823(1) del BGB[227].

Es claro que los jueces franceses se encuentran vinculados a la regla de la *réparation intégrale,* y, en consecuencia, solo deberían enfocarse en el daño y no en la conducta del agente. Sin embargo, en la práctica, sobre todo en relación con el *dommage moral* (daño moral), el cual por definición es incuantificable, es complicado para una corte de apelación concluir de manera indiscutible si el juez de primera instancia ha otorgado un monto mayor a los daños compensatorios. Se trata —entonces— de una punición encubierta. Es importante también mencionar que Francia no tiene límites a la resarcibilidad del daño moral como sí existen en otros países, tales

226 Borghetti, J-S., "France", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, p. 25.

227 "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet".

como Alemania (art. §253 BGB[228]), Holanda (arts. 6:95[229] y 6:106[230] del BW-Burgerlijk Wetboek) o Italia (art. 2059 del Codice Civile[231]).

Así es como el daño moral en Francia es particularmente atractivo para los defensores de los *punitive damages*, pues la enorme discrecionalidad que otorga el derecho francés en la práctica ha generado que los jueces franceses no se limiten a evaluar el daño ocurrido, sino que también presten atención y tomen en cuenta la conducta del agente y su patrimonio al momento de cuantificar el daño.

La generalidad del art. 1382 (ahora art. 1240 del Code Civil) también se encuentra en el art. 1902 del Código Civil de España[232], el cual señala que "el que por acción u omisión daña a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". El mismo sistema abierto se encuentra en el derecho peruano cuando en el art. 1969 del

228 "(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.
(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden"

229 "De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft".

230 "1. Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding:
a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen;
b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast;
c. indien het nadeel gelegen is in aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam.
2. Het recht op een vergoeding, als in het vorige lid bedoeld, is niet vatbaar voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of ter zake een vordering in rechte is ingesteld. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken".

231 "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

232 Otero Crespo, Marta, "Punitive Damages under Spanish Law: A Subtle Recognition", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia, 2012, pp. 281 y 282.

Código Civil señala que "aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". De manera similar, el art. 2043 del Codice Civile[233] señala que "cualquier hecho doloso o culposo, que causa un daño injusto a otro, obliga a la persona que ha cometido el hecho a resarcir el daño"[234].

Distinta es la situación en países de influencia alemana como Austria, en donde se aplica el método de la diferencia (*Differenzmethode*)[235], por el cual, para determinar la extensión del daño se debe comparar la actual situación patrimonial de la víctima después del daño con la situación patrimonial de no haber ocurrido el mismo. Dicha teoría también es reconocida en Suiza (*Differenztheorie*)[236], en donde es la regla general para determinar si la víctima ha sufrido un daño o no. En estos países sería difícil que una corte pueda extender la cuantía de los daños para incluir algún componente punitivo. Si bien es cierto que esta regla está pensada para los daños patrimoniales, su sola existencia podría sesgar la extensión del daño moral.

Por otro lado, en Portugal las pérdidas no patrimoniales se estiman en virtud de la equidad, como ocurre en el Perú en virtud del art. 1332 del Código Civil peruano[237]. Pero, a diferencia del caso peruano, el Código Civil de Portugal regula tres criterios legales a tomar en cuenta para determinar la extensión de las pérdidas no patrimoniales, conforme

233 Fernández Cruz, Gastón, "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)", en *Themis 50*, Lima: 2005, p. 247.

234 "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

235 Karner, E., "Austria", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, p. 21.

236 Winiger, B.; Fleury, P.; Fehr, P-E y P. Avramovs, "Switzerland", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, p. 22.

237 "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valorización equitativa".

a los arts. 494[238] y 496, inciso 3[239]: 1) el grado de culpa del agente, 2) la situación económica de las partes, y 3) otras circunstancias relevantes[240]. Estos tres criterios son comúnmente usados en el derecho anglosajón para determinar la extensión de los *punitive damages*[241]. Recordemos que el segundo párrafo de la sección §908 del Restatement (Second) of Torts señala lo siguiente:

> In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant.

Entonces, a mayor culpa del agente, mayor será el reproche y, con ello, mayor la cuantía del castigo. Mientras mayor sea la capacidad económica del agente, mayor será el monto que deberá imponer el juez o jurado para que el agente sienta el castigo y no simplemente lo internalice. Cualquier otra circunstancia relevante también podrá ser tomada en cuenta.

238 "Art. 494-Limitação da indemnização no caso de mera culpa
Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem".

239 "Art. 496-Danos não patrimoniais
[...]
3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior".

240 Pereira, A. y M. Manuel Veloso, "Portugal", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter, 2011, p. 34.

241 Sunstein, Cass, Kahneman, Daniel y David Schkade, "Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)", en *The Yale Law Journal*, n.° 7, vol. 107, 1998, p. 2105; Benatti, Francesca, "Incumplimiento del contrato y punitive damages", art. cit., p. 288: "De manera general, se consideran como elementos relevantes: la intensidad del comportamiento doloso, el eventual costo social, la incidencia de la conducta sobre la colectividad y, finalmente, el posible beneficio obtenido"; Sebok, Anthony, "Punitive Damages in the United States", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, New York: Springer, 2009, p. 185.

Sin perjuicio de que el derecho portugués sea compensatorio, es innegable que el daño no patrimonial tiene un componente punitivo, pues los criterios para determinar la cuantía del mismo son aquellos que se usan para determinar la extensión de los *punitive damages* en el sistema anglosajón.

Es interesante señalar que la gravedad de la conducta del dañador es considerada por los Principles of European Tort Law para cuantificar al daño moral. El art. 10:301 regula los *non-pecuniary damages* y señala en su segundo párrafo lo siguiente:

> In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.

Para algunos esto podría ser considerado como un reconocimiento de los *punitive damages*; para otros, dicha disposición estaría mencionando a los *aggravated damages*. Incluso en este caso existiría aún el componente punitivo, pues se permite tener en cuenta a la gravedad de la conducta del agente al momento de fijar la cuantía de la condena.

Por ello, en un reciente estudio comparado sobre el daño moral en Europa, se explica que "this is why pain and suffering, even though primarily compensatory, have, over the centuries, frequently been used as a backdoor entry-point for non-compensatory functions, including 'hidden punitive damages'"[242].

En EE. UU., tal y como ocurre en Europa, también se discute sobre la verdadera función del *pain and suffering*, pues se ha verificado que el mismo también es punitivo. Cuando estos daños no pecuniarios se cobran en sede extracontractual, debido a la ausencia de un mercado que otorgue un referente objetivo para el precio del dolor, se conside-

242 Büyüksagis; Erdem, Ebert; Ina, Fairgrieve; Duncan; Meurkens, Renée y Francesco Quarta, "Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism", art. cit., p. 142.

ra que los mismos tienen un componente sancionador. Al no existir referentes económicos, al momento de definir la extensión del monto dinerario se suele tener en cuenta la gravedad de la conducta del dañador. Como explica SUNSTEIN, KAHNEMAN y SCHKADE: "And although pain-and-suffering awards are essentially compensatory, there can be little doubt that such awards sometimes reflect jury judgments about the egregiousness of the defendant's Behaviorr. Hence such judgments are likely to have a punitive component"[243].

Solo consideremos algunas condenas americanas por *pain and suffering* en donde no se otorgaron *punitive damages*. En *Lampe vs. Contintental General Tire Inc.* (2001) un jurado de los Ángeles otorgó $41 millones en favor de Cynthia Lampe, quien quedó cuadripléjica por un accidente ocasionado por una falla en el neumático del carro que conducía. En *Brown vs. Berdex* (2002) un jurado de Nueva York otorgó $17 millones en favor de la familia de un mecánico fallecido debido a la exposición a asbestos. En *Evans vs. St. Mary's Hosp. Of Brooklyn* (2001) se otorgó $100 millones en favor de una víctima de negligencia médica[244]. Estos son solo algunos ejemplos que demuestran cómo las condenas por *pain and suffering*, debido a las altas cuantías, son aprovechadas como oportunidades perfectas para castigar a los demandados.

Pero también y muy interesante, así como algunas cortes europeas suelen extender la cuantía del daño moral para incluir componentes punitivos, en EE. UU. también se hace exactamente lo inverso: se toma en cuenta al *pain and suffering* al momento de determinar la cuantía de los *punitive damages*[245]. Como explica LITVINOFF en las siguientes líneas: "It must be said, to conclude, that whenever exemplary damages are allowed, mental suffering is taken into account. The dividing line between moral and exemplary damages is not very distinct"[246].

243 SUNSTEIN, Cass, KAHNEMAN, Daniel y David SCHKADE, "Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)", art. cit., p. 2105.

244 SCHWARTZ, Victor E. y Leah LORBER, "Twisting the Purpose of Pain and Suffering Awards: Turning Compensation into 'Punishment'", en *South Carolina Law Review*, n.° 1, vol. 54, 2002, pp. 64 y 65.

245 SEBOK, Anthony "Punitive Damages in the United States", art. cit., pp. 161-163.

246 LITVINOFF, Saul, "Moral Damages", en *Louisiana Law Review*, n.° 1, vol. 38, 1977, p. 6.

Tradicionalmente, como regla en el derecho contractual anglosajón solo se resarcen pérdidas patrimoniales[247]. Como señalaba LORD DILLON, "where damages fall to be assessed for breach of contract rather than tort it is not permissible to award general damages for frustration, mental distress, injured feelings or annoyance occasioned by the breach"[248]. En este sentido, las pérdidas no patrimoniales se cobran en acciones extracontractuales (*Torts*). Si la víctima quiere cobrar pérdidas patrimoniales con ocasión del incumplimiento de un contrato pero también pérdidas no patrimoniales, podrá cobrar ambos conceptos de daños, pero el primero por *breach of contract* y el segundo por *tortious damaging*[249]. Entonces, la procedencia de los *punitive damages* en el derecho contractual anglosajón es una oportunidad para incluir y compensar a las pérdidas no patrimoniales. Este es un claro ejemplo de cómo los *punitive damages*, a pesar de ser punitivos en su nombre, pueden cumplir una función compensatoria.

Entonces, se entiende y se justifica por qué el Tribunal Supremo de España mencionó a los daños morales para darle la bienvenida a los *punitive damages*. Como explica BEHR, "under a functional approach [...] punitive damages and damages for pain and suffering are specifically interrelated"[250].

247 En el caso del derecho inglés, si bien la posición tradicional es que los daños no pecuniarios no son resarcibles en sede contractual incluso si fueron previsibles, existen pronunciamientos que sí han permitido el cobro de daños no pecuniarios en determinadas circunstancias y han reabierto el debate respecto a la deseabilidad de permitir el cobro de este tipo de daños de manera más general. Véase a TETTENBORN, Andrew, "Non-Pecuniary Loss: the Right Answer, but Bad Reasoning?", en *Journal of Obligations and Remedies*, n.° 2, vol. 2, 2003, pp. 95 y 96; ENONCHONG, Nelson, "Breach of Contract and Damages for Mental Distress", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 4, vol. 16, 1996, p. 618; WONG, Adrian, "Damages for Non-Pecuniary Losses in Contract Law: A New Horizon", en *Singapore Law Review*, vol. 19, 1998, pp. 77-79.

248 TETTENBORN, Andrew, "Non-Pecuniary Loss: the Right Answer, but Bad Reasoning?", art. cit., pp. 95.

249 BLOOMFIELD, Kathryn, "Recovering Nonpecuniary Damages for Breach of Contract under Louisiana Law", en *Louisiana Law Review*, n.° 3, vol. 47, 1987, pp. 545 y 546.

250 BEHR, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., p. 124.

3.1.5. Francia y los punitive damages *contra la* faute lucrative

a) El orden público internacional

En el *leading case* francés *Schlenzka vs. Fountaine Pajot* (2010)[251] se reconoció que los fallos judiciales americanos que imponen *punitive damages* no vulneran necesariamente el orden público internacional siempre que su monto sea proporcional[252]. Según el Code de Procédure Civile, uno de los requisitos para otorgar execuátur es que el fallo judicial no contravenga *"l'ordre public international"* (el orden público internacional) conforme al num. 5 del art. 1520[253]. Lo cual ha sido confirmado en el caso *Cornelissen vs. Société Avianca* (2007) cuando la Corte señaló que tres condiciones debían cumplirse para que un juez francés otorgue execuátur, siendo una de ellas, *"la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure"* (conformidad con el orden público internacional sustantivo y procesal)[254].

251 Cour de Cassation, 1e civs., diciembre 1 del 2010, Bull. civs. I, n.° 1090.

252 Wester-Ouisse, Véronique y Thomas Thiede, "Punitive Damages in France: A New Deal? A Commentary on Cour de Cassation (France), 1st civil chamber, 1 December 2010, case no 1090", en *Journal of European Tort Law*, n.° 1, vol. 3, 2012, p. 115; Janke, Benjamin West y François-Xavier Licari, "Enforcing Punitive Damages Awards in France after Fountaine Pajot", en *The American Journal of Comparative Law*, n.° 3, vol. 60, 2012, p. 791; Licari, François-Xavier, "Prendre les punitive damages au sérieux: propos critiques sur un refus d'accorder l'execuátur à une décision californienne ayant alloué des dommages-intérêts punitifs", en *Journal du Droit International*, vol. 137, 2010, p. 1232; Licari, François-Xavier, "La compatibilité de principe des *punitive damages* avec l'ordre public international: une décision en trompe-l' œil de la Cour de cassation?", en Dalloz, Recueil, *Études et Commentaires*, n.° 6, 10 de febrero del 2011, p. 423; Parker, Matthew, "Changing Tides: The Introduction of Punitive Damages into the French Legal System", en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, n.° 2, vol. 41, 2013, p. 390; Fabre, Nathalie, "Recognition and Enforcement of U.S. Judgments in France-Recent Developments", en *The International Dispute Resolution News*, 2012, p. 9; Fabre, Nathalie, "Enforcement of US Punitive Damages Award in France: Firsts Ruling of The French Court of Cassation in X. vs. Fountaine Pajot", en *International Arbitration Report*, n.° 1, vol. 26, 2011, p. 1; Cannarsa, Michel, "The French Perpective on Punitive Damages", en *European Review of Private Law*, vol. 5, 2018, pp. 668 y 669.

253 "La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international".

254 Wester-Ouisse, Véronique y Thomas Thiede, "Punitive Damages in France: A New Deal? A Commentary on Cour de Cassation (France), 1st civil chamber, 1 December 2010, case no 1090", art. cit., p. 116.

Francia es uno de los países europeos cuya legislación nacional señala expresamente que solo la disconformidad con el orden público internacional podría permitir el rechazo de los *punitive damages*; de esta manera, el orden público doméstico deviene en irrelevante. Esto es interesante, ya que si bien algunas cortes han señalado que el execuátur no debe contravenir su orden público a secas, la referencia al orden público "internacional" restringe el concepto de orden público, pues se trata de la noción de orden público internacional que tiene el país en donde se busca execuátur. Esto último le impide alegar cuestiones nacionalistas, tropicales o raras que tenga un país determinado y que puedan ser usados para oponerse a otros países.

Es importante prestar atención a que por "orden público internacional" se refiere al orden público internacional del país en donde se busca execuátur y no a un verdadero orden público por encima de cualquier nación.

En el derecho internacional se distinguen tres conceptos[255]: 1) orden público doméstico, el orden público del país en donde se busca ejecución, 2) orden público internacional, la noción de orden público internacional que tiene el país donde se busca ejecución, y 3) orden público supranacional, verdadero orden público internacional o incluso orden público mundial, un orden público por encima de todos los países.

Esta distinción resuelve el problema de redacción que tiene la Convención de Nueva York de 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), la cual señala en su art. v(2) (b) que "recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: [...] The recognition and enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country".

255 Dolinger, Jacob, "World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflicts of Laws", en *Texas International Law Journal*, n.° 2, vol. 17, 1982, p. 172; Hunter, Martin y Gui Conde e Silva, "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration", en *The Journal of World Investment*, n.° 3, vol. 4, 2003, p. 367-368; Bullard González, Alfredo, "'No cometerás actos impuros': El orden público y el control judicial del laudo arbitral", en *Themis*, n.° 63, 2013, p. 199.

La norma hace referencia al orden público del país en donde se busca ejecutar el laudo extranjero y en ningún lado hace referencia a la palabra "internacional". Pero, a pesar de tal redacción, los comentaristas han señalado que allí debe entenderse que la Convención hace referencia a la noción de orden público internacional del país en donde se busca ejecución[256], y esta ha sido y es la posición dominante, pues las cortes nacionales no suelen alegar el orden público interno o doméstico para impedir la ejecución de un laudo arbitral extranjero, ya que tienen internalizado que solo pueden alegar su noción de orden público internacional[257].

Este es el motivo por el cual la doctrina prefiere diferenciar, para el derecho comercial, solo entre orden público internacional y orden público doméstico, dejando de lado al orden público supranacional o

256 Lu, May, "The Nueva York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England", en *Arizona Journal of International & Comparative Law*, n.° 3, vol. 23, 2006, p. 774: "According to the *Parsons* court, the public-policy defense should be narrowly construed lest it become a "major loophole in the [Nueva York] Convention's mechanism for enforcement." Therefore, the rule states that "[e]nforcement of foreign arbitral awards may be denied . . . only where enforcement would violate the *forum state's most basic notions of morality and justice.*" Now, U.S. courts use this standard to evaluate public-policy arguments in enforcement cases. Although the *Parsons* decision and its progeny do not provide any explicit guidance regarding what constitutes a "forum state's most basic notions of morality and justice," various U.S. cases have indicated some parameters for the defense. First, the *Parsons* court specifically noted the difference between "national" and "public" policy because reading the public-policy defense to protect national political interests would undermine the value of the Nueva York Convention. An action that violates American public policy does not necessarily violate international public policy. Second, the public policy "must be well defined and dominant." Lastly, the public-policy defense "must be construed in light of the overriding purpose of the [Nueva York] Convention, which is to encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts and to unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced in the signatory countries." These parameters are consistent with the pro-enforcement bias of the Nueva York Convention".

257 Jan van den Berg, Albert, "Nueva York Convention of 1958: Refusals of Enforcement", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, n.° 2, vol. 18, 2007, p. 18: "The public policy defense rarely causes enforcement to be refused. One reason for this is the distinction drawn between domestic and international public policy, for what is considered public policy in domestic relations does not necessarily constitute public policy in international relations. Hence, the number of matters considered as falling under public policy in international cases is smaller than in domestic ones. This distinction is justified by the differing purposes of domestic and international relations, and it is gaining increasing acceptance by the courts in cases falling within the scope of the Nueva York Convention".

verdadero orden público internacional —el cual suele ser aplicable al derecho penal internacional y los derechos humanos[258]—, prefiriéndose a la primera noción para evitar que aspectos nacionalistas se interpongan al desarrollo del arbitraje internacional.

Por ello, cuando se habla del "orden público internacional" no debe entenderse por el orden público supranacional, sino por el orden público internacional del país en donde se busca execuátur[259]. En otras palabras, el concepto de orden público internacional, sin perjuicio de su nombre, es en realidad un concepto nacional[260].

Por ejemplo, algunas cortes nacionales como la Corte di Cassazione de Italia en la Sentencia N.° 16601-2017 (Sezioni Unite), hace referencia al orden público italiano y al orden público internacional. Esta no es una contradicción si entendemos que se está haciendo alusión a la noción de orden público internacional de Italia. Este cambio de noción de orden público a secas hacia el orden público internacional es un cambio jurisprudencial, pues no existe alguna norma jurídica italiana que requiera el estándar del orden público internacional —como sí se requiere en el Code de Procédure Civile—. Es claro que este cambio en el derecho italiano favorece la ejecución de sentencias americanas que imponen *punitive damages*. Algo similar ocurre en el caso español, pues

258 Sobre el concepto de orden público mundial o verdadero orden público internacional, véase a Dolinger, Jacob, "World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflicts of Laws", art. cit., p. 170 y ss.

259 Hunter, Martin y Gui Conde e Silva, "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration", art. cit., pp. 367 y 368: "'International public policy' is a particularly confusing expression. It does not mean, as some might think, that it is "international" in the sense that public international law is international. Pieter Sanders explained that: "... international public policy, according to a general accepted doctrine, is confined to violation of really fundamental conceptions of legal order in the country concerned". This does not add much by way of clarification, except to emphasize that it relates to the legal order *in the country concerned*. The international public policy of one country may not be the same as the international public policy of another country. By contrast, the concept of 'transnational public policy' involves the identification of principles that are commonly recognized by political and legal systems around the world".

260 Vanleenhove, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., p. 89: "International public policy is, despite its name, a purely national concept".

mientras los comentaristas hablan del orden público de España, la sentencia que concedió execuátur nombra al orden público internacional. Nuevamente, se trata de la noción de orden público internacional que tiene España[261].

b) Los hechos del caso

Regresando a la jurisprudencia francesa, la Cour de cassation en *Schlenzka vs. Fountaine Pajot* (2010) señaló expresamente que los *punitive damages* no necesariamente son contrarios al orden público internacional. Al igual que otros sistemas jurídicos europeos, en Francia prima la reparación integral del daño, esto es, la función compensatoria. Como explica Borghetti:

> French courts have constantly stuck to the *réparation intégrale* (full compensation) principle, according to which damages awarded to the plaintiff must compensate the harm he suffered, without his getting any poorer or richer from them. As French lawyers often put it, damages must compensate damage in full, and nothing but the damage (*tout le dommage, mais rien que le dommage*)[262].

A pesar de tal regla reconocida en el derecho de daños francés, y si bien, en el caso en concreto, la Cour de cassation rechazó la ejecución de la sentencia americana, señaló *obiter dicta* que los *punitive damages* no necesariamente son contrarios al orden público internacional de Francia.

Peter Schlenzka y Julie Langhorne compraron un catamarán marqués a Rod Gibbons' Cruising Cats USA, un distribuidor autorizado del productor francés Fountaine Pajot. El barco había sufrido daños

261 De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", art. cit., p. 180: "Unfortunately, courts and scholars sometimes fail to make the appropriate distinction between public policy and the narrower concept of international public policy. More often, they realise the existence of a division but, nevertheless, muddy the waters by also employing the term public policy when referring to international public policy. The terminological confusion, however, does not weaken the messages the national courts want to convey in their respective judgments".

262 Borghetti, J-S., "France", art. cit., p. 26.

derivados de una tormenta mientras estaba amarrado al puerto de La Rochelle, donde fue fabricado. Fountaine Pajot realizó reparaciones superficiales y no avisó a los compradores de estos daños. Después de la venta, los compradores tomaron conocimiento de estos desperfectos.

La California Superior Court (Alameda County) condenó a Fountaine Pajot a pagar $1 391 650,12 por daños compensatorios y $1 460 000 por *punitive damages*, debido a que la conducta del demandado calificó como fraude según la ley de California. Adicionalmente, la Corte americana hizo una excepción respecto a la *American rule* sobre los honorarios legales y permitió el reembolso de $402 084,33 en favor de los demandantes. Finalmente, dicha sentencia americana buscó reconocimiento y ejecución en Francia.

La Cour de cassation señaló que el análisis de compatibilidad de los *punitive damages* con el orden público debe consistir en un análisis de dos etapas. En primer lugar, los *punitive damages* no son contrarios al orden público desde que ya en Francia existen instituciones legales similares que tienen el objetivo de castigar a los privados, como las *clauses pénales*, las *astreintes*[263] o la *amende civile*[264]. Y, en general, todos estos remedios punitivos son manifestaciones del concepto general de *peine privée* (pena privada)[265]. Este concepto evidencia que Francia reconoce abiertamente la función punitiva en el derecho privado. En este sentido, el concepto de *punitive damages* no es *per se* incompatible con el derecho francés.

En segundo lugar, si bien los *punitive damages* no son contrarios al orden público, sí lo son los montos desproporcionales, pues toda sanción

263 Calleros, Charles, "Punitive damages, liquidated damages and clauses pénales in contract actions: A comparative analysis of the American Common Law and the French Civil Code", art. cit., p. 99: "The *astreinte* might be likened to a front-loaded contempt sanction for violation of a court order, or perhaps as a penalty clause of judicial origin".

264 Court de Fontmichel, Alexandre, "La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français", ob. cit., pp. 745: "L'amende civile est une sanction pécuniaire prévue par une loi civile et prononcée par une juridiction civile en cas de violation de certaines règles juridiques limitativement énumérées".

265 Borghetti, Jean-Sébastien, "Punitive Damages in France", art. cit., p. 56; Meurkens, Renée Charlotte, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, ob. cit., pp. 322-326.

—incluso las privadas— debe cumplir con el principio de proporcionalidad. En el caso en concreto se rechazó la sentencia americana, pero se precisó que la razón de ello fue el monto excesivo según el criterio de la Corte. A tales efectos, se señaló que los *punitive damages* son bienvenidos en el derecho francés siempre que cumplan con la ratio 1:1[266], esto es, la cuantía de la condena por *punitive damages* no puede ser mayor al monto que se otorgó por daños compensatorios.

Como resume Vanleenhove con respecto al tema:

> [A]lthough the concept of punitive damages conforms to international public policy; the proportionality of the award is still a rule of international public policy. The centre of the public policy analysis shifts from the incompatibility of the concept of punitive damages itself to an investigation of their amount. The real obstacle for punitive damages under the (international) public policy test is no longer the compensation dogma but rather the distinct issue of excessiveness[267].

c) *Los intentos de incorporar a los* punitive damages *en el Code Civil*

La bienvenida de los *punitive damages* en Francia no ha sido un suceso repentino. Es importante saber que se han elaborado hasta cuatro proyectos para incluir legislativamente en el derecho francés una norma que admita expresamente la autoridad de los jueces para imponer *punitive damages*.

El art. 1371 del Avant-projet de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription del 22 de septiembre del 2005 (Proyecto Catala)[268] señalaba lo siguiente:

266 Vanleenhove, Cedric, *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, ob. cit., pp. 136 y 137; De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", art. cit., pp. 197 y 198.

267 Vanleenhove, Cedric, "The use of public policy in the enforcement of American punitive damages in the European Union", art. cit., p. 215.

268 "L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables". Fauvarque-Cosson, Bénédicte y Denis Mazeaud, "L´avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription", en *Uniform Law Review*, n.° 1, vol. 11, 2006, p. 122 : "D'une part, l'article 1371, s'inspirant des droits nord américains, notamment, retient la technique des dommages-intérêts punitifs dont elle soumet le prononcé à un régime rigoureux. Le juge doit, en effet, constater l'existence d'une faute délibérée, motiver spécialement sa décision et les distinguer, dans sa décision, des dommages-intérêts compensatoires. En outre, de par leur raison d'être (réprimer et non réparer), ces dommages-intérêts ne sont logiquement pas assurables".

> Aquel cuya culpa es manifiestamente deliberada y, en particular, una culpa lucrativa puede ser condenado, además de los daños y perjuicios compensatorios, a los daños y perjuicios punitivos, sobre los cuales el juez tiene la facultad de dirigir una parte al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar dichos daños y perjuicios debe estar especialmente motivada y su monto debe distinguirse claramente de otros daños y perjuicios otorgados a la víctima. Los daños y perjuicios punitivos no son asegurables.

El art. 1371 de Proyecto Catala suele ser comúnmente mencionado en el derecho comparado como una muestra de los esfuerzos en Europa para incorporar a los *punitive damages*. Pero, así como hubo un sector que aplaudió en su momento esta iniciativa, otros prefirieron ser fieles al dogma de la compensación como se señaló en su momento en un reporte emitido por la Chambre de commerce et d'industrie de Paris[269].

El art. 1386-25 de la Proposition de Loi N.° 657 portant Réforme de la Responsabilité Civile del 9 de Julio del 2010 (Proyecto Béteille)[270] señalaba lo siguiente:

269 Kling, Didier, Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP a l'avant-projet "Catala" et propositions d'amendements, 2006, p. 35.

270 "Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires".

> En los casos en que la ley lo dispone expresamente, cuando el daño resulta de una culpa delictual o de un incumplimiento contractual cometido voluntariamente y haya permitido a su autor un enriquecimiento que la sola reparación del daño no es capaz de suprimir, el juez puede condenar al autor del daño, mediante decisión motivada, además de los daños y perjuicios en aplicación del art. 1386-22, a los daños y perjuicios punitivos cuya cantidad no puede exceder el doble de la cantidad de los daños y perjuicios compensatorios.

El art. 54 de Pour une Réforme du Droit de la Responsabilité Civile del 2011 (Proyecto Terré)[271] señalaba lo siguiente:

> Cuando el autor del daño actuó intencionalmente con culpa lucrativa, el juez tendrá la facultad de otorgar, mediante una decisión especialmente motivada, el monto del beneficio obtenido por el demandado en lugar de una compensación por el daño sufrido por el demandante. La parte excedente a la suma que el demandante habría recibido en daños y perjuicios compensatorios no puede ser cubierta por un seguro de responsabilidad civil.

Mientras que el art. 69 del Proyecto Terré[272] señalaba lo siguiente:

> Salvo que se especifique lo contrario, la forma y el monto de la reparación pueden tener solo un significado simbólico.
>
> Cuando el daño es causado por una culpa intencional, el juez puede condenar al autor del mismo, mediante decisión especialmente motivada, a una reparación ejemplar.

271 "Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité".

272 "Sauf disposition particulière, la forme et le montant de la réparation peuvent n'avoir qu'une portée symbolique.
Lorsque le dommage est causé par une faute intentionnelle, le juge peut condamner l'auteur de celle-ci, par une décision spécialement motivée, à une réparation exemplaire"

Es pertinente realizar algunas comparaciones entre los proyectos de reforma mencionados para apreciar cómo los mismos pretendieron regular a los *punitive damages*[273]. En primer lugar, respecto a la conducta reprochable, podemos decir de manera general que todos los proyectos buscan combatir a la *faute lucrative* (culpa lucrativa) a través de los *punitive damages*. El Proyecto Catala hace referencia expresa a una conducta con culpa lucrativa. El Proyecto Béteille no hace referencia expresa, pero de su redacción es claro que la está regulando. El Proyecto Terré prefiere distinguir a la culpa lucrativa (art. 54) (*disgorgement*) del "resarcimiento ejemplar" (art. 69) (*punitive damages*).

En segundo lugar y respecto a la cuantificación de la condena punitiva, existen diferentes parámetros. En el Proyecto Catala queda a discreción del juez determinar la cuantía necesaria para castigar al demandado. En el Proyecto Béteille se propuso *double damages*, por los cuales la cuantía punitiva no puede superar el doble de los daños compensatorios. Este *double damages* no es un múltiplo exacto sino un máximo, esto es, el juez no otorga siempre el doble sino hasta el doble. En el Proyecto Terré, la culpa lucrativa permite cuantificar los daños según los beneficios ilícitos (art. 54) mientras que existe discreción al momento de fijar la cuantía del "resarcimiento ejemplar" (art. 69).

En tercer lugar y respecto a la motivación de la sentencia, todos los proyectos siguen la misma posición. Tanto el Proyecto Catala como el Béteille y el Terré (art. 69) exigían una especial motivación del juez. Esto se requiere porque en el derecho francés los jueces tienen amplia libertad para determinar la cuantía de los daños y no tienen que otorgar razones especiales que justifiquen cómo se llegó a cierto monto dinerario. Esta es la regla respecto a los daños compensatorios, pero respecto a los *punitive damages*, el juez debe justificar especialmente los motivos que lo han llevado a otorgar la condena punitiva y la cuantía respectiva.

273 Mahé, Chantal B.P., "Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia, 2012, p. 259 y ss.

En cuarto lugar y respecto a la distribución de la condena punitiva, no se ha seguido la misma opción. El Proyecto Catala es particularmente interesante, pues regula un *split-recovery* al señalar que una parte de la condena deberá ir en favor del Tesoro del Estado. Así es como Francia pretende superar el enriquecimiento (*windfall*) de la víctima. El juez será el encargado de determinar el porcentaje en el cual dividirá la condena punitiva. Esta distribución no se encuentra ni en el Proyecto Béteille ni en el Proyecto Terré. De allí que el art. 1371 del Proyecto Catala sea el más citado por los americanos, quienes están familiarizados con los *split-recovery statutes*.

Finalmente, el último tema comparativo entre los proyectos es la posibilidad de que las sanciones puedan ser objeto de aseguramiento[274]. El Proyecto Catala señala expresamente que no es posible contratar un seguro contra *punitive damages*. El Proyecto Béteille no se pronuncia al respecto, aunque dicha omisión podría curarse mediante el art. L.113-1 del Code des assurances, la cual dispone que no pueden asegurarse los montos por daños que sean cometidos de manera intencional[275]. El Proyecto Terré sí se pronuncia expresamente en contra de la asegurabilidad del monto que se otorgue por exceso de los daños compensatorios cuando tal monto se haya calculado sobre la base de las ganancias ilícitas (art. 54).

La Ordonnance N.° 2016-13, la cual modificó al Code Civil, no incluyó a los *dommages-intérêts punitifs* (daños y perjuicios punitivos, la nomenclatura francesa para referirse a los *punitive damages*), tal vez influenciada por los tres proyectos fallidos previamente mencionados. Sin perjuicio de ello, es interesante prestar atención al Avant-Projet de

274 Sobre el debate respecto al aseguramiento de los *punitive damages* véase a: Priest, George L., "Insurability and punitive damages", en *Alabama Law Review*, vol. 40, n.° 3, 1989, p. 1009 y ss; Joseph-Ratineau, Yannick, *La Privatisation de la répression pénale*, t. 1, Francia: Connaissances et Savoir, 2017, pp. 462.

275 "Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré".

Loi-Réforme de la Responsabilité Civile del 2016 y al Projet de Réforme de la Responsabilité Civile del 2017, los cuales, si bien no contienen alguna referencia a los *dommages-intérêts punitifs* como ocurría en los tres proyectos fallidos, sí incluyeron un artículo de ámbito general dedicado a la *amende civile* (multa civil). Esta última funcionalmente imita a los *punitive damages* o, para ser más precisos, se trata de *punitive damages* con función "restitutoria".

La *amende civile* es una institución civil de carácter punitivo que ya existe en el derecho francés, pero limitada a ciertos casos como las afectaciones a la competencia, y está destinada a eliminar las ganancias obtenidas por aquel que comete el daño. Se encuentra regulada en leyes especiales y no tiene carácter general. El ejemplo más importante se encuentra en el art. L. 442-6 del Code de commerce, el cual regula en su sección I un listado de conductas anticompetitivas y habilita a las cortes francesas, según la sección III (segundo párrafo), la posibilidad de imponer una multa civil de hasta cinco millones de euros, la cual podría aumentarse bajo determinadas circunstancias[276]. Según Borghetti la *amende civile* se parece a los *punitive damages*, pues ambos castigan conductas ilícitas y dañinas, y son civiles (no penales) y exceden lo necesario para compensar a la víctima[277]. Una regla similar al art. L. 442-6 del Code de commerce se encuentra en el derecho alemán de la libre competencia conforme al art. §34a del Gesetz gegen Wettbewer-

276 "Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en oeuvre. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation".

277 Borghetti, Jean-Sébastien, "Punitive Damages in France", art. cit., p. 61.

bsbeschränkungen, el cual pretende despojar del infractor la ganancia obtenida con la comisión ilícita del daño[278].

Resulta interesante prestar atención al debate doctrinal en Francia respecto a la conveniencia de regular legislativamente a los *dommages-intérêts punitifs* y la función que los mismos podrían cumplir en el derecho francés. A diferencia del *common law*, normalmente en el *civil law* no existe un remedio de fuente legal, autónomo y de carácter general que permita extirpar las ganancias ilícitas que obtiene el dañador con la comisión intencional del daño, a excepción de Holanda. No nos referimos a ganancias accidentales, sino a la intención de cometer un daño porque se conoce que con la comisión del mismo se obtendrá una ganancia derivada. En Francia tanto en materia *délictuelle* como *contractuelle* no existe en el Code Civile un remedio con carácter general que permita corregir lo que se conoce como *faute lucrative*, esto es, una conducta destinada a obtener un lucro con la comisión de un daño[279].

Es interesante notar que, sin perjuicio de que el Draft Common Frame of Reference no reconoció a los *punitive damages*, sí era consciente del problema de la *faute lucrative*. El art. VI-6:101 regula el objetivo y

278 "§ 34a Vorteilsabschöpfung durch Verbände
(1) Wer einen Verstoß im Sinne des § 34 Absatz 1 vorsätzlich begeht und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann von den gemäß § 33 Absatz 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden, soweit nicht die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch Verhängung einer Geldbuße, durch Einziehung von Taterträgen, durch Rückerstattung oder nach § 34 Absatz 1 anordnet.
(2) Auf den Anspruch sind Leistungen anzurechnen, die das Unternehmen auf Grund des Verstoßes erbracht hat. § 34 Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.
(3) Beanspruchen mehrere Gläubiger die Vorteilsabschöpfung, gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.
(4) Die Gläubiger haben dem Bundeskartellamt über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. Sie können vom Bundeskartellamt Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können. Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten wirtschaftlichen Vorteils beschränkt.
(5) Ansprüche nach Absatz 1 verjähren in fünf Jahren. Die §§ 33b und 33h Absatz 6 gelten entsprechend".

279 Court de Fontmichel, Alexandre, La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français, ob. cit., pp. 739-744.

las formas de reparación. Mientras que el párrafo 1 señala que "reparation is to reinstate the person suffering the legally relevant damage in the position that person would have been in had the legally relevant damage not occurred", el párrafo 4 dispone que "as an alternative to reinstatement under paragraph, but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage". Esta alternativa se justifica cuando la ganancia obtenida por el causante sea superior al pago de daños compensatorios.

En esta misma línea, en el derecho holandés se reconoce una norma con carácter general que permite cuantificar el daño en virtud de la ganancia obtenida con la producción del daño. El despojo de las ganancias ilícitas se encuentra reconocida legislativamente en el derecho holandés, pero, a diferencia del derecho francés, con carácter general y en el Código Civil. El art. 6:104 del BW-Burgerlijk Wetboek permite al juez, a pedido de parte, evaluar el daño en base al monto de la ganancia ilícita[280], como se expresa a continuación:

> Si alguien que es responsable frente a otro por un daño extracontractual o por incumplimiento del contrato, ha obtenido una ganancia por el daño extracontractual o el incumplimiento, la Corte podrá, a pedido de parte, estimar el daño en relación al monto de la ganancia o parte de ella.

A efectos de derecho comparado, esta norma holandesa es la más cercana al *disgorgement* anglosajón y, por ende, como indicamos más adelante, es un ejemplo de cómo debe regularse en el *civil law* este tipo de remedio que se basa exclusivamente en la ganancia obtenida (*gain-based remedy*).

280 "Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan".

El problema del benficio ilícito generó una discusión interesante en Francia respecto a la procedencia o no de alguna protección legal contra la *faute lucrative*, pues se comprobó que principios como la *réparation intégrale* eran insuficientes[281] en casos en donde el beneficio obtenido por el dañador era superior a los daños compensatorios. El dañador comete el daño intencionalmente e internalizando el pago del daño compensatorio, pues el beneficio de dañar es mayor. Es conocida la frase "a tort must not pay"[282], esto es, que la comisión de un daño no puede ser rentable para el dañador. Los comentaristas franceses empezaron a percatarse de este problema, pero tenían el obstáculo legal de la *réparation intégrale*, el cual les impedía extender el monto del resarcimiento para incluir en ella las ganancias ilícitas obtenidas por el dañador[283].

Entonces, ante la inexistencia en el derecho francés de un remedio "restitutorio" como el *disgorgement* anglosajón[284], los franceses pensaron en los *punitive damages* como un remedio alternativo que permita imponer un monto dinerario cuya cuantía sea equivalente a las ganancias ilícitas. Por ello, cuando los franceses estudian a los *dommages-intérêts*

281 Demogue, René, "Validity of the Theory of Compensatory Damages", ob. cit. 597: "The theory of ompensatory indemnity is sufficiently strong to survive, but too weak to rule alone".

282 Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., p. 121; Koch, Bernhard A., "The Experiences in National Legal Systems and the Perspectives of EU Tort Law", art. cit., p. 31; Sirena, Pietro, "Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa", en Rivista di Diritto Civile, n.° 6, vol. 52, 2006, pp. 536; Traynor, Michael, "The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions", en *Washington and Lee Law Review*, n.° 3, vol. 68, 2011, p. 901; Weinrib, Ernest J., "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies", en *Chicago Kent-Review*, n.° 1, vol. 78, 2003, p. 73.

283 Rouhette, Thomas, "The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?", en *Defense Counsel Journal*, n.° 4, vol. 74, 2007, pp. 323: "The lower courts therefore strictly observe the full compensation principle and have so far refused to take into consideration "fautes lucratives", a French name for a fault which results in some pecuniary gain for the person who has committed it".

284 Rowan, Solène, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, New York: Oxford University Press, 2012, pp. 155 y 156: "[…] the law of France, does not have gain-based remedies".

punitifs, es usual que se refieran a la *faute lucrative*[285]. La idea es emplear a los *punitive damages* en su función "restitutoria". Precisamente, el art. 1371 del Proyecto Catala, que pretendió introducir a los *punitive damages* en Francia, hace expresa referencia a la *faute lucrative* desde el inicio de su redacción: "L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative" (El autor de una culpa manifiestamente deliberada y, en particular, una culpa lucrativa), al igual como lo hace el Proyecto Terré. El Proyecto Béteille no hizo mención expresa a la *faute lucrative*, pero es indiscutible que dicha norma se propuso para combatirla. Como vemos, siempre se pensó en los *punitive damages* para el problema en concreto de la *faute lucrative*.

Debido al contenido que arrastra la denominación *punitive damages* o *dommages-intérêts punitifs*, el cual asume que la función punitiva está presente en la responsabilidad civil, se ha preferido —dado el fracaso de los proyectos de reforma mencionados— dejar de lado a los *dommages-intérêts punitifs* y regular con carácter general a la *amende civile*. Aunque en la práctica solo se trata de un cambio de nombre, pero no de contenido.

En el capítulo IV-Les Effets de la Responsabilité, sección 1-Principes, subsección 4-L'amende civile del Avant-Projet de Loi-Réforme de la

285 Borghetti, Jean-Sébastien, "Punitive Damages in France", art. cit., p. 68; Robin, Guy. Les Dommages et Intérêts Punitifs dans les Contrats Internationaux. En RDAI, vol. 3, 2004, p. 256; Calciu, Diana, "Les dommages et intérêts punitifs", en *Studia Universitatis Babes-Bolyai Iurisprudentia*, n.° 1vol. 2008, , 2008, p. 152; Fauvarque-Cosson, Bénédicte y Denis Mazeaud (eds.). European Contract Law, ob. cit., pp. 280; De Luca, Stéphanie, *Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain*, Université Panthéon-Assas Paris II, Magistère Juriste d'Affaires-DJCE, Master II Droit des affaires, 2011-2012, p. 38; De Moncuit, Godefroy, *La Faute Lucrative*, Université de Montpellier 1, Centre du Droit de la Consommation et du Marche, Master II Recherche Droit du Marche, 2010-2011, p. 58; Barrière, François, "Non-Compensatory Damages: France under the Influence?", en Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale, n.° 2, 2002, p. 324. En Italia también se ha propuesto aplicar un instituto punitivo, la *pena privata*, frente a los casos en donde el beneficio de ocasionar el daño sea superior al daño compensatorio. Véase a Gallo, Paolo, "Lecture: Pene private e responsabilità civile", en *VI Congreso de Derecho Civil Patrimonial: La responsabilidad civil en la experiencia ítalo-peruana*, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 177. En Perú véase a Geldres Campos, Ricardo, "Los daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional", en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.° 52, Lima : octubre del 2017, pp. 72 y 73.

Responsabilité Civile del 2016 se encuentra el art. 1266[286], por el cual se busca castigar al autor de una *faute lucrative* (culpa lucrativa):

> Cuando el autor del daño deliberadamente actuó con culpa grave, en particular cuando este ha generado una ganancia o una economía para su autor, el juez puede condenarlo, mediante una decisión especialmente motivada, al pago de una multa civil.
> Esta multa es proporcional a la gravedad de la culpa cometida, a las facultades contributivas del autor o a las ganancias que ha obtenido.
> La multa no puede ser superior a los dos millones de euros. Sin embargo, puede alcanzar diez veces la cantidad de ganancias u ahorros realizados.
> Si el responsable es una persona jurídica, la multa puede aumentarse al diez por ciento del monto de la facturación mundial más alta excluyendo los impuestos realizados durante el año fiscal cerrado desde el ejercicio anterior a aquel en que se cometió la culpa.
> Esta multa se usa para financiar un fondo de compensación relacionado con la naturaleza del daño sufrido o, en su defecto, al Tesoro público.

Posteriormente, el Projet de Réforme de la Responsabilité Civile del 2017 señaló en su art. 1266-1[287] lo siguiente:

286 "Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.
Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés.
L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés.
Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.
Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public".

287 "En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.
Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.
L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.
Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

> En materia extracontractual, cuando el autor del daño lo cometió deliberadamente con culpa para obtener una ganancias o economía, el juez puede condenar, a petición de la víctima o el Ministerio Público y mediante una decisión especialmente motivada, al pago de una multa civil.
> Esta multa es proporcional a la gravedad de la culpa cometida, a las facultades contributivas del autor y a los beneficios que ha obtenido de ella.
> La multa no puede ser mayor de diez veces la cantidad de la ganancia obtenida.
> Si el responsable es una persona jurídica, la multa podrá aumentarse hasta el cinco por ciento del volumen de negocios más alta sin impuestos en Francia en uno de los ejercicios cerrados desde el ejercicio anterior al año en que la culpa ha sido cometida.
> Esta multa se usa para financiar un fondo de compensación relacionado con la naturaleza del daño sufrido o, en su defecto, al Tesoro Público.

Esta multa civil, además de cumplir una función punitiva, cumple una clara función "restitutoria" destinada a extirpar del dañador las ganancias obtenidas por la comisión del daño, similar a la interacción entre los *punitive damages* (*punishment*) y el *disgorgement* en el *common law*. En otras palabras, la *amende civile* del art. 1266-1 tiene el objetivo de combatir a la *faute lucrative*, y, en consecuencia, es similar a los *punitive damages* que se quisieron regular en los anteriores proyectos de reforma del Code Civil.

La *amende civile* ya existe en el derecho francés, pero no con carácter general. La intención de la propuesta citada es que la *amende civile* se aplique a todos los supuestos en donde se presente la *faute lucrative.* Y este remedio no es solo "restitutorio" sino punitivo al no enfocarse en el daño sino en las ganancias ilícitas, las cuales por regla superan a los daños compensatorios.

Si bien no existe un remedio general que permita despojar a los dañadores de las ganancias ilícitas obtenidas, existen disposiciones en concreto. Ya hemos citado al art. L. 442-6 del Code de commerce. Otra disposición específica que debemos resaltar es el art. L. 331-1-3

> Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.
> Elle n'est pas assurable".

del Code de propriété intellectuelle el cual señala que al momento de calcular los daños generados por la infracción a la propiedad intelectual, se deberá tomar en cuenta de manera separada al daño emergente, el lucro cesante, el daño inmaterial y a la ganancia ilícita obtenida por el infractor[288]. En resultado, el monto que otorgará la Corte será superior a los daños compensatorios.

La gran diferencia entre el art. L. 442-6 del Code de commerce y art. L. 331-1-3 del Code de propriété intellectuelle es que en el primer caso el monto recaudado no se paga en favor de la víctima —al ser una verdadera multa civil—, mientras que en el segundo caso el monto sí se paga en favor de la víctima. De toda la condena global que se pagará a la víctima, una porción será compensatoria (daño emergente, lucro cesante y daño inmaterial), mientras que la otra porción será punitiva (las ganancias ilícitas).

Según Borghetti, este es un reconocimiento legal expreso de *punitive damages* en Francia:

> [I]t is quite obvious that this provision could be used in such a way that damages paid to the plaintiff could amount to more than the harm suffered. To that extent, these damages could be seen as a legally recognised case of punitive damages. Art. L. 331-1-3 Code de la propriété intellectuelle therefore appears as the first officially recognised occurrence of punitive damages in French law[289].

288 "Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement:
1. Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée;
2. Le préjudice moral causé à cette dernière;
3. Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits.
Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée".

289 Borghetti, Jean-Sébastien, "Punitive Damages in France", art. cit., p. 60.

En el derecho americano las ganancias obtenidas por el agente con la comisión del daño suelen ser restituidas a la víctima vía *punitive damages*[290], que, en el fondo, se trata de la aplicación del *disgorgement* con la etiqueta de *punitive damages*. Como explica Cane, "there are certain cases in which disgorgement damages may be awarded under the head of 'punitive' or 'exemplary' damages"[291]. Nuevamente, la regla es "a tort must not pay".

d) El disgorgement of profits *del common law*

> *This Court never allows a man to make profit by a wrong*
> *Lord Hatherly*
> *Jegon vs. Vivian (1870-1871)*

El problema del enriquecimiento ha merecido mayor atención en el *common law* que en el *civil law*. Esto se puede evidenciar cuando pensamos en el máximo exponente del derecho de la restitución en Europa, esto es, el enriquecimiento sin causa. Tradicionalmente, el enriquecimiento sin causa procede de manera residual, es decir, cuando no procede otra acción civil, y necesariamente vincula el enriquecimiento del demandado al empobrecimiento del demandante.

En el *common law* también existe el *unjust enrichment* que, a efectos comparativos, funciona como lo hace el enriquecimiento sin causa. Pero, además, también existe el *disgorgement of profits*[292]. Para hablar del

290 Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., p. 121: "Punitive damages are awarded to fulfill a profit-erasing function. Wrong must not pay. Thus, even if the plaintiff suffered no or minimal loss, the wrongdoer should not profit from his wrongful act. Punitive damages may take away any profits derived from the wrongful conduct".

291 Cane, Peter, *The Anatomy of Tort Law*, ob. cit., p. 114.

292 Ripstein, Arthur, *Private Wrongs*, Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 258: "Your right to your property is the right to determine the purposes for which it will be used, and so, as against others, you are entitled to the usefulness of your property. That is why, if somebody damages your property so that you are unable to use it, you are entitled to the profits you would have gained during the period that it was unusable. Conversely, if someone else uses it without your authorization, you are entitled to the profits of that use also, because all uses of

disgorgement es necesario realizar algunas precisiones terminológicas dentro del *common law*. Al igual que el enriquecimiento sin causa es parte de la tutela restitutoria, el *unjust enrichment* es parte del derecho de *restitution*. El corazón del enriquecimiento sin causa o el *unjust enrichment* se encuentra en la reversión de una transferencia de riqueza, que es reversible porque no tiene justificación. Al tratarse de una transferencia de riqueza reversible, su objetivo es el reequilibrio económico. Por ello, esta reversión se produce a través de la restitución de la riqueza[293].

Cuando se habla de la restitución en sentido estricto, se parte de la premisa de que el demandante le exige al demandado que le devuelva algo que él ya tenía (*give back*). Un claro ejemplo es el pago indebido. Alguien que paga por error, puede pedir la devolución de lo pagado, entonces el supuesto acreedor devuelve el dinero a quien realizó el pago. Por otro lado, en el enriquecimiento ilícito el empobrecimiento debe vincularse causalmente a un enriquecimiento, pues se entiende que alguien gana a expensas de otro. Entiéndase, uno gana 100 porque otro ha perdido 100. El reequilibrio patrimonial se logra cuando el monto de 100 es devuelto —entiéndase, restituido— por el enriquecido en favor del empobrecido. Estos son casos de *restitutionary remedies* o *restitutionary damages*[294].

Por el contrario, el *disgorgement* no es una restitución propiamente dicha. Si bien es cierto que el *disgorgement* también se enfoca en el beneficio obtenido al igual que en el *restitution*, dicho beneficio no proviene del demandante. Este beneficio se obtiene de otras fuentes[295]. Piénsese de

your property are yours". A nuestro conocimiento, en el Perú el *disgorgement* ha sido totalmente ignorado, salvo los aportes de Renzo Saavedra Velazco, Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Véase a: Saavedra Velazco, Renzo. Responsabilidad por Lesión del Derecho de Autor. Algunas Consideraciones Preliminares. En Derecho & Sociedad, n.° 34, 2010, pp. 259, nota 43; Saavedra Velazco, Renzo. Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible? ob. cit., pp. 252.

293 Burrows, Andrew, *The Law of Restitution*, 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 4.

294 Para una discusión sobre el concepto de *restitutionary damages*, véase a: Tilbury, Michael. Restitutionary Damages, ob. cit., pp. 6-7.

295 Farnsworth, E. Allan, "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract", en *Yale Law Journal*, n.° 6, vol. 94, 1985, p. 1342.

aquel periodista que toma fotos a una persona famosa sin autorización y luego las publica en una conocida revista. El periodista ganará por el mayor número de ventas de las revistas, pero este beneficio no proviene de la víctima. El ingreso proviene de aquellas personas que compran las revistas. Seguramente el periodista será condenado a pagar los daños compensatorios, pero no tendrá que restituir a la víctima los beneficios obtenidos por mayores ventas. Es en este contexto en donde se utiliza el término *disgorgement* para hacer referencia al despojo o extirpación (*give up*) de las ganancias ilícitas obtenidas por la comisión de un daño.

Entonces, *restitution* no es lo mismo que *disgorgement*. El *restitution* consiste en la reversión de una transferencia de riqueza —típicamente, el enriquecimiento sin causa—, mientras que el *disgorgement* busca extirpar la ganancia obtenida por la comisión de una conducta ilícita. Si bien ambos se enfocan en el beneficio obtenido por el demandado, se diferencian en que en el *restitution* la ganancia proviene necesariamente del demandante (*give back*), mientras que en el *disgorgement* la ganancia no sale del patrimonio del demandante, sino que se obtiene de otras fuentes (*give up*)[296].

De allí que se considere que el *disgorgement* cumple una función preventiva y punitiva, pues su objetivo es evitar que las personas cometan actividades ilícitas en donde el daño ocasionado sea menor al beneficio obtenido. En estos casos, el dañador comete intencionalmente el daño (*conscious wrondoing*), pues sabe que incluso si llega a ser condenado a pagar los daños compensatorios, podrá internalizarlos si el beneficio es mayor. Si dañar me cuesta 100, pero con ello obtengo un beneficio de 1000, me quedan 900. Entonces ocasiono el daño y pago voluntariamente la compensación respectiva.

A pesar de esta diferencia fundamental entre *restitution* y *disgorgement*, a veces el término *restitution* es usado de manera general para

296 Edelman, James, *Gain-Based Damages*, Oregon: Hart Publishing, 2002, p. 1. Peter Birks reconoce que no es lo mismo *give back* que *give up*. Sin embargo, usa el término *restitution* para englobar a ambos. Birks, Peter, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 12.

referirse tanto al *unjust enrichment* como al *disgorgement*. Esto genera una grave confusión dentro del derecho de *restitution*[297]. Explica Kull, el *reporter* del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, lo siguiente:

> The unusual obscurity of this part of the legal map is due to the convergence of a number of difficulties, each of them confusing in its own right. Not the least of them is the fatal equivocation of the word "restitution", which sometimes refers to a liability based on unjust enrichment and sometimes refers to something else[298].

Y, así como se habla de *restitution* cuando se describe al *disgorgement* (como si el *disgorgement* fuera un supuesto de *restitution*), también se habla de *disgorgement* cuando se describe cómo opera el *unjust enrichment* ("a party who unjustifiably enriches himself at the expense of another owes a duty to pay a sum of money that will disgorge the enrichment"[299]).

Sin perjuicio del uso indistinto de estos términos, el *restitution* y el *disgorgement* son distintos conceptualmente en el sistema anglojasón. Estando claro que el *disgorgement* es diferente al *unjust enrichment*, resulta evidente que el *disgorgement* como tal no existe en el *civil law*. En un interesante estudio dirigido por Ewoud Hondius y André Janssen, se recopilaron informes nacionales emitidos por especialistas en derecho de daños, quienes explicaron si en su derecho nacional existía el *disgorgement of profits* o algo similar. Luego de revisar todos los informes nacionales (Alemania, Austria, Francia, España, Bélgica, Italia, Portugal, Canadá, China, Japón, entre otros), Hondius y Janssen concluyeron lo siguiente:

297 Smith, Lionel, "The Province of the Law of Restitution", en *The Canadian Bar Review*, n.° 4, vol. 71, 1992, p. 699: "The point is that clarity in analysis requires a technical language of sufficient power to distinguish and describe all relevant ideas. And that is what is missing from the province of the law of restitution".

298 Kull, Andrew, "Disgorgement for Breach, the 'Restitution Interest', and the Restatement of Contracts", en *Texas Law Review*, n.° 7, vol. 79, 2001, p. 2027.

299 Rogers, James Steven, "Restitution for wrongs and the Restatement (Third) of the Law of Restitution and Unjust Enrichment", en *Wake Forest Law Review*, n.° 1, vol. 42, 2007, p. 57.

> Despite the many efforts towards preventing and disgorging unlawful profits, either through the (partial) use of disgorgement damages or through corresponding functional equivalents, the majority of the national reporters have criticized the inefficiency of their own legal system. In this context there was often criticism that no coherent theory, or at least a uniform understanding of disgorgement damages has emerged[300].

Al distinguir al *disgorgement* del *restitution*, podemos apreciar que el primero es estrictamente *gain-based*, es decir, se enfoca exclusivamente en el beneficio y no requiere vinculación alguna con un respectivo empobrecimiento. En términos comparados, si bien tanto el *disgorgement* del *common law* como el enriquecimiento sin causa del *civil law* se enfocan en el beneficio obtenido por el demandado, el primero tiene un mayor ámbito de aplicación, pues no está sujeto a un correspectivo empobrecimiento.

Otra ventaja que debemos resaltar del *disgorgement* frente al enriquecimiento sin causa es que el primero es un remedio autónomo que se ejerce a elección del demandante. Es tradicional en el *civil law* que la acción por enriquecimiento sin causa proceda cuando no exista otra acción satisfactoria[301]. Por el contrario, en el *common law* el *disgorgement* se ejerce a elección de la víctima que sufre el daño.

En el ámbito extracontractual, es parte del derecho de *restitution* el *restitution for wrongs* que en realidad, más que ser un *restitution* propiamente dicho, se trata de un *disgorgement*[302] —nuevamente, se usa el término *restitution* de manera amplia—. En estos casos, en donde procede el *restitution for wrongs*, el demandante tiene la posibilidad de solicitar el pago del beneficio obtenido en lugar del pago de daños. Esto se conoce

300 Hondius, Ewoud y André Janssen, "Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World", en Hondius, Ewoud y André Janssen (eds.), *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*, Nueva York: Springer, 2015, p. 499.

301 En el Perú véase a Geldres Campos, Ricardo, "Hacia una interpretación finalista del art. 1955 del Código Civil peruano", en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.° 66, 2018, p. 113 y ss.

302 Smith, Lionel, "The Province of the Law of Restitution", art. cit., pp. 694 y 695.

como *waiver of tort*[303], es decir, la víctima rechaza solicitar daños compensatorios y, en su lugar, solicita que se le pague el beneficio obtenido por el demandado. Esta elección no está supeditada a la residualidad que caracteriza al enriquecimiento sin causa. Como señala el comentario c) a la sección §3 del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment: "'inadecuacy of a remedy at law' is not a requirement of a claim in restitution to disgorgement of wrongful gain". Esta regla general tiene una excepción en el ámbito contractual, pues la sección §39(1) sí supedita el *disgorgement* a la falta de idoneidad del remedio compensatorio[304].

Si tuviéramos que resumir las principales características del *disgorgement* serían las siguientes: 1) gira en torno al dañador (*wrongdoer*) y no a la víctima, 2) pues se enfoca estrictamente en la ganancia obtenida (*gain-based*) y no en el daño ocasionado (*harm-based*), 3) dicho beneficio no proviene de la víctima, sino de cualquier otra fuente, y por ello es distinto a la restitución, 4) El verdadero *disgorgement* representa un monto superior al que se otorgaría por daños compensatorios, y 5) recae en la víctima la elección de optar por el *disgorgement*, pues la misma es una alternativa a los daños compensatorios. En este sentido, 6) el *disgorgement* es un remedio autónomo y con alcance general.

Ahora, tal vez la principal advertencia que debemos hacer cuando hablamos del *disgorgement* en el derecho comparado es que debemos diferenciar entre el verdadero *disgorgement* (el que es superior a los daños compensatorios), de aquel que se usa como método de valuación de los daños compensatorios cuando estos son difíciles de cuantificar.

303 Birks, Peter, *An Introduction to the Law of Restitution*, ob. cit., pp. 316 y 317; Fridman, G. H. L., "Waiver of Tort", en *The Modern Law Review*, n.° 1, vol. 18, 1955, p. 2: "But "waiver of tort" is not really "waiver" at all, if that word is taken to mean the foregoing of one's right of action. For the plaintiff does not forgive and forget the wrong done to him. For the expression really means that the plaintiff gives up his right to sue in *tort* and instead elects to pursue a different remedy. In the old law that remedy was the action of *indebitatus assumpsit* for money had and received; in modern law it is a claim against the defendant for the amount by which he has unjustly enriched himself at the plaintiff's expense".

304 "If a deliberate breach of contract results in profit to the defaulting promisor and the available damage remedy affords inadequate protection to the promisee's contractual entitlement, the promisee has a claim to restitution of the profit realized by the promisor as a result of the breach. Restitution by the rule of this section is an alternative to a remedy in damages".

El verdadero *disgorgement* es aquel remedio autónomo y alternativo a los daños compensatorios, y que se ejerce precisamente cuando la ganancia es mayor a los daños. Esta opción desincentiva la búsqueda de ganancias ilícitas, pues el dañador sabrá que la víctima podrá optar por solicitar daños o la ganancia obtenida. La principal razón económica para que la víctima solicite el beneficio en lugar del daño es cuando el beneficio es mayor. Así se produce un verdadero efecto *deterrence*, pues el dañador no puede deducir el daño del beneficio ilícito.

Por el contrario, existen otros casos en donde se admite que el daño sea calculado en virtud a las ganancias ilícitas obtenidas. Esto se justifica cuando es difícil cuantificar el monto del daño real. Pensemos en las infracciones a la libre competencia o a la propiedad intelectual. Tal vez el caso más interesante se presenta en el derecho alemán de la propiedad intelectual, conforme al art. §97(2) del Urheberrechtsgesetz (UrhG), en donde se reconoce tres métodos para calcular los daños por infracciones a la propiedad intelectual: 1) probar el daño real, 2) otorgar por daños compensatorios el monto dinerario que hubiera pagado el infractor de haber negociado una licencia (*license fee damages*), o alternativamente 3) otorgar daños compensatorios con base en la ganancia ilícita obtenida por la infracción (*disgorgement damages*)[305].

305 "(1) Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht auch dann, wenn eine Zuwiderhandlung erstmalig droht.
(2) Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte. Urheber, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70), Lichtbildner (§ 72) und ausübende Künstler (§ 73) können auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit dies der Billigkeit entspricht". Véase también a Jansen, Nils y Lukas Rademacher, "Punitive Damages in Germany", en Koziol, Helmut y Vanessa

Disposiciones similares al art. §97(2) del Urheberrechtsgesetz (UrhG) se encuentran en Francia en el art. L. 331-1-3 del Code de propriété intellectuelle, en Italia en el art. 125 del Codice della Proprietà Industriale[306], y en Holanda en el art. 27(a) del Auteurswet (*copyright*)[307] y el art. 70(5) del Rijksoctrooiwet (patentes)[308].

Cabe mencionar que, en la Unión Europea, la Directiva 2004/48 on the enforcement of intellectual property rights, señala en su art. 13(1)(a) lo siguiente:

> Member States shall ensure that the competent judicial authorities, on application of the injured party, order the infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in an infringing activity, to pay the rightholder damages appropriate to the actual prejudice suffered by him/her as a result of the infringement. When the judicial authorities set the damages: (a) they shall take into account all appropriate aspects, such as [...] any unfair profits made by the infringer.

Finalmente, el Draft Common Frame of Reference señala en su art. 6:101(4) lo siguiente:

> [A]s an alternative to reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage[309].

¿Por qué existen estos métodos de cuantificación frente a los daños a la propiedad intelectual? Porque estamos ante bienes intangibles de uso no rival y con altos costos de exclusión. Frente a un libro, cuando uno lo está leyendo excluye que otro pueda usarlo (uso rival) y la exclusión no es costosa, pero si se trata de una marca, cualquiera puede usarla y es costoso para el titular excluir que otros la usen. Y si alguien no autorizado usa la marca, es difícil para el titular demostrar a cuánto asciende su daño. Por tal motivo, es común que por daños se otorgue el monto que hubiera pagado el infractor de haber contratado con el titular (*license fee damages*). Pero también se puede optar como método de valuación del daño el beneficio obtenido por el infractor (*disgorgement damages*). En este caso, el *disgorgement* cumple una función compensatoria y se distingue del verdadero *disgorgement*, el cual, al ser superior a los daños compensatorios, cumple las funciones de disuadir y castigar.

A efectos terminológicos, el *disgorgement* a secas es aquel remedio autónomo y alternativo, y, por ende, superior a los daños compensatorios. Por tal motivo puede cumplir las funciones disuasiva y punitiva. Por el contrario, el *disgorgement damages* hace referencia a aquellos daños compensatorios que son cuantificados teniendo en cuenta el beneficio obtenido por el dañador. En estos casos, el monto otorgado

Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, Nueva York: Springer, 2009, p. 81.

306 "Il risarcimento dovuto al danneggiato e' liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante e' valutato dal giudice anche tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto e dei compensi che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto licenza dal titolare del diritto.
La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne, ad istanza di parte, la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano".

307 "(1) Naast schadevergoeding kan de maker of zijn rechtverkrijgende vorderen dat degene die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt, wordt veroordeeld de door deze ten gevolge van de inbreuk genoten winst af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen.
(2) De maker of diens rechtverkrijgende kan de in het eerste lid bedoelde vorderingen of een van deze ook namens of mede namens een licentienemer instellen, onverminderd de bevoegdheid van deze laatste in een al of niet namens hem of mede namens hem door de maker of diens rechtverkrijgende ingesteld geding tussen te komen om rechtstreeks de door hem geleden schade vergoed te krijgen of om zich een evenredig deel van de door de gedaagde af te dragen winst te doen toewijzen. De in het eerste lid bedoelde vorderingen of een van deze kan een licentienemer slechts instellen als hij de bevoegdheid daartoe van de maker of diens rechtverkrijgende heeft bedongen".

308 "(5) Naast schadevergoeding kan worden gevorderd, dat de gedaagde veroordeeld wordt de door de inbreuk genoten winst af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen; indien de rechter evenwel van oordeel is, dat de omstandigheden van het geval tot zulk een veroordeling geen aanleiding geven, zal hij de gedaagde tot schadevergoeding kunnen veroordelen. In passende gevallen kan de rechter de schadevergoeding vaststellen als een forfaitair bedrag".

309 Al respecto, véase a Wagner, Gerhard, "The Law of Tort in the DCFR", en Wagner, Gerhard (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2009, p. 67.

a la víctima es principalmente compensatorio, pues se usa al beneficio como parámetro de valuación cuando fácticamente es difícil probar la extensión del daño.

Estos supuestos de *disgorgement damages* se encuentran reconocidos en el *civil law* en normas específicas (libre competencia, propiedad intelectual, entre otros), y no con carácter general. La excepción se encuentra, sin embargo, en el derecho holandés, pues su Código Civil señala con alcance general en el art. 6:104 lo siguiente:

> Si alguien que es responsable frente a otro por un daño extracontractual o por incumplimiento del contrato, ha obtenido una ganancia por el daño extracontractual o el incumplimiento, la Corte podrá, a pedido de parte, estimar el daño en relación al monto de la ganancia o parte de ella.

Podemos considerar a esta norma como un gran avance respecto al reconocimiento de la institución del *disgorgement* en el *civil law*. Si bien el art. 6:104 está regulando al *disgorgement* como un método de valuación del daño (esto es, *disgorgement damages*), el hecho de que tenga alcance general permitiría que la víctima evalúe qué le conviene más en un caso en concreto, si cuantificar el daño real o pedir que por daños se le otorgue el monto total de la ganancia ilícita. En la práctica podríamos estar ante un verdadero *disgorgement*, el cual permita cobrar un monto mayor al que correspondería por los daños compensatorios.

Sin perjuicio de lo mencionado, no hay que ser muy optimistas al respecto. Los jueces holandeses podrían exigir a los demandantes que prueben el daño sufrido y solo de manera excepcional aplicar la cuantificación en virtud del beneficio obtenido cuanto estemos ante casos de difícil cuantificación fáctica (como en las infracciones a la propiedad intelectual). En efecto, en el derecho comparado se ha identificado al art. 6:104 del Código Civil Holandés como una interesante presencia del *disgorgement* en el *civil law*[310], sin embargo no se ha reportado que

310 Hondius, Ewoud y André Janssen, "Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World", art. cit., pp. 481: "Some jurisdictions do prima facie have a promising general basis for disgorgement damages as, for instance, The Netherlands"; Zervogianni, Eleni, "Disgorgement of Profits in Greece", art. cit., p. 248: "The adoption of disgorgement damages as a general remedy would considerably enhance the deterrent effect of damages, which is logically prior to its compensatory aim. From a *de lege ferenda* perspective a flexible provision on the pattern of Art. 6:104 of the new Dutch Civil Code, which enables the judge to take into account the profits of the wrongdoer in the assessment of damages, depending on the circumstances of each case, would serve practical needs".

en la práctica dicha norma sea aplicada por los jueces holandeses como lo haría un juez anglosajón, ya que los jueces europeos no están familiarizados con el *disgorgement*, pero sí con el enriquecimiento ilícito, el cual es residual y no autónomo. En conclusión, existe la norma (al estilo anglosajón, creemos), pero no la interpretación deseada de la misma, pues la norma será aplicada por jueces europeos.

Si prestamos atención a cómo funciona el *disgorgement*, podemos observar una gran similitud con los *punitive damages*. Mientras que los daños compensatorios se enfocan en la víctima y en el daño real, el *disgorgement* y los *punitive damages* se concentran en el agente dañador, en el tipo de conducta realizada y en la ganancia obtenida[311]. Sin embargo, esto no quiere decir que los *punitive damages* y el *disgorgement* sean exactamente similares.

En el *disgorgement*, al tratarse de un remedio estrictamente *gain-based*, el monto dinerario no puede superar al monto de la ganancia obtenida y solo procede —precisamente— cuando existe un beneficio ilícito. Por el contrario, dado que en los *punitive damages* la principal función no es despojar las ganancias obtenidas sino castigar, la existencia de un beneficio no es requisito para que procedan los *punitive damages*; y de existir tal ganancia, la misma no opera como límite al monto de la cuantía punitiva. Adicionalmente, mientras que el *disgorgement* procede frente a un daño que se ocasiona de manera conciente (*conscious wrongdoing*), en los *punitive damages* se requiere una especial conducta reprochable (*malice, deceit, fraud, deception*, y otros).

Sin perjuicio de estas diferencias, es inevitable observar casos en donde se produce una intersección entre las funciones de *disgorgement*

311 Weinrib, Ernest J., "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies", art. cit., pp. 55 y 56.

y *punishment*. En varios casos en donde se otorgan *punitive damages*, dicha cuantía se calcula teniendo en cuenta el beneficio obtenido por el dañador. Podríamos estar ante una condena punitiva que imita exactamente a la cuantía del beneficio o que excede, pero igual engloba, al beneficio. Acá estamos ante supuestos en donde los *punitive damages* cumplen con la función de *disgorge* —a veces se habla de *restitution*—. Y a la inversa, el hecho de que se permita otorgar un monto por *disgorgement* que sea superior a los daños compensatorios, muestra la presencia de una función punitiva en el *disgorgement* siempre que estemos ante un monto extracompensatorio (esto es, mayor a los daños compensatorios).

Realizamos estas precisiones respecto a la relación entre *disgorgement* y *punishment*, pues se suele argumentar que el *disgorgement* no es punitivo, sino simplemente disuasivo (*deterrence*). La función del *disgorgement* es evitar que los agentes comentan daños intencionales para obtener un beneficio. Esto, supuestamente, no pretende castigar. Si bien no estaríamos ante *punitive damages*, no podemos negar la existencia de una función punitiva en el *disgorgement*, pues a través de ella se puede otorgar a la víctima un monto superior al que le correspondería por daños compensatorios. Precisamente, por tal razón (al igual que en los *punitive damages*), en el *disgorgement* también se discute sobre cuál sería la apropiada distribución de la ganancia ilícita: si toda debería pagarse en favor de la víctima o si parte de ella debería ir en favor del Estado o un fondo de compensación.

Estamos de acuerdo en que el dañador no debería poder lucrar con la comisión del daño, pero también estamos de acuerdo en que la víctima no debería recibir un monto extracompensatorio que no se justifique en el daño real[312]. Entonces, al igual que en los *punitive damages*, en el *disgorgement* nos encontramos ante montos dinerarios extracompensatorios, y en ambos casos, queda abierta la discusión de cómo distribuir la condena extracompensatoria. Creemos que al igual que en los *punitive*

312 *Ibid.*, p. 74.

damages (justificado en el *private enforcement*), no todo el monto extracompensatorio en virtud del *disgorgement* debería pagarse a la víctima. Una gran parte debe ir al Estado, fondo u otros fines públicos.

Un dato interesante que explica la intersección entre *disgorgement* y *punitive damages* es el hecho de que los *punitive damages* siempre tuvieron un mayor ámbito de aplicación y más protagonismo a diferencia del *disgorgement*, sobre todo en el ámbito contractual. Los *punitive damages* fueron usados para suplir al *disgorgement* debido al limitado ámbito de aplicación que este tuvo en el derecho contractual anglosajón.

En general, el derecho de daños en los contratos en el *common law* estaba pensado para compensar al demandante, no para extirpar las ganancias obtenidas por el demandado con ocasión del incumplimiento, salvo en casos bien concretos[313]. Como describe claramente el caso inglés *Tito vs. Waddell (N.° 2)* (1977):

> It is fundamental to all questions of damages that they are to compensate the plaintiff for his loss or injury by putting him as nearly as posible in the same position as he would have been in had he not suffered the wrong. The question is not one of making the defendant disgorge what he has saved by committing the wrong, but one of compensating the plaintiff[314].

Por parte de EE. UU., la sección §344 del Restatement (Second) of Contracts distinguió entre *expectation interest, reliance interest* y *restitution interest*, y no se incluyó al *disgorgement interest*[315]:

> Judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promisee:

313 Farnsworth, E. Allan, "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract", art. cit., p. 1354 y ss.

314 Rowan, Solène, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, ob. cit., p. 156.

315 Fuller, L.L. y William R. Perdue Jr., "The Reliance Interest in Contract Damages: 1", en *The Yale Law Journal*, n.° 1, vol. 46, 1936, pp. 53 y 54; Pardolesi, Paolo, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement vs. punitive damages*, Bari: Cacucci Editore, 2012, pp. 70 y 71.

> (a) his "expectation interest," which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed,
>
> (b) his "reliance interest," which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been had the contract not been made, or
>
> (c) his "restitution interest," which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party.

El *expectation interest* es el interés positivo (*positives Vertragsinteresse*) del *civil law*, mientras que el *reliance interest* el respectivo interés negativo (*negatives Vertragsinteresse*)[316]. El *restitution interest* es una particularidad del derecho americano que se comprende por su sistema de remedios. El derecho americano permite al deudor liberarse del contrato pagando daños (*damages*), siempre que no proceda la ejecución forzada (*specific performance*). En este sentido, no existe como tal el remedio de la resolución por incumplimiento culpable del contrato, como sí existe en Europa. Existen otros remedios extintivos del contrato (como el *termination*) pero no algo exacto a la resolución por incumplimiento. Esto es así porque el deudor, en teoría, tiene el derecho a "cumplir" el contrato pagando los daños al acreedor (el *expectation interest* o la ganancia que hubiera obtenido si el contrato se hubiera ejecutado).

Pero podría ocurrir que el acreedor ejecutó primero su prestación y otorgó un beneficio en favor del deudor. En este caso el deudor no puede liberarse solo pagando el *expectation interest*, sino devolviendo el beneficio que obtuvo del acreedor. Esta restitución del beneficio se da a través del *restitution interest*. Como vemos, el *restitution interest* es en el *common law* lo que es en el *civil law* el efecto restitutorio de la resolución por incumplimiento culpable. En otras palabras, a pesar de no existir la resolución por incumplimiento culpable en el *common law*, en el derecho americano también se protege el interés de restituir las prestaciones para impedir el enriquecimiento ilícito.

316 Summers, Robert S., "Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory", en Summers, Robert S., *Essays in Legal Theory*, EE. UU: Springer-Science+Business Media, 2000, p. 34.

Habiendo explicado esto, es evidente la distinción entre *restitution interest* y *disgorgement interest* en el derecho americano de contratos, pues ambos buscan restituir un beneficio, pero la gran diferencia está en que el primero restituye en favor del acreedor un beneficio que él mismo ha otorgado al deudor —por ello, algunos prefieren hablar de *restoration interest*[317]—, mientras que el segundo otorga al acreedor un beneficio que el deudor ha obtenido de otras circunstancias. En el derecho de contratos, el típico supuesto en donde se aplica el *disgorgement interest* es el incumplimiento eficiente.

Sin perjuicio de que el *disgorgement* es importante en la práctica, el mismo no fue reconocido expresamente en el Restatement (Second) of Contracts. Sin perjuicio de ello, los comentaristas americanos argumentaban que las cortes sí solían otorgar este remedio en los hechos, pero también reconocían que su aplicación no era tan amplia como se desearía[318]. Debido al limitado ámbito de aplicación y reconocimiento del *disgorgement*, se utilizaron a los *punitive damages* (ampliamente reconocidos), para imponer montos dinerarios por encima de los daños compensatorios con el fin de extirpar del dañador las ganancias ilícitas obtenidas con la comisión del daño. Mientras el *disgorgement* iba ganando terrero en el ámbito contractual, en EE. UU. se otorgaban *punitive damages* para evitar la comisión intencional de daños dirigidos a obtener una ganancia. Sin embargo, debemos reconocer que esto no siempre fue la opción más conveniente, pues la procedencia de *punitive damages* en contratos siempre fue en sí misma limitada (solo proceden *punitive damages* si el *breach of contract* también califica como un *tort*). Pero al menos estaba reconocida como excepción, a diferencia del *disgorgement* que ni siquiera fue mencionado en el Restatement (Second) of Contracts.

La posición *anti-disgorgement* en el derecho de contratos empezó a cambiar para el *common law* en el siglo xxi. En el derecho inglés el

317 Kull, Andrew, "Disgorgement for Breach, the 'Restitution Interest', and the Restatement of Contracts", art. cit., p. 2029.

318 Eisenberg, Melvin A., "The Disgorgement Interest in Contract Law", en *Michigan Law Review*, vol. 105, n.° 3, 2006, p. 559 y ss.

cambio se dio con el conocido caso *AG vs. Blake* (2001). Como explicó Lord Nicholls:

> An account of profits will be appropiate in exceptional circumstances. Normally the remedies of [compensatory] damages, specific performance and injunction, coupled with the characterisation of some contractual obligations as fiduciary, will provide an adequate response to a breach of contract. It will be only in exceptional cases, where thoses remedies are inadequate, that any question of accounting for profits will arise. No fixed rules can be prescribed. The court will have regard to all the circumstances, including the subject matter of the contract, the purpose of the contractual provision which has been breached, the circumstances in which the breach occurred, the consequences of the breach and the circumstances in which relief is being sought. A useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff has a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit[319].

Por el lado de EE. UU., el cambió ocurrió formalmente en el 2011 con la promulgación del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment y su sección §39. De manera general, la sección §3 señala que "a person is not permitted to profit by his own wrong"[320]. El comentario a) de la sección §3 explica que "liability to disgorge profits is ordinarily limited to cases of what the Restatement calls "conscious wrongdoing", because the disincentives that are the object of a disgorgement remedy are not required in dealing either with innocent recipients or with inadvertent tortfeasors (such as innocent trespassers and converters)". Si bien la regla es que el *disgorgement* solo procede ante conductas intencionales (*conscious*), el Restatement permite la restitución de beneficios en ciertos casos de conductas no intencionales (*inadvertent*)[321].

319 Rowan, Solène, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, ob. cit., p. 157.

320 McBride, Nicholas J., "Restitution for Wrongs", en *Legal Studies Research Paper Series*, n.° 23, abril del 2015, University of Cambridge, Faculty of Law, p. 1.

321 McBride, Nicholas, "Restitution for Wrongs", art. cit., pp. 4 y 5.

En el chapter 4 (Restitution and Contract) por fin se reconoció expresamente al *disgorgement* como un remedio disponible frente al incumplimiento del contrato, supliendo así la omisión del Restatement (Second) of Contracts[322]. La sección §39 Profit from Opportunistic Breach señala que puede solicitarse, alternativamente al pago de daños, la restitución de las ganancias ilícitas por el incumplimiento oportunista del contrato, cuando el pago de daños sea un remedio inadecuado[323]:

> 1) If a deliberate breach of contract results in profit to the defaulting promisor and the available damage remedy affords inadequate protection to the promisee's contractual entitlement, the promisee has a claim to restitution of the profit realized by the promisor as a result of the breach. Restitution by the rule of this section is an alternative to a remedy in damages.
> 2) A case in which damages afford inadequate protection to the promisee's contractual entitlement is ordinarily one in which damages will not permit the promisee to acquire a full equivalent to the promised performance in a substitute transaction.
> 3) Breach of contract is profitable when it results in gains to the defendant (net of potential liability in damages) greater than the defendant would have realized from performance of the contract. Profits from breach include saved expenditure and consequential gains that the defendant would not have realized but for the breach, as measured by the rules that apply in other cases of disgorgement (§ 51(5)).

Entonces, ahora en el derecho americano de contratos tenemos cuatro intereses protegidos frente al incumplimiento, dos que miran hacia atrás y dos que miran hacia adelante. Los que miran hacita atrás (*backward-looking*) son el *reliance interest* (coloca a la víctima en la posición que se encontraría de no haber iniciado negociaciones) y el *restitution*

322 Roberts, Caprice L., "Supreme Disgorgement", en *Florida Law Review*, n.° 5, vol. 68, 2016, pp. 1417 y 1418.

323 Perillo, Joseph M., "Restitution in a Contractual Context and the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment", en *Washington and Lee Law Review*, vol. 68, n.° 3, 2011, pp. 1024 y 1025.

interest (coloca al demandado en la posición que se encontraría de no haber recibido el beneficio por parte de la víctima). Los que miran hacia adelante (*forward-looking*) son el *expectation interest* (coloca a la víctima en la posición que se encontraría de haberse cumplido el contrato) y el *disgorgement interest* (despoja al demandado del beneficio obtenido). A continuación, el siguiente gráfico agrupa los cuatro intereses actualmente reconocidos[324]:

	Injured Party	Breaching Party
Backward-looking	Reliance	Restitution
Forward-looking	Expectation	Disgorgement

Por otro lado, en sede extracontractual se reconoce al *restitution for wrongs* (entiéndase, *disgorgement*). La sección §44 del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment señala lo siguiente:

> (1) A person who obtains a benefit by conscious interference with a claimant's legally protected interests (or in consequence of such interference by another) is liable in restitution as necessary to prevent unjust enrichment, unless competing legal objectives make such liability inappropriate.
> (2) For purposes of subsection (1), interference with legally protected interests includes conduct that is tortious, or that violates another legal duty or prohibition (other than a duty imposed by contract), if the conduct constitutes an actionable wrong.
> (3) Restitution by the rule of this section will be limited or denied
>
> (a) if the court would refuse to enjoin the interference, assuming timely application and an absence of procedural or administrative obstacles;
> (b) to the extent it would result in an inappropriate windfall to the claimant, or would otherwise be inequitable in a particular case;
> (c) if the benefit derived from the interference cannot be adequately measured; or

324 Zamir, Eyal. Law, *Psychology and Morality. The role of loss aversion*, Nueva York: Oxford University Press, 2015, p. 126.

> (d) if allowance of the claim would conflict with liabilities or penalties for the interference provided by other law.

El motivo por el cual hemos considerado importante hablar de cómo funciona el *disgorgement* en el derecho americano se debe su intersección con los *punitive damages*, y al hecho de que en Francia se ha tenido en cuenta a esta intersección para proponer la incorporación de *punitive damages* que funcionen como el *disgorgement*, esto es, para combatir a la *faute lucrative*.

Y reconocer esta intersección es importante desde el estudio de los *punitive damages*, pues incorporar un *disgorgement* a la francesa en el Code Civil implica un claro reconocimiento de la función punitiva en el *civil law*. Advertimos esto debido a que, como reiteramos, el *disgorgement* es punitivo. No estamos de acuerdo con aquellas posiciones que pretenden limitar el *disgorgement* a una función estrictamente disuasiva. Por ejemplo, comentando un caso de *disgorgement* alemán, en donde los daños se pueden calcular en base a las ganancias obtenidas por el infractor, Jansen y Rademacher afirman que "although the present law thus entitles the victim to claim a sum of money that may go beyond his actual losses, it would be mistaken to draw the conclusion that such claims for damages would be punitive"[325].

El *disgorgement* pretende despojar del demandado el beneficio obtenido por la comisión de un daño, en donde el beneficio puede ser largamente superior al monto que se pagaría por concepto de daños compensatorios. La función punitiva surge en el *disgorgement* cuando el demandante recibe todo o parte del beneficio y ese monto excede a los daños compensatorios. En este escenario, *disgorgement* y *punitive damages* se superponen. Cualquier monto extracompensatorio es legalmente punitivo, pues no se corresponde con el daño real.

Si Francia pretende incorporar una *amende civile* contra la *faute lucrative*, en donde todo o parte del beneficio debe pagarse en favor del demandante, se podría discutir si en Francia se está reconociendo al

325 Jansen, Nils y Lukas Rademacher, "Punitive Damages in Germany", art. cit., p. 82.

disgorgement o a los *punitive damages* limitados a una función de *disgorge*. Pero, en uno u otro caso, estamos ante la presencia de la función punitiva.

No se puede trazar una línea estricta entre el *disgorgement* y la sanción para explicar que el *disgorgement* no es punitivo. Si tomamos en cuenta el gran ámbito de aplicación que tienen los *punitive damages*, los cuales también pueden cumplir funciones compensatorias y de *disgorge*, entonces debemos internalizar que los *punitive damages* cuya función es de *disgorge* tienen el objetivo de castigar al demandado, y dicho castigo se materializa principalmente con el despojo de las ganancias ilícitas. Esto último tiene como resultado que a la víctima se le otorgue una suma dineraria extracompensatoria.

Si solo se tratase de compensar o de restablecer a la víctima en la posición que se encontraría de no haber ocurrido el daño, el dañador estaría feliz de compensar a la víctima si este fuera el precio por el placer de haber ocasionado el daño a la víctima (si asumimos que la comisión del daño fue intencional como suele ser en los casos en donde se busca una ganancia ilícita). Para desincentivar este tipo de conductas se castiga al dañador exigiéndole pagar algo más que simplemente la compensación del daño. Como la compensación no es suficiente para generar el efecto disuasivo necesario, se necesita castigar al dañador, y este castigo consiste en despojarlo de algo adicional, y esto para que no sea desproporcional ni injusto, toma como base la ganancia ilícita[326]. Entonces, despojar es castigar y se castiga con el despojo.

326 Miller, Ian William, *Eye for an Eye*, Nueva York: Cambridge University Press, 2006, p. 17: "Consider our own use of what it means to get even: if you get even by bringing the pan on the left back up to its neutral position, by one account you are back to where you started, back to zero; but by another account you have been undercompensated, for, if the debt is of honor, the wrongdoer enjoyed a certain amount of time indulging in the pleasure of looking down on you and of gloating at your humiliation; he has not been made to disgorge his pleasure. Or if he withheld or took your ox, he got to enjoy its labor while he had it. Fair compensation requires this: you had me down, and now it is my turn to have you down, to witness and delight in your humiliation as you delighted in mine. That is what is so rightly captured when we say, I'm going to get even with you. The justness of this is easy to see if it is my ox you misappropriated. I should get not only my ox back, but also the rental value of the ox for the time you had it. This is the elementary stuff of one's first month in law school".

Si entendemos que en determinados casos el derecho de daños pretende imponer reglas imperativas, entonces se deben generar los incentivos necesarios para disuadir la culpa lucrativa. Lo que se pretende es imponer la regla: "si haces A, debes hacer C" porque "no debes hacer A", para así evitar la disyunción "no A o C". Si la regla es solo la compensación, el dañador eficiente no tiene incentivos para evitar el daño, pues el beneficio de dañar es mayor al costo del mismo. En simple, el dañador eficiente paga feliz el daño compensatorio. La compensación también genera un efecto disuasivo, sobre todo en un régimen de responsabilidad por culpa, pues el agente evitará incurrir en culpa para no asumir el daño compensatorio. Pero si estamos ante un dañador eficiente, el pago del daño compensatorio no genera el incentivo suficiente al no eliminar la disyunción "no dañar o dañar y pagar"[327].

Para que el agente no vea a las reglas de responsabilidad como una opción, la regulación jurídica debe quitarle al agente el incentivo de ver las cosas como una disyunción. Entonces, la opción es quitarle el incentivo que, en este caso, consiste en las ganancias ilícitas que exceden los daños compensatorios. Al extirpar las ganancias del agente, se refuerza la disuasión pues el agente no ve como una opción rentable dañar y pagar los daños, pues sabe que existe una norma legal que lo despojará del incentivo para dañar intencionalmente. El *disgorgement* por sí mismo demuestra su carácter punitivo, ya que no es lo mismo aplicar un remedio ante un daño derivado de un accidente que ante un daño derivado de una conducta intencional y encima lucrativa.

Visto de esta manera, el *disgorgement* no puede reducirse a un simple reforzamiento de la disuasión (*deterrence*), sino que debe reconocerse expresamente su carácter punitivo.

Finalmente, en *Kokesh vs. SEC* (2017), la Corte Suprema de los EE. UU. señaló en un caso de *disgorgement*, conforme a la normativa bursátil, que tal remedio tiene carácter punitivo al ser una penalidad[328].

327 Ripstein, Arthur, *Private Wrongs*, ob. cit., p. 238

328 Al respecto, véase a Seidell, Charles y Daniel B. Listwa, "Penalties in Equity: Disgorgement after Kokesh vs. SEC", en *Yale Journal on Regulation*, n.° 2, vol. 35, 2018, p. 669: "The Supre-

e) Disgorgement a la francesa

Los *punitive damages* que imitan al *disgorgement* no son una rareza para el *civil law*. Recordemos que los europeos también prohíben el enriquecimiento ilícito. Este fue el motivo por el cual Suiza en 1989 ejecutó una sentencia americana vía execuátur que impuso *punitive damages*, pues la misma no solo se impuso para castigar al causante del daño, sino para anular la ganancia que este había obtenido con la comisión del perjuicio. La corte americana de manera expresa señaló que al momento de cuantificar el monto por *punitive damages* tuvo en cuenta el beneficio obtenido por el demandado. Entonces, Suiza consideró que una condena de *punitive damages*, la cual buscaba eliminar ganancias ilícitas, no era contraria a su orden público.

En Europa este tipo de remedios como el *disgorgement* que combaten a la culpa lucrativa no es extraña, y un ejemplo claro se encuentra —como ya hemos señalado— en la protección de la propiedad intelectual. La víctima de una infracción a un derecho de propiedad intelectual tiene una difícil labor al momento de probar el daño sufrido, pues se trata de la afectación a un bien intangible. Por este motivo, un principal parámetro que tienen los jueces para evaluar la cuantía de los daños es el beneficio obtenido por el infractor[329]. Esta disposición es considerada

me Court held that disgorgement is a penalty"; BAINBRIDGE, Stephen M., "Kokesh Footnote Three Notwithstanding: The Future of Disgorgement Penalty in SEC Cases", en *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 56, 2018, p. 18; BUTLER, Patrick L., "Saving disgorgement from itself: SEC enforcement after Kokesh vs. SEC", en *Duke Law Journal*, n.° 2, vol. 68, 2018, p. 333; DALY, Conor, "Kokesh vs. SEC: The Supreme Court redefines an effective securities enforcement tool", en *Maryland Law Review*, vol. 77, 2018, p. 51; CHANG, Jacqueline K., "Kokesh vs. SEC: The Demise of Disgorgement", en *North Caroline Banking Institute*, vol. 22, 2018, p. 311.

329 En España, y para reforzar el cumplimiento de sentencias judiciales que exigen al infractor el cesamiento de los actos que afectan la propiedad intelectual, mediante el art. 44 de la Ley de Marcas del 2001 se crearon unas "indemnizaciones coercitivas". La disposición citada señala que "cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia". Este remedio ha sido considerado como unas *astreintes* españolas aplicables a los casos de infracción de marcas, y por ende, de naturaleza punitiva. Véase a NAVEIRA ZARRA, Maita María. El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual, ob. cit., pp. 312-313.

como un claro ejemplo de un remedio que va más allá de la simple compensación[330], al igual que la *amende civile* en Francia.

La *amende civile* que se busca regular con carácter general en Francia es claramente una manifestación europea del *disgorgement* americano y, por ello, íntimamente ligada a los *punitive damages*. Un dato interesante de la *amende civile* es que el monto recaudado no va a la víctima —como ocurre con los *punitive damages*—, sino a un fondo de compensación. Esta es la solución propuesta para respetar el principio de *réparation intégrale*, basamento del *civil law*, a diferencia del sistema anglosajón en donde los montos impuestos por *punitive damages* que imitan al *disgorgement*, se otorgan en favor de la víctima. Recordemos que anteriormente los proyectos franceses que intentaron introducir a los *punitive damages* en el Code Civil proponían que solo parte de la condena iría a un fondo de compensación o al tesoro del Estado, y la otra parte a la víctima.

El proyecto de reforma del 2017 señala que todo el monto de la *amende civile* no se pague en favor de la víctima. En sentido estricto, para un europeo este remedio no sería restitutorio, pues no se trata de algo que deriva o se origina en la víctima como ocurre en el enriquecimiento sin causa o el pago indebido (manifestaciones concretas de la tutela restitutoria). Estaríamos ante un *disgorgement* a la francesa: 1) *disgorgement*, pues el beneficio no proviene de la víctima, y 2) a la francesa porque el beneficio no se paga en favor de la víctima, como ocurre usualmente en el *common law*. Así es como se evitaría el enriquecimiento tanto por el lado del demandante como del demandado.

Nuevamente, así se trate de un *disgorgement* afrancesado o de *punitive damages* que imitan al *disgorgement*, al final estamos ante la presencia de una función punitiva. El hecho de que el monto dinerario no se pague en favor de la víctima no le quita al remedio su naturaleza sancionatoria. Solo corrige el destino de la condena punitiva para evitar ineficiencias.

330 MEURKENS, Renée Charlotte, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, ob. cit., p. 314.

Teniendo en cuenta el contexto actual del derecho francés, es claro que Francia es el sistema jurídico del *civil law* que más esfuerzos ha realizado para reconocer expresamente en su Code Civil a la figura de los *punitive damages*, y, en consecuencia, probablemente sea el primer país europeo del *civil law* en efectivamente hacerlo[331]. Es importante tener en cuenta que Quebec reconoce expresamente en su Civil Code a los *punitive damages* conforme al art. 1621[332]. Este reconocimiento expreso en la codificación civil de Quebec influenció directamente la incorporación de los *punitive damages* en el art. 1371 del Proyecto Catala[333].

Quebec, al pertenecer a un sistema mixto de influencia anglosajona y francesa, debe ser tomado en cuenta al momento de pensar en cómo legislar a los *punitive damages* en un sistema jurídico del *civil law*. Solo el futuro determinará si Francia incluirá finalmente, con carácter general, a la *amende civile* y qué pasará con los *punitive damages*. En nuestra opinión, la *amende civile* con carácter general funciona como los *punitive damages*[334], solo que se prefiere por una denominación existente en el

331 Cannarsa, Michel, "The French Perpective on Punitive Damages",art. cit., p. 671: "In the light of the above general description of US law in the area of punitive damages, we will see whether French Law is leaning towards a similar approach or is going its own way".

332 "Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.
Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers".

333 Borghetti, Jean-Sébastien, "Punitive Damages in France", art. cit., p. 70; Brun, Philippe, "Les Projets de Réforme du Droit Français des Obligations et L'Influence du Droit Québécois", en *Canadian Bar Review*, n.° 2, vol. 88, 2009, p. 462; Lacroix, Marième, "Pour une Reconnaissance Encadrée des Dommages-Intérêts Punitifs en Droit Privé Français Contemporain, à L'Instar du Modèle Juridique Québécois", en *La Revue du Barreau Canadien*, n.° 3, vol. 85, 2006, pp. 586 y 587.

334 Véase a De Luca, Stéphanie, *Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain*, ob. cit., p. 48: "Si l'amende civile est susceptible de constituer un substitut idéal aux dommages et intérêts punitifs, elle doit d'abord se présenter comme une sanction préférable à l'amende pénale. Nous l'avons vu, il apparaît aujourd'hui opportun de développer l'usage d'une sanction civile permettant d'échapper, notamment en cas de faute lucrative, à l'alternative entre les dommages et intérêts soumis au principe indemnitaire et la sanction pénale. Il est aujourd'hui affirmé en doctrine que l'amende civile présente une certaine supériorité dans la mesure où elle a pour but de punir moins fortement, mais surtout avec plus de souplesse, des comportements qui ne sont pas assez graves pour entraîner les foudres de la loi pénale. D'une part, l'amende civile est prononcée par un juge civil ; il en résulte incontestablement une souplesse puisque ce sont alors les règles de la procédure civile qui sont appliquées et non celles de la procédure pénale qui connaît, on le sait, plus de nullités de procédure. D'autre part, la supériorité de l'amende civile par rapport à l'amende pénale tient au fait que, sur le fond, on va lui appliquer les principes du droit civil, moins contraignants que les principes de droit pénal, tout au moins quand le montant de l'amende est faible. Dans ce cas, l'amende civile échapperait au principe de la légalité des délits et des peines et pourrait être édictée par décret. Cependant, si on veut utiliser l'amende civile comme un substitut aux dommages et intérêts punitifs dans un système juridique qui est réticent à leur égard, il faut que l'amende civile soit d'un montant dissuasif, donc supérieur à celui de la plupart des amendes civiles connues de notre droit".

derecho francés para dejar tranquilos y en paz a los amantes de la teoría y defensores del dogma de la compensación.

Además, nuevamente los *punitive damages* no son lo que fueron antes. Antes no tenían límites, quedando a total discreción de las cortes americanas la determinación de su cuantía. Esta posición ha quedado desactualizada, pues la Corte Suprema de los EE. UU. ha reconocido como guía la ratio de 9:1 para la relación entre daños compensatorios y *punitive damages*. En Francia y Alemania, con ocasión de solicitudes de execuátur, se propuso en ambos la ratio de 1:1.

Estos límites han sido fijados pues hasta las penas civiles deben cumplir con el principio de proporcionalidad —el cual normalmente tiene rango constitucional—. Cada país determinará qué es proporcional, de manera que lo proporcional para EE. UU. puede no serlo para Europa. Mientras Francia y Alemania solo aceptarían *punitive damages* de una ratio 1:1, en EE. UU. podrían llegar hasta 9:1.

La idea que debemos internalizar es que actualmente no es una característica esencial de los *punitive damages* que los mismos no tengan límites. Lo que sí es característico es que se trate de montos dinerarios por encima de los daños efectivos y que tenga la intención de castigar. Una *amende civile* con límites, como la propuesta francesa, sigue funcionando en la práctica como los *punitive damages*, que, en el caso francés, estaría pensando principalmente como un remedio en contra de la *faute lucrative*.

De la misma manera, el hecho de que el monto recaudado por la *amende civile* vaya destinado a un fondo de compensación y no a la víctima, no quiere decir que el mismo no funcione en la práctica como los *punitive damages*. La tendencia en EE. UU. apunta hacia los *split-recovery statutes*, los cuales disponen que en promedio el 75 % de la condena punitiva debe ser destinada al tesoro del Estado respectivo o a un fondo de compensación. Los comentaristas consideran que esta es una mejor opción para corregir las ineficiencias de los *punitive damages*, entre ellas, el incentivo perverso de buscar una ganancia (*windfall*) con la obtención de la condena punitiva. Teórica y económicamente tiene más sentido que solo una pequeña parte de los *punitive damages* sea pagada en favor de la víctima. El destino del pago de los *punitive damages* no es una característica esencial, pues ello es independiente de la función punitiva y disuasiva que cumplen los mismos.

En conclusión, creemos que la *amende civile* es solo un cambio de nombre para referirse a los *punitive damages*. En la práctica cumplirán las mismas funciones, pues se tratan de montos extracompensatorios, y es esto lo que finalmente importa, no el nombre ni los matices que puedan implementarse para hacer que una institución foránea sean más digestible. La *amende civile* se convertiría en la versión francesa de los *punitive damages*, y, de entrar en vigencia, sería un buen ejemplo para otros países continentales de cómo introducir en el *civil law* a los *punitive damages* y sus funciones.

Por el momento, y respecto a la recepción de los *punitive damages*, Francia ha optado por un camino más fácil, esto es, el execuátur. No es exagerado decir que a veces la ley más difícil de modificar es el Código Civil.

3.1.6. Italia y la esperada bienvenida a los punitive damages

a) Del rechazo al reconocimiento

El derecho italiano, uno de los ordenamientos jurídicos favoritos de los civilistas peruanos, no se ha quedado atrás en dar la bienvenida a los *punitive damages* (*danni punitivi* en denominación italiana). Anterior a tal reconocimiento era comúnmente citado el caso *Parrott vs. Fimez*

(2007)[335], en donde la Corte d'appello di Venezia rechazó a los *punitive damages* al contravenir el orden público de Italia, conforme al art. 64 (g) de la Ley N.° 218 del 31 de mayo de 1995[336]. Debido a un defecto de diseño en la hebilla del casco que venía usando, Kurt Parrott murió en un accidente de tránsito en 1985. Su madre demandó al conductor del vehículo, la compañía que fabricó el casco (Fimez) y otros ante una corte en Alabama. La demandante solicitó el pago de manera solidaria de un monto por $3 millones.

Todos los demandados, salvo Fimez, transaron con el demandante. La corte americana prosiguió con el juicio e impuso contra Fimez el monto de $1 millón en 1994, sin precisar el concepto de tal monto (si era compensatorio o punitivo). Debido a la falta de calificación en el monto otorgado y los criterios usados para su cuantificación, la Corte d'appello di Venezia aplicó el siguiente razonamiento: si no se puede excluir que la sentencia sea punitiva, entonces es punitiva, y, en consecuencia, el mismo no puede ejecutarse por contravenir el orden público de Italia. Como explica Ostoni:

> In the present case, absent a rationale in the Alabama decision, the Italian court could not understand the criteria upon which the Alabama court quantified the damages. According to the Italian court, therefore, it was not possible to exclude that the award at issue had a punitive nature. If so, the recognition had to be denied[337].

335 Benatti, Francesca, *Correggere e Punire dalla Law of Torts All'Inadempimento del Contratto*, Milano: Giuffrè, 2008, p. 131; Ostoni, Lucia, "Italian Rejection of Punitive Damages in a U.S. Judgment", en Journal of Law and Commerce, n.° 2, vol. 24, 2005, pp. 246 y 247; Liptak, Adam, "Foreign Courts Wary of U.S. Punitive Damages", art. cit.; Cappelletti, Marco, "Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison between the United States and Italy", en *Arizona Journal of International & Comparative Law*, n.° 3, vol. 32, 2015, p. 822; Quarta, Francesco, "Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto", en *Hastings Int'l & Comp. L. Revs.*, n.° 2, vol. 31, 2008, pp. 755-757; Scarso, Alessandro, "Punitive Damages in Italy", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, Nueva York: Springer, 2009, pp. 106 y 107.

336 De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", art. cit., p. 188.

337 Ostoni, Lucia, "Italian Rejection of Punitive Damages in a U.S. Judgment, art. cit., p. 249.

Parece que la Corte d'appello di Venezia no estaba al tanto de la normativa en Alabama sobre muertes (*wrongful death*) aplicable al caso en concreto, la cual señala que los herederos solo tienen derecho a reclamar *punitive damages* y no *compensatory damages*. Entonces, el monto otorgado era *punitive*. Sin embargo, la Corte Suprema de Alabama había explicado que tal remedio, sin perjuicio de denominarse como *punitive damages*, cumple diferentes funciones, entre ellas, servir de consuelo a los descendientes por sus sentimientos heridos y de compensación por las ganancias frustradas del fallecido. En este sentido, sin perjuicio de castigar y disuadir, según la normativa de Alabama los *punitive damages* también cumplen en estos casos una función compensatoria[338]. Sin embargo, esto no fue tomado en cuenta por la Corte italiana[339]. De haber sido considerado, la Corte italiana podría haber concluido que a través de los *punitive damages* se estaba compensando un daño que es resarcible en Italia, en específico, el daño moral.

Posteriormente la Corte di Cassazione confirmó lo señalado por la Corte d'appello di Venezia[340]. La empresa americana argumentó que Italia debería reconocer a los *punitive damages*, pues en el derecho italiano existen instituciones punitivas dentro del derecho privado como la cláusula penal (*clausola penale*) y el daño moral (*danno morale*). Según la Corte di Cassazione la cláusula penal no es punitiva en su naturaleza, pues su función es liquidar anticipadamente eventuales daños y, sin perjuicio que la misma se pague sin la necesidad de probar el daño, puede ser objeto de reducción si su monto es desproporcional. De la misma manera, la Corte di Cassazione consideró que los daños morales buscan compensar una pérdida sufrida y, en consecuencia, su cuantía se relaciona a tal pérdida y no a castigar la conducta del dañador[341].

338 De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", art. cit., p. 189.

339 Vanleenhove, Cedric, "The use of public policy in the enforcement of American punitive damages in the European Union", art. cit., p. 200.

340 Ponzanelli, Giulio, "Danni punitivi: no, grazie", en *Il Foro Italiano*, Italia: 2007, pp. 1461-1462.

341 De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", art. cit., p. 190.

Recordemos que lo señalado por la Corte di Cassazione es distinto a lo dispuesto por otras altas cortes europeas, como la Cour de cassation que señaló que las cláusulas penales son también punitivas o el Tribunal Supremo que reconoció que los daños morales tienen un elemento punitivo.

El rechazo de los *punitive damages* fue confirmado cinco años después en el caso *Soc Ruffinatti vs. Oyola-Rosado* (2012)[342]. La Corte de Apelaciones de Turín otorgó execuátur en Italia a una sentencia emitida por la Corte Suprema de Cambridge, Massachusetts, que ordenó a una empresa italiana al pago de $8 millones en favor de un empleado que sufrió serias lesiones producto de un accidente de trabajo dentro de las instalaciones de la subsidiaria de la demandada italiana en EE. UU. De manera similar al caso Fimez, la sentencia americana no especificó la naturaleza de la condena ni cómo se determinó su cuantía.

La Corte de Apelaciones de Turín consideró que tal monto era ejecutable porque el mismo no era calificado como *punitive damages* y porque consideraba que su cuantía era justa y razonable en virtud a las lesiones sufridas por el trabajador. Sin embargo, la Corte di Cassazione trató a la sentencia americana como punitiva y, en consecuencia, anuló la sentencia de apelación. Esto último debido a que la responsabilidad civil en Italia es estrictamente compensatoria y no punitiva[343], por lo tanto, incompatible con los *punitive damages*[344].

342 Vanleenhove, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., p. 89, nota 51; Bardales Siguas, Luis, "Un intento fallido de trasplante legal: Los punitive damage por despido arbitrario", en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, t. 52, 2017, p. 53.

343 Coppo, Letizia, "The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma", en *The Italian Law Journal*, n.° 2, vol. 3, 2017, p. 605: "In a legal system like the Italian one, where the very vocabulary of tort liability mirrors a necessary equivalence between the *quantum* awarded to the victim and the loss suffered, the mere expression 'punitive damages' sounds like a living oxymoron. The polysemy of the word '*danno*' is revealing: the same term refers to the amount due by the tortfeasor, as well as to the infringement of a certain right (*danno evento*) and to the consequential pecuniary or moral losses (*danno conseguenza*). Furthermore, Italian language terms the payment of damages '*risarcimento*', an expression whole Latin Etymology deals with mending clothes and thus conveys the idea of a reparatory function".

344 Perrella, Claudio, "The 'Costa Concordia' Case", en von Boom, Willem H. y Gerhard Wagner (eds.), "Mass Tort in Europe: Cases and Reflections", en *Tort and Insurance Law*, vol. 34, Berlín: De Gruyte, 2014, p. 85; Vanleenhove, Cedric, "The Current European Perspec-

Tengamos en cuenta que en ambos casos las cortes italianas consideraron que el concepto mismo de *punitive damages* era incompatible con el orden público italiano. Se optó por el análisis tradicional de orden público: a) la noción de orden público que se aplicó fue una doméstica, y b) el análisis solo se enfocó en el concepto mismo y no en la proporcionalidad de los *punitive damages* como sí se hizo, por el contrario, en Francia y Grecia.

Italia y Alemania eran consideradas los dos ejemplos de países europeos que alegaron en su momento al orden público interno como excusa para rechazar el reconocimiento y ejecución de sentencias americanas de *punitive damages*[345]. Sin embargo, Italia también se sinceró y recientemente, aplicando un análisis de orden público internacional y teniendo en cuenta la proporcionalidad que caracteriza también a las sanciones civiles, ha dado la bienvenida a los *punitive damages*[346].

La Corte di Cassazione, en la Sentencia N.° 16601-2017 (Sezioni Unite)[347], señaló que un fallo judicial americano que impone *punitive*

tive on the Execuátur of U.S. Punitive Damages: Opening the Gate but Keeping a Guard", en *Polish Yearbook of International Law*, vol. 35, 2015, p. 250; De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", art. cit., p. 191.

345 Vanleenhove, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., pp. 89 y 90: "[…] the Supreme Courts of Germany and Italy have rejected the enforcement of U.S. punitive damages because they considered the concept of punitive damages to be a violation of the fundamental separation of criminal and private law".

346 Pozzo, Barbara, "The Enforcement of Foreign Decisions Concerning Punitive Damages", en *European Review of Private Law*, vol. 5, 2018, p. 661: "On 5 July 2017, the United Sections of the Italian Supreme Court of Cassation delivered an interesting decision in which-for the first time-the Court opened the doors to punitive damages in the Italian legal system"; Vanleenhove, Cedric, "Punitive Damages in the Belgian Perspective", art. cit., p. 674: "For the first time, the Corte di Cassazione ruled that punitive damages do not violate Italy's (international) public policy".

347 D'Alessandro, Elena, "Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos", en *Revista de Derecho Privado*, n.° 34, enero-junio del 2018, pp. 319 y 320; Benatti, Francesca, "Benvenuti Danni Punitivi... O Forse No!", en *Banca Borsa Titoli di Credito*, año lxxix, fasc. 5, 2017, pp. 568-569; Grondona, Mauro, "Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, vol. 10, 2017, pp. 1392 y 1393; Coppo, Letizia, "The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma", art. cit., pp. 593 y 594.

damages no necesariamente vulnera el orden público, pero ahora entiéndase, el orden público internacional de Italia[348]. A diferencia de Francia, en donde el Código Procesal Civil impone legalmente el orden público internacional, en Italia no existe una norma legal que contenga tal estándar y, en consecuencia, se impone el orden público regulado en el art. 64 (g) de la Ley N.° 218. Sin perjuicio de ello, es muy interesante que la Corte di Cassazione se haya referido al orden público internacional, pues dicho concepto es más restringido que el orden público doméstico, siendo entonces más favorable para los procesos de execuátur sobre *punitive damages*. Se podría decir que ahora en Italia, vía la Corte di Cassazione, solo podrán rechazarse a los *punitive damages* si vulneran al orden público internacional de Italia.

La Sentencia N.° 16601-2017 (Sezioni Unite) resolvió un caso similar al de Fimez. Esta trataba sobre un defecto en el casco que contribuyó a que el conductor de una moto falleciera en un accidente. La demandante era una empresa distribuidora americana (NOSA) y la demandada una fabricante italiana de cascos (AXO). La demandante americana tuvo que asumir el costo del daño de la víctima por un monto de $1 millón, vía transacción extrajudicial, y, en consecuencia, solicitó a la demandada italiana el reembolso.

La empresa distribuidora americana demandó a la empresa fabricante italiana y, luego de obtener tres sentencias favorables emitidas por la District Court of Appeal of the State of Florida, solicitó a la Corte de Apelaciones de Venecia el reconocimiento y ejecución en Italia. La Corte de Apelaciones señaló que las tres sentencias eran compensatorias y no punitivas, y, en consecuencia, declaró ejecución. La empresa italiana recurrió la sentencia, pues consideraba que la condena americana era punitiva, por lo tanto, contraria al orden público.

348 Quarta, Francesco, "Italian Corte di Cassazione 5 July 2017 n.° 16601", en *The Italian Law Journal*, n.° 2, vol. 3, 2017, p. 277 y ss; Alpa, Guido, "Le funzioni della responsabilità civile e danni 'punitivi'. Un dibattito sulle recenti sentenza della Suprema Corte di Cassazione", art. cit., pp. 1105; Franzoni, "Quale danno punitivo?", art. cit., pp. 1110 y 1111; Grondona, Mauro, "Il Problema dei Danni Punitivi e la Funzione degli Istituti Giuridici, ovvero: Il Giurista e la Politica del Diritto", en *Giustizia Civile*, 30 de mayo del 2017, pp. 13 y 14.

La Corte di Cassazione, en sesión unida y a pesar de la tendencia aparentemente consolidada en *Parrott vs. Fimez* (2007) y *Soc Ruffinatti vs. Oyola-Rosado* (2012), señaló que el derecho de daños en Italia no tiene como única función compensar a la víctima, sino también castigar y disuadir la comisión de los daños[349]. En otras palabras, la responsabilidad civil en Italia es multifuncional[350].

Al igual como ocurrió en Francia, el análisis dejó de centrarse en el concepto mismo de *punitive damages* para enfocarse en la proporcionalidad de la misma. Los *punitive damages* son compatibles si son proporcionales[351]. Adicionalmente debe cumplir en el derecho americano con el principio de legalidad, de manera que el demandado pueda prever dicha condena[352]. En resumen, la sentencia punitiva extranjera será reconocida en Italia si cumple con los principios de proporcionalidad, legalidad y previsibilidad[353].

349 Lasso, Anna, "The Civil Wrong between Private Relationships and Social Order", en *The Italian Law Journal*, n.° 2, vol. 03, 2017, pp. 417 y 418.

350 Benatti, Francesca, "Benvenuti Danni Punitivi... O Forse No!", art. cit., p. 575: "L'importanza della recente sentenza n. 16601/2017 delle Sezioni Unite della Cassazione sta nell'aver affrontato il tema della riconoscibilità in Italia di sentenze che liquidano i danni punitivi, superando l'orientamento tradizionale e fornendo indicazioni utili al legislatore per un suo eventuale intervento. Muovendo da indici normativi già presenti e alla luce di una mutata concezione della nozione di ordine pubblico più adeguata ad una società globalizzata e multilivello, le Sezioni Unite riconoscono l'ormai polifunzionalità della responsabilità civile. Per tale ragione è stabilita la tendenziale compatibilità tra i punitive damages caratteristici dei sistemi di common law e il nostro ordinamento, quando sono tipiche e prevedibili le ipotesi di condanna e vengono fissati limiti all'ammontare del risarcimento"; D'Alessandro, Elena, "Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos", art. cit., p. 320: "[...] en el ordenamiento italiano el sistema de responsabilidad civil no tiene una naturaleza meramente compensatoria, sino, más bien, polifuncional: no solo compensatoria, sino también disuasiva, así como sancionatoria-punitiva"; Grondona, Mauro, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 105 y ss.

351 Franzoni, Massimo, "Quale danno punitivo?", art. cit., pp. 1110 y 1111.

352 D'Alessandro, Elena, "Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos", art. cit., pp. 321 y 322.

353 Véase a Carleo, Roberto, "Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 1, año xxxiv, 2018, p. 268 y ss.

Es así como el debate en el derecho italiano fue finalmente resuelto por la Corte di Cassazione en la Sentencia N.° 16601-2017 (Sezioni Unite)[354], que de manera clara y en la última página de su fallo redactó el siguiente principio en relación con la responsabilidad civil y los *danni punitivi*:

> En el ordenamiento vigente, a la responsabilidad civil no se le ha asignado solo la tarea de restaurar la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido un daño, porque son internos al sistema la función de prevención y sanción de la responsabilidad civil. No es ontológicamente incompatible con el ordenamiento italiano el instituto de origen americano del resarcimiento punitivo[355].

Es importante mencionar que el 15 de abril del 2015 la Corte di Cassazione ya había dado un paso hacia adelante en la aceptación de la función punitiva en el derecho privado italiano[356]. En Italia no existía algo similar a las *astreintes* franceses o la *Geldstrafen* alemana[357]. La Corte di Cassazione confirmó lo señalado por la Corte d'appello di Palermo al considerar que las *astreintes* impuestas por una corte de Bruselas no eran contrarias al orden público italiano[358]. En ese momento, se distinguió a

354 Scarchillo, Gianluca, "La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai *punitive damages* ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparto", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 1, año xxxiv, 2018, p. 313: "Con la sent. n. 16601 del 5 luglio 2017 sembra venir meno finalmente il forte ostruzionismo che ha caratterizzato l'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte nei confronti del riconoscimento di sentenze straniere di condanna ai danni puntivi".

355 "Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non *è* assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che a subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non *è* quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei resarcimenti punitivi".

356 Pozzo, Barbara, "The Enforcement of Foreign Decisions Concerning Punitive Damages", art. cit., pp. 663 y 664.

357 Caracciolo, Alessio, Cesareo, Fabrizio y Federica Stamerra, "Indirect Coercive Methods in Italian Law: Art. 614 Bis C.C.P", en *International Journal of Law*, n.° 1, vol. 1, 2017, p. 2-4; Silvestri, Elisabetta, "Enforcement of Civil Judgments and Orders in Italy: An Overview", en *Bond Law Review*, vol. 12, 2000, p. 184.

358 Ponzanelli, Giulio, "Sezioni unite e danni punitivi", art. cit., p. 1124.

las *astreintes* francesas de los *punitive damages* para explicar que solo las primeras eran compatibles con el orden público italiano[359]. Pero ahora, desde el 2017, los *punitive damages* también son bienvenidos en Italia.

Prestemos atención a las similitudes de las *astreintes* con los *punitive damages*. Ambos se tratan de montos dinerarios que se otorgan por concepto de pena, por encima de los daños compensatorios y que benefician al acreedor. Tal vez la similitud que más resalta es, precisamente, que las *astreintes* benefician al acreedor como ocurre con los *punitive damages*. Este dato es importante, pues la *Geldstrafen* también es una pena por incumplimiento de decisiones judiciales, pero el monto dinerario va dirigido al Estado y no al acreedor. Entonces, se trata de una verdadera multa, a diferencia a las *astreintes*. Sin perjuicio de las diferencias que se pueden formular entre las *astreintes* y los *punitive damages*, el execuátur de la Corte d'appello di Palermo en favor de las *astreintes* en Italia es una prueba a tener en cuenta de la compatibilidad de la función punitiva con el derecho italiano.

b) La función punitiva en Italia

Este cambio de postura no es sorpresivo si tenemos en cuenta el estado actual de la función punitiva en el derecho privado italiano. Sin perjuicio de la visión tradicionalista y compensatoria que se tiene del derecho de daños en Italia, es importante prestar atención a la existencia del concepto de *pena privata* (pena privada), similar a la *peine privée* en Francia, que consiste en una categoría civil de carácter punitiva y disuasoria (imposición de un monto dinerario por encima y desligado de los daños compensatorios). Los autores italianos suelen considerar como manifestaciones de la *pena privata* a la *clausola penale* (cláusula penal), al *danno non patrimoniale* (daño no patrimonial) y a los *danni punitivi* (*punitive damages*)[360].

359 Benatti, Francesca, "Dall'astreinte ai danni punitivi: un paso ormai obbligato", en *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2, 2015, pp. 679 y 680.

360 Baratella, Maria Grazia, *Le Pene Private*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 15, 110, 201; De Luca, Federica, *Pene Private*, tesis para optar el grado de doctor, Salerno: Università degli Studi di Salerno, Dipartimento Diritti della Persona e Comparazione, Anno Accademico 2010-2011, p. 85 y ss.; Antonio Gilotta, Andrea Giuseppe, *Le Pene Private e I Danni Punitivi*, tesis

Cabe resaltar en este momento al *danno non patrimoniale* o daño moral italiano del art. 2059 del Codice Civile[361]. Antes de la entrada en vigencia de la Costituzione della Repubblica Italiana de 1948, el daño moral en Italia estaba sujeto a una reserva de ley. Pero más interesante es que dicha reserva de ley se refería al art. 185 del Codice Penale[362]. En otras palabras, el daño moral italiano se resarcía solo cuando se había cometido un delito. Como se preguntan los comparatistas: "How does one explain such a restrictive approach to non-pecuniary loss?"[363].

La intención original del legislador italiano fue otorgarle un carácter punitivo y disuasivo al art. 2059. En efecto, la sección §803 de la Relazione señala respecto al daño moral que "esto advierte que solo en el caso de delito es más intensa la ofensa al ordenamiento jurídico y se siente más la necesidad de una represión más enérgica con carácter también preventivo"[364]. A pesar de ello, en Italia se olvidaron de la Relazione y surgió la visión estrictamente compensatoria del *danno non patrimoniale*. Critica Quarta lo siguiente: "What counts the most, is that the purely compensatory foundation of Article 2059, so strenuously defended by the Italian Supreme Court, does not loyally reflect the original intention of the legislature and, hence, the issue is more than ever open to discussion"[365]. Como hemos explicado, la visión compensatoria del daño

para optar el grado de doctor, Catalia: Università degli Studi di Catania, Anno Accademico 2010-2011, pp. 159 y 191.

361 Fernández Cruz, Gastón, "La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de daños", art. cit., pp. 498-501.

362 "Ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui".

363 Büyüksagis; Erdem, Ebert; Ina, Fairgrieve; Ducan; Meurkens, Renée y Francesco Quarta, "Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism", ob. cit., p. 139.

364 "Questa avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offensa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo".

365 Quarta, Francesco, "Foreign Punitive Damages Decisions and Class Actions in Italy", en Duncan, Fairgrieve y Eva Lein (eds.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Reino Unido: Oxford University Press, 2012, p. 279. Véase también a Büyüksagis; Erdem; Ebert; Ina, Fairgrieve; Ducan; Meurkens, Renée y Francesco Quarta, "Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism", ob. cit., p. 148: "Article 2059 was originally

moral es más teórica que práctica, pues en los hechos el daño moral es punitivo[366].

Adicionalmente a las manifestaciones de *pena privata* reconocidas en el Codice Civile, el derecho privado italiano contiene diversas manifestaciones legales de montos dinerarios que van más allá de la simple compensación[367]. El art. 124 del Código de Propiedad Intelectual del 2005 (D. Leg. N.° 30/2005), otorga al juez el poder de imponer montos dinerarios (*sanzioni civili*) ante el incumplimiento y retraso en la ejecución de órdenes judiciales relevantes. El art. 12 de la Ley N.° 47/1948, regula la imposición de sanciones pecuniarias en caso de comisión de difamación a través de diarios o libros, en donde se tendrá en cuenta la gravedad de la ofensa y la extensión de la difamación. El art. 18 del Statuto de Lavoratori (Ley N.° 300/1970) señala que en el caso de despido injustificado la sanción pecuniaria no deberá ser menor al monto de cinco remuneraciones. Los arts. 3, 4 y 5 del D. Leg. N.° 58/1998 que regulan a los mercados financieros también imponen sanciones pecuniarias con el fin de disuadir y castigar. Entonces la admisión de los *punitive damages* no debe parecer una sorpresa.

Incluso, si bien es cierto que las legislaciones europeas continentales no reconocen a los *punitive damages*, se ha considerado —pensamos acertadamente— que Italia es la excepción, pues en su ordenamiento existen por ley los *punitive damages*, aunque no con dicho nombre[368]. Se

intended by the Legislature to serve as the legal basis for punishing particularly reprehensible actions. An indication of such an approach can be derived from the ministerial explanatory reports which accompanied the enactment of the *codice civile* in 1942. There, the then Ministry of Justice openly acknowledged the quasi-penal nature of the *non-economic damages* remedy, explaining that Article 2059 served to inflict upon the author of a particular unlawful action a 'more vigorous punishment, with a view to deterrence'".

366 Astone, Maria, "Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei remedi. Dall'*astreinte* al danno punitivo", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 1, año xxxiv, 2018, pp. 286-288.

367 Petronio, Francesca; Cozzi, Fabio y Francesco Falco, "Italy Admits Punitive Damages", en *Hastings Paul Publications*, 18 de julio del 2017.

368 Rouhette, Thomas, "The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?", art. cit., p. 323: "To our knowledge, the only real exception to the nonexistence of punitive damages in European civil law countries is in Italian case law, even though the principle of full compensation also applies in Italy. In 2000, the Court of To-

trata de unos *punitive damages* procesales conocidos en Italia como *danno da lite temeraria* (daño por litigio temerario) o *responsabilità processuale aggravata* (responsabilidad procesal agravada). El art. 96 (*responsabilità aggravata*) del Codice di Procedura Civile señala en su primer párrafo lo siguiente: "Si resulta que la parte perdedora actuó o se resistió en juicio con mala fe o negligencia grave, el juez, a petición de la otra parte, condenará, además de los costos, al resarcimiento del daño que se liquidan, incluso de oficio, en la sentencia"[369].

El segundo párrafo del art. 96 regula supuestos particulares, como los daños derivados de la imposición de un *provvedimento cautelare* (medida cautelar)[370]. Esta era la versión original del art. 96.

Mediante el art. 45, párrafo 12, de la Ley N.° 69 del 18 de junio del 2009 se agregó un párrafo adicional al art. 96 (su tercer párrafo)[371], el cual señala lo siguiente: "En cualquier caso, cuando se pronuncia sobre los costos conforme al art. 91, el juez, incluso de oficio, también puede ordenar a la parte perdedora al pago, en favor de la contraparte, de una suma determinada equitativamente"[372]. El art. 91 regula el pago de costas y costos[373].

rre Annunziata issued two decisions explicitly awarding "punitive damages" in addition to compensatory damages".

369 "Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza".

370 "Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente".

371 Mazzola, Marcello Adriano, Responsabilità processuale e danno da lite temeraria, Milano: Giuffre, 2010, p. 2.

372 "In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata". Véase a Quarta, Francesco, *Risarcimento e Sanzione nell'Illecito Civile*, ob. cit., pp. 395 y 396.

373 "Art. 91. (Condanna alle spese)
Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta

El art. 96 del Codice di Procedura Civile regula al *danno da lite temeraria*, un supuesto específico de la categoría más general conocida en Italia como *responsabilità aggravata*[374]. Por ello este supuesto también se conoce como *responsabilità processuale aggravata*. Además se trata de un régimen especial y diferente a la cláusula general de responsabilidad civil extracontractual (*responsabilità per fatti illeciti*), regulada en el art. 2043 del Codice Civile[375].

Según el art. 96 aquel que interpone una demanda de mala fe o negligencia grave, esto es, una demanda que no tiene fundamentos (litigio temerario), será responsable, además de las costas y costos, a pagar los daños provocados por la interposición del litigio oportunista. La norma también aplica a los demandados que se defienden de mala fe o con culpa grave por forzar a los demandantes a gastar tiempo y dinero en un litigio innecesario. De allí que, correctamente, el art. 96 empieza señalando "si resulta que la parte perdedora *ha agito o resistito* [actuó —demandante— o se resistió —demandado] en juicio con mala fe o culpa grave".

Se denomina *responsabilità processuale aggravata* porque se requiere una culpa agravante para que la parte perdedora pague tanto las costas y costos del proceso y el resarcimiento del daño ulterior causado por el proceso temerario. El responsable del daño podría ser de dos tipos: 1) el litigante temerario, el que demanda o se defiende de mala fe, y 2) el litigante imprudente, el que demanda o se defiende con culpa grave[376].

conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92.
Le spese della sentenza sono liquidate dal cancelliere con nota in margine alla stessa; quelle della notificazione della sentenza del titolo esecutivo e del precetto sono liquidate dall'ufficiale giudiziario con nota in margine all'originale e alla copia notificata.
I reclami contro le liquidazioni di cui al comma precedente sono decisi con le forme previste negli articoli 287 e 288 dal capo dell'ufficio a cui appartiene il cancelliere o l'ufficiale giudiziario.
Nelle cause previste dall'articolo 82, primo comma, le spese, competenze ed. onorari liquidati dal giudice non possono superare il valore della domanda".

374 Para otros supuestos de *responsabilità aggravata*, véase el capítulo cuarto "Danni nelle fattispecie di responsabilità aggravata" a cargo de Giuseppe Marseglia, en Viola, Luigi (ed.), *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Milano: Halley, 2007, p. 127 y ss.

375 Lazzaro, Fortunato y Mauro di Marzio, *Le Spese nel Processo Civile*, Milano: Giuffrè, 2010, p. 943; Von Bar, Christian y Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property in Europe. A Comparative Study*, ob. cit., p. 115.

Inicialmente la regla era, conforme al primer párrafo del art. 96, que la condena se otorgara a petición de parte, esto es, la parte ganadora debía haber solicitado expresamente la condena del daño sufrido por el litigio oportunista. También se entendía que, conforme a las reglas de la responsabilidad civil, el daño debía probarse, aunque tal probanza no sería necesaria por la especial regla impuesta por el art. 96, el cual habilita al juez a liquidar el resarcimiento del daño de oficio. Con la inclusión del tercer párrafo del art. 96, el juez ahora puede, de oficio, imponer tanto el resarcimiento como liquidarlo equitativamente. Dicho monto se paga en favor de la víctima.

En otras palabras, sin necesidad que la parte ganadora lo haya solicitado y sin necesidad de probar el daño, el juez puede imponer un monto dinerario a su discreción, teniendo como único límite que la parte perdedora haya actuado de mala fe o culpa grave y que la cuantía de la condena sea liquidada equitativamente.

Entonces surge el debate: ¿realmente estamos ante un supuesto de resarcimiento (responsabilidad civil) o de sanción privada similar a los *punitive damages*?[377] La *responsabilità processuale aggravata* se impone: a) contra la parte que ha actuado con una conducta particularmente reprochable (iniciar un juicio oportunista), b) el monto se puede imponer

376 Galatro, Vincenzo, *Manuale Operativo di Procedura Civil*, Italia: Maggioli, 2008, p. 168.

377 Busnelli, Francesco Donato y Elena D'Alessandro, "L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?", en *Danno e Responsabilità*, vol. 6, 2012, p. 589: "Nella giurisprudenza di merito, al contrario, prevale la convinzione che quella contemplata dall'art. 96, comma 3, c.p.c. non sia una fattispecie di responsabilità civile vera e propria ma che si tratti, piuttosto, di una "condanna punitiva", ossia di una pena privata giudiziale avente funzione sanzionatoria e deterrente *pro futuro*"; Campos García, Héctor, *La responsabilidad civil del solicitante de una medida cautelar por los daños que ocasione su actuación sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis de pregrado, 2012, p. 157: "Frente a ello, más allá de que la justificación de la inserción del tercer párrafo haya sido el dotar de una mayor eficacia al instituto de la responsabilidad agravada, lo cierto es que surgen muchas dudas y problemas interpretativos, que oscilan entre la plena autonomía del daño derivado de *lite temeraria* liquidable de oficio y la configuración de verdadero y propio daño punitivo".

de oficio, c) la liquidación de la condena puede ser de oficio (se dice, equitativamente), d) el monto dinerario se paga en favor de la parte perdedora (esto es, la víctima), y e) la norma protege un interés público de desincentivo de conductas que vayan en contra del correcto funcionamiento del poder judicial.

Los *punitive damages* se imponen: a) contra la parte que ha actuado con una conducta particularmente reprochable (*malice, deceit, fraud, deception, wicked, wanton, reckless, outrageous, oppressive*), b) la procedencia y el monto de la condena depende de la discreción del juez o jurado ("Whether to award punitive damages and the determination of the amount are within the sound discretion of the trier of fact, whether judge or jury"[378]), c) toda la condena o parte de ella se paga en favor de la víctima, y d) se protege un interés público de desincentivo de conductas que generen externalidades que trasciendan a la víctima en concreto.

De allí que diversos autores hayan señalado que el art. 96 del Codice di Procedura Civile parece haber introducido en Italia una especie de *punitive damages* por abuso del proceso. Desde que el art. 96 no limita el monto dinerario a los daños efectivos —los cuales no deben probarse—, el juez en uso de su discreción puede otorgar el monto que mejor le parezca con el fin de evitar que este tipo de conductas vuelvan a ocurrir.

Según Vanleenhove, "in our opinion, when we put all these characteristics together, a mechanism closely resembling punitive damages emerges"[379]. Como explica Berch: "to the extent that Section 96 does not limit damages to payment of compensation, any excess damages resemble pure punitive damages similar to those that might be assessed absent statutory caps or multiplier in the United States"[380]. De igual

378 Comentario d) a la sección §908 del Restatement (Second) of Torts.

379 Vanleenhove, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., p. 95.

380 Berch, Jessica J. "The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union", art. cit., pp. 82.

manera, Campos considera que estamos ante "una suerte de 'resarcimiento punitivo'"[381].

Esto también es confirmado por comentaristas italianos. Mazzola considera que sin perjuicio de los dos primeros párrafos del art. 96 que pueden dar la impresión de que estamos ante una institución compensatoria, es innegable que la misma también tiene un carácter punitivo, al considerar que el art. 96 es *risarcitorio-sanzionatorio*[382]. Petrelli señala que la falta de probanza o incluso de ocurrencia del daño son las características que han hecho que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia consideren que se reguló una figura punitiva similar a los *punitive damages*[383]. Incluso Lazzaro y Di Marzio, reconociendo el evidente carácter punitivo, cuestionan la constitucionalidad del tercer párrafo del art. 96 al imponer límites al derecho de acción y de defensa, los cuales tienen protección constitucional[384].

Los dos casos comúnmente citados —a efectos de los *punitive damages*— que aplicaron el art. 96 del Codice di Procedura Civile son los resueltos por la Corte de Torre Annunziata en *Izzo vs. Assitalia* (24 de

381 Campos García, Héctor, "Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa. Artículo 621", en Cavani, Renzo (coord), Código Procesal Civil Comentado. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 763.

382 Mazzola, Marcello Adriano, Responsabilità processuale e danno da lite temeraria, ob. cit., p. 9: "Ed è appunto quello che rappresenta ora l'usso vigoroso dell'art. 96 c.p.c., divenuto un efficace strumento dell'ammninistrazione guidiziaria della *polis* per il bene di tutti. Uno strumento che, zenza alcuna stortura e dunque privo di sovrastrutture artificiose creata dalla dottrina o dalla giurisprudenza, si presta a due scopi bien precisi: *a) deflattivo*, del carico giudiziario, in quanto teso ad ammonire la scelta di introdurre un giudizo infondato o di indurre le parti processuali a ben ponderare le propie domande e le propie strategie; *b) risarcitorio-sanzionatorio*, perché al di la della lettura prevalente e comunque condivisibile data della norma nella sua tradizionale struttura dei suoi primi due commi, di escludere la valenza punitiva del dano da lite temeraria, essa ha comunque un innegabile *appeal* punitivo".

383 Petrelli, Patrizia, "Verso i danni punitivi?", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 1, año xxxiv, 2018, pp. 1217-1218.

384 Lazzaro, Fortunato y Mauro di Marzio, *Le Spese nel Processo Civile*, ob. cit., p. 947: "Se così fosse, però, la norma presenterebbe evidenti profili di incostituzionalità, giacché, nel suo caratterre indubbiamente sanzionatorio, fenirebbe per comportare un'indiretta quanto pesante compressione del diritto di azione e di difesa tutelato, come si è già ricordato, dall'art. 24 Cost.: sanzionerebbe in altri termini inspiegabilmente l'esercizio di un diritto, per di più costituzionalmente garantito"

febrero del 2000) y *Guerra vs. SAI* (14 de Marzo del 2000)[385]. Estos casos se resolvieron antes de la entrada en vigencia del tercer párrafo del art. 96, en otras palabras, se resolvieron en virtud del primer párrafo de la citada norma. Sin perjuicio de ello y antes de la modificación que introdujo el tercer párrafo, los comentaristas ya consideraban que el art. 96 era punitivo, y que los casos mencionados eran muestra de ello. La Corte de Torre Annunziata impuso *danni punitivi* en ambos casos, pues las demandadas empresas de seguros se negaron a transar cuando debían hacerlo, y, en consecuencia, forzaron a los demandantes a gastar tiempo y dinero en un litigio que no debió haberse iniciado[386]. Estas dos sentencias ponen en evidencia la hipocresía legal en la cual se encontraba Italia, la cual finalmente fue superada en el 2017 gracias a la Corte di Cassazione.

Un supuesto similar al resuelto por la Corte de Torre Annunziata se encuentra regulado en la legislación francesa en el art. L.211-13 del Code des assurances. Dicho artículo de carácter punitivo se encuentra dentro del libro II: Seguro obligatorio, título I: Seguros de vehículos terrestres, capítulo I: La obligación de asegurar, sección VI: Procedimiento de compensación. El art. L.211-9 regula los plazos en los cuales la compañía de seguro debe hacer una oferta de compensación en favor de la víctima en caso esté de acuerdo con el pago de la compensación o dar una respuesta en caso la rechace[387]. A tal efecto, el art. L.211-13 señala lo siguiente:

385 Vanleenhove, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., p. 95.

386 Benatti, Francesca, *Correggere e Punire dalla Law of Torts All'Inadempimento del Contratto*, ob. cit., pp. 131, nota 420: " Il Tribunale di Torre Annunziata [...] ha invece riconosciuto una somma punitiva nei confronti di compagnie assicurative"; Rouhette, Thomas, "The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?", art. cit., p. 323: "In 2000, the Court of Torre Annunziata issued two decisions explicitly awarding "punitive damages" in addition to compensatory damages"; Meurkens, Lotte, "The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought", art. cit., pp. 30 y 31: "[...] it should be noted that the Italian refusal is at odds with two domestic decisions in which 'danni punitivi', the Italian translation of punitive damages, have explicitly been awarded".

387 Quelle que soit la nature du dommage, dans le cas où la responsabilité n'est pas contestée et où le dommage a été entièrement quantifié, l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter à la victime une offre d'indemnité

> Cuando la oferta no se ha realizado dentro del tiempo permitido en el art. L.211-9, el monto de la compensación ofrecida por la aseguradora o asignado por el juez a la víctima produce intereses de pleno derecho al doble de la tasa del interés legal desde la expiración del plazo hasta la fecha de la oferta o la sentencia que devenga, en definitiva. Esta pena puede ser reducida por el juez debido a circunstancias no imputables a la aseguradora[388].

Finalmente, también tengamos en cuenta a dos supuestos de *disgorgement damages* en el derecho italiano. En primer lugar, el art. 125 del Codice della Proprietà Industriale señala lo siguiente:

> El resarcimiento debido a la víctima se liquida conforme a las disposiciones del art. 1223, 1226 y 1227 del Código Civil. El lucro cesante también es evaluado por el juez teniendo en cuenta los beneficios obtenidos en violación del derecho y la compensación que el infractor hubiera tenido que pagar si hubiera obtenido la licencia del titular del derecho.

motivée dans le délai de trois mois à compter de la demande d'indemnisation qui lui est présentée. Lorsque la responsabilité est rejetée ou n'est pas clairement établie, ou lorsque le dommage n'a pas été entièrement quantifié, l'assureur doit, dans le même délai, donner une réponse motivée aux éléments invoqués dans la demande.
Une offre d'indemnité doit être faite à la victime qui a subi une atteinte à sa personne dans le délai maximum de huit mois à compter de l'accident. En cas de décès de la victime, l'offre est faite à ses héritiers et, s'il y a lieu, à son conjoint. L'offre comprend alors tous les éléments indemnisables du préjudice, y compris les éléments relatifs aux dommages aux biens lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'un règlement préalable.
Cette offre peut avoir un caractère provisionnel lorsque l'assureur n'a pas, dans les trois mois de l'accident, été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive d'indemnisation doit alors être faite dans un délai de cinq mois suivant la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation.
En tout état de cause, le délai le plus favorable à la victime s'applique.
En cas de pluralité de véhicules, et s'il y a plusieurs assureurs, l'offre est faite par l'assureur mandaté par les autres".

388 "Lorsque l'offre n'a pas été faite dans les délais impartis à l'article L. 211-9, le montant de l'indemnité offerte par l'assureur ou allouée par le juge à la victime produit intérêt de plein droit au double du taux de l'intérêt légal à compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour de l'offre ou du jugement devenu définitif. Cette pénalité peut être réduite par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur".

En segundo lugar, el art. 18(6) de la Ley 349/86 (Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale) señala lo siguiente:

> El juez, si no es posible la cuantificación precisa del daño, puede determinar el monto en vía equitativa, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual, el costo necesario para la restauración y el beneficio conseguido por el dañador como consecuencia de su comportamiento lesivo de bienes ambientales[389].

Todo este arsenal de instituciones civiles punitivas que existe en Italia demuestra que la introducción de los *punitive damages* en suelo italiano no sería una contradicción sino un reconocimiento de lo que ya existe. Critica Cappelletti que "italian legal actors fail to realize that if punitive damages were adopted in Italy, they would only represent an additional element to the already-conspicuous list of public elements in tort law"[390]. Según Franzoni, "a pesar de ser numerosos los pronunciamientos que niegan la existencia de un daño punitivo en el derecho italiano, son realmente numerosas las previsiones que sí lo prevén"[391].

Si bien en Italia no se han propuesto proyectos de reforma del Codice Civile para introducir al *danno punitivo* —como lo ha hecho Francia respecto a su Code Civil—, dada la situación actual y el reciente pronunciamiento de la Corte di Cassazione, no sería raro que algo similar ocurra en el corto plazo.

389 "6. Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali".

390 Cappelletti, Marco, "Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison between the United States and Italy", art. cit., p. 802.

391 Franzoni, Massimo, "La indemnización punitiva por litis temeraria en el derecho italiano", en Campos, Héctor y José L. Gabriel (coords.), *Responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación*, Lima: Themis, 2018, p. 269.

3.1.7. Alemania y el elemento compensatorio de los punitive damages

a) Punitive damages *compensatorios*

Si bien es cierto que el pronunciamiento de 1992 de la *Bundesgerichtshof* fue en su momento uno de los casos más citados como ejemplo del rechazo por parte de Europa de los *punitive damages*, no debemos ignorar que en ese mismo pronunciamiento la Corte alemana señaló que los *punitive damages* sí podrían ser ejecutados en Alemania en un supuesto excepcional: cuando sean compensatorios[392]. La *Bundesgerichtshof* señaló

392 Wegen, Gerhard y James Sherer, "Recognition and Enforcement of US Punitive Damages Judgments in Germany-A Recent Decision of the German Federal Court of Justice", en *International Business Lawyer*, n.° 10, vol. 21, 1993, p. 486: "The extent to which an award of punitive damages are compensatory, the award will be enforceable. Matters that can be regarded as compensatory include reimbursement of the plaintiff's legal costs or other damages (material or non-material) for which separate compensation is not payable"; Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., pp. 158 y 159; Stiefel, Ernst C., Stürner, Rolf y Astrid Stadler, "The Enforceability of Excessive U.S. Punitive Damage Awards in Germany", art. cit., p. 781: "[...] punitive damages are not per se a violation of German public policy, except to the extent that they are not compensatory"; Vanleenhove, Cedric, "The Current European Perspective on the Execuátur of U.S. Punitive Damages: Opening the Gate but Keeping a Guard", art. cit., p. 246: "The *Bundesgerichtshof* construed one exception to the unenforceability of punitive damages. It ruled that it would allow the enforcement of punitive damages if, and to the extent, that the punitive damages serves a compensatory function. In the United States, punitive damages may occasionally serve as compensation for losses that are difficult to prove, for losses that are not covered by other type of damages or as means to deprive the defendant of the gains he or she acquired through his or her wrongful behavior"; Wurmnest, Wolfgang, "Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany", art. cit., p. 196: "In dicta, however, the German Federal Court of Justice has established one exception to the general ban on enforcing punitive damages awards: the court stated that it would allow enforcement of exemplary or punitive damages if the award would serve a compensatory purpose. For example, punitive damages may occasionally serve as compensation for non-pecuniary losses that are difficult to prove, or costs and expenses not covered by other types of damages"; Fiebig, Andre, "The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments", art. cit., p. 649: "The court did indicate, however, that punitive damages may be recognized if their imposition was designed to compensate for the harm that is difficult to prove or to deprive the defendant of the gain acquired through his tortious conduct"; Vanleenhove, Cedric y Jan de Bruyne, "Liability for Football Injuries and Enforcement in the EU-Will US Punitive Damages be Shown the Red Card in Europe?", en *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, n.° 1, vol. 14, 2014, p. 65: "The *Bundesgerichtshof* carved out an exception to the unenforceability of punitive damages. It ruled that it would allow the enforcement of punitive damages if, and to the extent, that the punitive award serves a compensatory function"; Balcarczyk, Justyna, "Reconocimiento de sentencias extranjeras sobre difamación en Europa y en Estados Unidos", en *AEDIPr*, t. xi, 2011, p. 652: "Por tanto, el Tri-

que los *punitive damages* cumplen hasta cuatro funciones: 1) castigar al dañador por su conducta, 2) disuadir al dañador y a terceros para que no cometan ese tipo de conductas en el futuro, 3) recompensar a la víctima por su participación en el *enforcement* del derecho, y 4) complementar a los daños compensatorios que sean inadecuados[393]. En este momento queremos subrayar la función compensatoria de los *punitive damages*.

Esto podría parecer una contradicción para aquellos civilistas desfamiliarizados con los *punitive damages* y el sistema jurídico anglosajón, pues ¿cómo podrían tener tales montos punitivos un carácter compensatorio? ¿Cómo una sentencia de *punitive damages* puede ser en su naturaleza compensatoria? Esto, en nuestra opinión, es un claro ejemplo de las críticas *fast food* contra una institución anglosajona que no es realmente entendida —por no ser estudiada con seriedad—, y, sin embargo, rechazada.

Las cortes americanas pueden y suelen otorgar, con la etiqueta de "*punitive damages*", montos dinerarios que en su contenido son compensatorios[394]. Primero, la *American rule* distribuye a cada parte sus costos del litigio, mientras que en Europa la parte perdedora suele asumir los costos de la parte ganadora[395]. Bajo la *American rule*, si el demandante solicita una condena de 100 por daños compensatorios y el juicio le cuesta 30, en caso de ganar el juicio el resarcimiento sería subcompensatorio (*undercompensation*) al quedar realmente solo 70. En este contexto, los *punitive damages* suelen otorgarse para compensar/reembolsar los costos del litigio.

bunal Supremo Federal solo se mostró dispuesto a ejecutar la sentencia estadounidense en lo que respecta a la compensación del demandante por sus perjuicios reales o potenciales".

393 Brand, Ronald A., "Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far", en *Journal of Law and Commerce*, n.° 2, vol. 24, 2005, p. 185.

394 Sebok, Anthony, "Punitive Damages in the United States", art. cit., p. 171.

395 Stiefel, Ernst C., Stürner Rolf y Astrid Stadler, "The Enforceability of Excessive U.S. Punitive Damage Awards in Germany", art. cit., p. 780: "Another aspect which causes discussion in Germany is the "American rule" of cost allocation and contingent fees that are not only unknown but unlawful in German law"; Koziol, Helmut, "Punitive Damages-A European Perspective", art. cit., p. 741: "[…] Europeans are astonished that the winning party has to bear his own costs […]".

Segundo, también bajo la *American rule*, no es inusual que un porcentaje de la sentencia sea destinado al pago de los honorarios legales (*attorney's fees*)[396], como ocurrió precisamente en *John Doe vs. Eckhard Schmitz*, en donde el demandante acordó que con el 40 % de la sentencia se pagaría a los abogados. En muchos casos los abogados americanos suelen llevar a su costo todo el proceso y cobran recién en caso de ganar y sobre la base de un porcentaje de la cuantía de la sentencia (*contingent fees*); sin embargo, esto no se encuentra permitido en algunos países del *civil law* como Alemania. En estos casos los *punitive damages* cumplen una función compensatoria al cubrir dicha deducción, y así se evita nuevamente el *undercompensation*. Si el demandante gana el íntegro de los daños reclamados, pero acordó destinar el 40 % en favor de los abogados, claramente la sentencia termina siendo insuficiente. Los *punitive damages* son utilizados para cubrir esa deficiencia del derecho procesal americano.

Un ejemplo lo podemos encontrar en la sección §768.73(3) de los Florida Statutes, la cual señala lo siguiente:

> The claimant attorney's fees, if payable from the judgment, are, to the extent that the fees are based on the punitive damages, calculated based on the final judgment for punitive damages. This subsection does not limit the payment of attorney's fees based upon an award of damages other than punitive damages.

396 Vargo, John F., "The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice", en *The American University Law Review*, vol. 42, 1993, p. 1569: "In the English legal system, a 'loser pays' rule applies. The successful litigant can collect his or her legal fees, or costs, from the loser. In the United States, the losing party does not generally pay the winner's legal fees. Each party is only obligated to pay his or her own attorney's fees, regardless of the outcome of the litigation. This practice is called the "American Rule"; the practice that allows shifting of legal fees is called the 'English Rule'"; Dole, Richard F. Jr., "Punitive Damage and Attorney Fee Awards in Trade Secret Cases", en *Marquette Intellectual Property Law Review*, n.° 1, vol. 20, 2016, pp. 3 y 4: "Each litigant bears its own attorney's fees under the American Rule. A punitive damages award, however, can reimburse plaintiff's cost of litigation"; Koziol, Helmut, "Punitive Damages-A European Perspective", art. cit., p. 741: "[…] victims receive incomplete compensation because they have to pay enormous sums to their lawyers and the court".

Otro ejemplo se encuentra en la sección §31.735 del Oregón Revisited Statutes, el cual señala que a la víctima se le paga el 30 % de la condena punitiva, de la cual, además, se cobrarán los abogados:

> (1) [T]he punitive damages portion of an award shall be allocated as follows: (a) Thirty percent is payable to the prevailing party. The attorney for the prevailing party shall be paid out of the amount allocated under this paragraph, in the amount agreed upon between the attorney and the prevailing party. However, in no event may more than 20 percent of the amount awarded as punitive damages be paid to the attorney for the prevailing party".

Como explican Beucher y Sandage "punitive damages can be viewed as a fee-shifting arrangement"[397].

Recordemos que The Hague Choice of Court Convention rechaza expresamente en su sección 11(1) el reconocimiento y ejecución de *punitive damages*, salvo que, conforme a la sección 11(2), dicho monto dinerario haya sido otorgado para compensar los costos legales[398]. Esta excepción se justifica, precisamente, en la *American rule*. Teniendo en cuenta que las sentencias que condenan a *punitive damages* suelen venir de EE. UU., la Convención acertadamente fue cuidadosa y no rechazó de manera absoluta a los *punitive damages*, pues ha reconocido que las mismas, teniendo en cuenta las particularidades procesales del derecho americano, pueden otorgarse para garantizar que la víctima no sufra *undercompensation.* En otras palabras, se trata de montos compensatorios con la etiqueta de sanción.

Como explica Vanleenhove a continuación:

> In recent years' scholars have rediscovered the value of punitive damages in forcing wrongdoers to reimburse the victim for all losses suffered. It is possible that material and/or legal obstacles prevent the recovery of full compensation. The impossibility to prove the extent of the loss sustained can, for instance, be classified as a material obstacle. The American rule on distribution of costs forms perhaps the most important legal impediment to full recovery of the plaintiff[399].

397 Beucher, Klaus y John Sandage, "United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement", art. cit., p. 985.

398 Recordemos que EE. UU. no es parte de esta Convención. Sin perjuicio de ello, lo regulado por la Convención demuestra un correcto entendimiento respecto a las funciones de los *punitive damages* en el derecho americano.

Tercero, los daños de difícil probanza se suelen otorgar a través de *punitive damages* al no poder otorgarse como *compensatory damages*. Al no haber certeza en el daño, no podría decirse que el pago de un monto dinerario sea realmente compensatorio porque en realidad se estaría compensando un daño eventual al no poder probarse su certeza, sea en su ocurrencia, pero sobre todo en su cuantía. Por ello se dice que tal monto es en parte punitivo y en parte compensatorio[400].

La *Bundesgerichtshof* señaló expresamente que los *punitive damages* tienen una función compensatoria cuando se otorgan para compensar a la víctima por daños de difícil probanza que no serían resarcibles vía responsabilidad civil al no cumplir con el requisito de la certeza del daño. Ante la improcedencia de *compensatory damages* debido a obstáculos fácticos, los *punitive damages* se convierten en el salvavidas para evitar situaciones injustas allí donde los jueces lo consideren pertinente.

Cuarto, conceptos de daños no resarcibles en el sistema americano se suelen otorgan a través de *punitive damages*. La regla en el derecho de contratos anglosajón es que los daños compensables solo son los patrimoniales[401]. Las pérdidas no patrimoniales (por ejemplo, *pain and suffering*) solo se compensan en sede extracontractual (*torts*). En términos comparados, la regla es la irresarcibilidad del daño moral ante el *breach of contract*, lo cual hace que nuestro art. 1322 del Código Civil peruano[402] sea una rareza. Ante este vacío en el derecho americano, o tal

399 Vanleenhove, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., p. 88.

400 Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., p. 124: "Actual damages are sometimes rather difficult to prove. For example, this is the case in intellectual property infringement and antitrust cases. Thus, multiple damages awards may be used to bridge the difficulties in establishing actual losses. But it should be noted that compensation awarded to redress eventual losses but not actual losses is by no means purely compensatory".

401 Harder, Sirko, *Measuring Damages in the Law of Obligations*, ob. cit., p. 266.

402 "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

vez deficiencia para otros, las cortes americanas suelen otorgar *punitive damages* con el fin de compensar el *pain and suffering* que en principio no es resarcible.

A inicios del *common law* las pérdidas extrapatrimoniales no eran reconocidas, y, por ende, no eran resarcibles —algo similar ocurrió en Francia y Alemania—. Pero como sí era reconocido el poder de los *common judges* para otorgar *punitive damages*, al menos desde 1763 en Inglaterra, las cortes que buscaban compensar estos perjuicios a los sentimientos, que en principio no eran resarcibles, lo hacían vía *punitive damages*. De allí se entiende la íntima relación existente en la actualidad entre daño moral y *punitive damages*.

Con el paso de los años se extendió el ámbito de la tutela compensatoria hasta abarcar a las pérdidas extrapatrimoniales, y, consecuentemente, se restringió el ámbito de la función compensatoria en los *punitive damages*[403]. Sin embargo, en la actualidad los *punitive damages* han vuelto a ser utilizados para incluir en su cuantía a los perjuicios no pecuniarios que no sean procedentes, o que, en todo caso, sean de difícil probanza. Como afirma Calabresi "the easiest way of 'compensating' is —now, as it once was in England— through the giving of compensation, under the guise of awarding punitive damages"[404].

El mensaje para las cortes europeas es que en vez de rechazar de inicio a los *punitive damages*, es necesario analizar su contenido. Es importante precisar que la *Bundesgerichtshof* señaló que tal excepción sería procedente siempre que la Corte americana haya precisado qué porción de la sentencia condenatoria es compensatoria y cuál punitiva[405]. Esto resta operatividad en la práctica a la ejecución de sentencias

403 Sales, James B. y Kenneth B. Cole Jr., "Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins", en *Vanderbilt Law Review*, n.° 5, vol. 37, 1984, p. 1120.

404 Calabresi, Guido, "The Complexity of Torts-The Case of Punitive Damages", en Madden, M. Stuart (ed.), *Exploring Tort Law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2005, p. 344.

405 De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove, "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", art. cit., p. 187.

americanas, pues a veces las cortes americanas no indican qué porcentaje de la sentencia es compensatorio o punitivo (como ocurrió en los casos italianos Fimez y Ruffinatti), o que cierto monto nombrado como punitivo cumple en realidad una función compensatoria (por ejemplo, que ha sido otorgado para reembolsar los costos del litigio).

Ante falta de precisión por parte de la Corte americana, la *Bundesgerichtshof* no tuvo otra opción que rechazar la condena, pues en el caso en concreto no pudo superar la prohibición de *révision au fond*, la cual le impidió analizar el contenido de la sentencia. Entonces, en ausencia de una clara especificación por parte de la Corte americana, una corte alemana no puede presumir la función compensatoria de los *punitive damages*. Sin perjuicio de ello, en términos teóricos tal excepción permite comprender que los *punitive damages* pueden ser tanto punitivos como compensatorios y, por ende, que no pueden ser rechazados *per se*.

Las advertencias mencionadas también han sido formuladas en Italia. Después del caso *Parrott vs. Fimez* (2007), en donde la Corte Suprema de Italia rechazó una sentencia americana que impuso *punitive damages*, algunos comentaristas italianos señalaron que si bien el derecho italiano, en ese momento, solo admitía la función compensatoria en la responsabilidad civil, el rechazo de los *punitive damages* no debería ser la única salida. Si bien es cierto que la etiqueta es *"punitive damages"*, no por ello hay que dejar de analizar el contenido de la sentencia condenatoria, siempre que no se vulnere la prohibición de *révision au fond.* Es esencial analizar el monto otorgado y las razones de la Corte americana para concluir si los *punitive damages* tienen o no un componente compensatorio, y, de ser el caso, ejecutar al menos la porción compensatoria.

Como explica Quarta a continuación:

> Total rejection of U.S. punitive damages awards, however, is not the only possible answer [...] in order to avoid a perverse denial of justice, it is preferable that the enforcing judge analyze the nature of the foreign judgment in depth and try to distinguish between the

> different categories of damages, thus enforcing only those compatible with Italian Law (that is, at least enforcing the compensatory part of the award, if any)[406].

Lo mismo ha sido recomendado por VANLEENHOVE, quien señala lo siguiente:

> Requested courts in the EU should keep in mind the compensatory function that some punitive awards (partly) pursue. [...] compensation can indeed be one of the possible reasons an American court grant punitive damages. The compensatory objective of punitive damages should not pose any problem under international public policy because compensating the victim forms the cornerstone upon which private law in the EU are based[407].

De manera general, en el contexto de un proceso de execuátur, podemos estar ante tres situaciones respecto a la falta de especificidad de la condena americana. Primero, puede ser que la Corte americana haya diferenciado con precisión los *compensatory damages* de los *punitive damages*. En este caso, la Corte europea, si mantiene una posición antipunitiva, podrá rechazar la ejecución de los *punitive damages*, pero deberá necesariamente ejecutar los *compensatory damages*. Ahora, sin perjuicio de ello, podrían surgir algunos problemas procesales en la práctica. En el caso *Schlenzka vs. Fountaine Pajot* (2010), los abogados americanos, por estrategia, plantearon como única pretensión la ejecución de toda la condena (que incluía tanto el monto compensatorio como el punitivo). Dado que en tal caso la Corte francesa consideró que el monto punitivo era excesivo, se negó a ejecutarlo y como los abogados americanos solicitaron la ejecución de toda la sentencia, la Corte francesa tuvo que rechazar también la ejecución de la porción compensatoria[408].

406 QUARTA, Francesco, "Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto", art. cit., p. 754.

407 VANLEENHOVE, Cedric, "A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional '¡No Pasarán!'", art. cit., p. 383.

408 VANLEENHOVE, Cedric, *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, ob. cit., p. 136.

Por ello es recomendable solicitar de manera subordinada la ejecución de la parte compensatoria en caso la Corte considere que la parte punitiva es contraria al orden público. Si los abogados solicitan como única pretensión la ejecución de toda la sentencia, la Corte no podrá ejecutar solo la porción compensatoria de concluir que la punitiva viola el orden público, pues no puede emitir un pronunciamiento *ultra petita* (algo distinto a lo solicitado) o *infra petita* (algo menor a lo solicitado).

Segundo, como ocurrió en los casos italianos Fimez y Ruffinatti, a veces las cortes americanas otorgan un monto global sin precisar los conceptos de daños. Esta situación es complicada para las cortes europeas, pues para concluir si la sentencia es compensatoria o punitiva tiene que analizar el fondo del caso, lo cual está prohibido. Entonces, la posición conservadora es rechazar la sentencia al considerarla como punitiva. Y en este caso no interesa si los abogados americanos plantean una pretensión principal y una subordinada, pues al no existir especificación por parte de la Corte americana, las cortes europeas no tienen otra opción más que rechazar la ejecución total de la sentencia.

Tercero y tal vez el supuesto más interesante, es el caso cuando la Corte americana ha distinguido entre *compensatory damages* y *punitive damages*, y la Corte europea, sin vulnerar la prohibición de *révision au fond*, concluye que los *punitive damages* son compensatorios o que funcionan como el *disgorgement* (en todo o en parte), y, en consecuencia, los ejecuta. Podría ser que la Corte europea, de lo redactado en la sentencia americana, pueda concluir que los *punitive damages* son compensatorios o imitan al *disgorgement*. Por ejemplo, en el caso suizo *Trans Container Services (T.C.S.) AG vs. Security Forwarders (S.F.) Inc.* (1989), la Corte americana señaló que la extensión de los *punitive damages* correspondía a las ganancias ilícitas. Entonces, dado que Suiza también prohíbe el enriquecimiento ilícito, ejecutó la sentencia americana. Respecto a la función compensatoria, si la Corte americana expresamente señala que los *punitive damages* fueron calculados en base a los honorarios de los abogados de la demandante, entonces la Corte europea deberá otorgar execuátur al monto punitivo.

Entonces, cuando la Corte americana haya separado a los montos compensatorios de los punitivos, las cortes europeas deberán reconfirmar si lo llamado como punitivo es realmente punitivo. De no ser así y habiéndose verificado que lo punitivo era en realidad compensatorio o que pretendía funcionar como el *disgorgement*, la Corte europea deberá ejecutar la sentencia americana. En este supuesto también sería recomendable plantear una pretensión subordinada en caso la Corte europea llegue a la conclusión de que lo punitivo era punitivo y sobre todo desproporcional, y, en consecuencia, contraria al orden público. Y también, plantear una subordinada en caso la Corte solo esté dispuesta a ejecutar parte de la condena punitiva. Esto podría ocurrir en el caso del pago de los honorarios legales. Si la Corte americana otorgó 100 en *punitive damages* e indicó que los abogados se cobran con el 30 % de tal condena, una corte europea antipunitiva debería ejecutar solo 30 de los *punitive damages* y rechazar 70. Para que esto sea posible los abogados demandantes deben plantear la pretensión subordinada respectiva (si la Corte define que solo parte de la condena punitiva es compensatoria, ejecutar solo dicha porción).

Todo el panorama explicado precedentemente se desprende de la —tal vez inocente a primera impresión— excepción desarrollada por la *Bundesgerichtshof* respecto a los *punitive damages*. Sin perjuicio de la posición anti punición del derecho alemán, que al 2018 aún no reconoce a los *punitive damages* vía execuátur, diversos autores alemanes y comparatistas han demostrado que en el derecho alemán existen remedios que van más allá de la compensación de los daños sufridos. Como explica Behr, "german courts frequently awarded damages that could not seriously be held to be pure compensatory because they tended to include punitive elements"[409].

Estas manifestaciones punitivas demuestran, como ya ocurrió en Italia, que Alemania apunta hacia el reconocimiento de los *punitive damages*. Poco a poco el derecho alemán está superando sus raíces his-

409 Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., p. 126.

tóricas (sistema monista o solo compensatorio) y se alista para recibir a los *punitive damages* (*Strafschadensersatz* en terminología alemana)[410].

b) La función punitiva en Alemania

Cuando se discute sobre la compatibilidad de los *punitive damages* con el derecho alemán, el debate se enfoca en el *Schmerzensgeld* alemán (daño moral o *pain and suffering*). Afirman Jansen y Rademacher que "damages for pain and suffering are the traditional battlefield for debates on punitive damages in german law"[411]. En virtud de la noción de *Genugtuung* (satisfacción) existente en el derecho alemán se ha señalado que las cortes alemanas suelen inflar la cuantía del daño moral para castigar al dañador. Pero también existen autores que siguen considerando que la función de *Genugtuung* es compensatoria[412].

Tal vez en donde es menos discutible la existencia de la punición, en relación con perjuicios inmateriales, es en la infracción al derecho general de la personalidad (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*)[413] y sus respectivos altos montos dinerarios que se otorgan como remedio[414]. *Caroline I* (1994) es el *leading case* alemán al respecto, y es el primero de varios casos que involucraron a la princesa Caroline[415]. Un periodista

410 Behr, Volker, "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", en *Journal of Law and Commerce*, n.° 2, vol. 24, 2005, p. 197 y ss.; Behr, Volker, "Strafschadensersatz im deutschen Recht-Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens", en *ZJS*, n.° 3, 2010, p. 292 y ss.

411 Jansen, Nils y Lukas Rademacher, "Punitive Damages in Germany", art. cit., p. 77.

412 Magnus, Ulrich, "Punitive Damages and German Law", art. cit., p. 250.

413 Sobre el reconocimiento del derecho general a la personalidad en el derecho alemán, véase a Magnus, Ulrich, "The Reform of German Tort Law", en *InDret*, n.° 127, 2003, p. 4.

414 Fedtke, Jör, "The Culture of German Tort Law", en *The Journal of European Tort Law*, n.° 2, vol. 3, 2012, p. 200.

415 Amelung, Tilman Ulrich, "Damage Awards for Infringement of Privacy-The German Approach", en *Tulane European & civil law Forum*, vol. 14, 1999, pp. 18-22; Meurkens, Renée Charlotte, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, ob. cit., pp. 311 y 312; Behr, Volker, "Strafschadensersatz im deutschen Recht-Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens", art. cit., p. 295; Behr, Volker, "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", art. cit., pp. 209-211; Behr, Volker, "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", art. cit., p. 136; Magnus, Ulrich, "Punitive Damages

alemán publicó una falsa entrevista sobre la princesa Carolina de Mónaco. En esta publicación incluyó también fotos privadas de la Princesa y su familia. La *Oberlandesgericht* Hamburg otorgó DM 30,000 en daños inmateriales. La *Bundesgerichtshof* enfatizó en la comercialización forzada (*Zwangskommerzialisierung*) del derecho de la personalidad y solicitó daños mayores para castigar estas conductas en donde un periodista comete un daño intencional con el objetivo de obtener un beneficio. Siguiendo estas directivas, la *Oberlandesgericht* Hamburg aumentó la condena de DM 30,000 a DM 180,000. El juez presidente del caso Caroline I señaló que los daños inmateriales en estos casos deben ser dolorosos para los infractores[416].

Como explica Koch a continuación:

> In Germany (as well as elsewhere), penal aspects sneak in through the backdoor of immaterial losses: Since these are per definition not accurately measurable in monetary terms, judges tend to use their discretion to be more generous to victims of highly reproachable conduct. Furthermore, they (ab)use such remedies to sanction conduct whose consequences leave no or little actual loss with the victim, but considerable profits with the tortfeasor. The Princess of Monaco cases belong to this group[417].

No es necesario decir mucho para comprender que el caso Caroline I demuestra la tendencia del derecho alemán de castigar a aquellos que afectan el derecho general a la personalidad con la intención de obtener un lucro, y la vía para lograr ello ha sido incrementar los daños inmateriales. Y esto es aún más claro si apreciamos las condenas más altas en Europa por daño moral. Reporta Meurkens que en Alemania en el

and German Law", art. cit., pp. 251 y 252; Jansen, Nils y Lukas Rademacher, "Punitive Damages in Germany", art. cit., pp. 80 y 81; Salvador Coderch, Pablo, "Punitive Damages", en *InDret*, n.° 1, 2000, p. 4; Von Bar, Christian y Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property in Europe. A Comparative Study*, ob. cit., p. 117.

416 Behr, Volker, "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", art. cit., p. 211.

417 Koch, Bernhard A. "The Experiences in National Legal Systems and the Perspectives of EU Tort Law", art. cit., p. 29.

2003 se otorgó € 500,000 más € 500 por mes a los padres de un niño de tres años que quedó minusválido, siendo esta la condena más alta en Alemania por daño moral, a comparación de la condena más alta en Holanda por € 150,000, en Francia por € 154,000 e Inglaterra por £ 265,000 (€ 330,000)[418].

La función punitiva en la violación de los derechos de la personalidad también ha sido reconocida en Francia. El típico ejemplo también es el caso de la prensa que vulnera la privacidad de las personas para obtener mayor número de ventas. En 1996 la Cour de cassation señaló que la sola violación del art. 9 del Code Civil [419]otorga a la víctima el derecho a ser compensada. Esto no solo permite que se otorguen montos dinerarios ante la usencia de daños reales, sino que da a la Corte la oportunidad de inflar la condena dependiendo de la gravedad de la conducta del dañador[420]. En Italia también se propone que la función punitiva es necesaria cuando se trata de violaciones a derechos de la personalidad[421].

Otro ejemplo de la existencia de la función punitiva en el derecho de daños alemán se encuentra en la protección contra la discriminación en el empleo[422]. En la Directiva 76/207/ECC (Equal Treatment Directive), la Unión Europea dispuso la abolición de las legislaciones nacionales que vayan en contra de la igualdad de trato en el empleo entre hombres y mujeres, y solicitó la incorporación en el derecho

418 Meurkens, Renée Charlotte, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, ob. cit., p. 281.

419 "Chacun a droit au respect de sa vie privée".

420 Borghetti, Jean-Sébastien, "Punitive Damages in France", art. cit., p. 64-65; Büyüksagis; Erdem, Ebert; Ina, Fairgrieve; Duncan; Meurkens, Lotte y Francesca Quarta, "Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism", ob. cit., p. 149.

421 Gallo, Paolo, *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts* à *Giuseppe Gandolfi*, ob. cit., p. 1433.

422 Gotanda, John Y. "Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?", art. cit., p. 519; Vanleenhove, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., pp. 90-93; Behr, Volker, "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", art. cit., pp. 213-218; Meurkens, Renée Charlotte, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, ob. cit., pp. 309-310.

nacional de medidas adecuadas destinadas a proteger la infracción de tales prohibiciones.

Alemania introdujo esta Directiva en su derecho sustantivo en el art. §611a del BGB, la cual dispuso la prohibición de discriminación en el trabajo por razón de género. El art. §611a(2) señalaba que en caso una relación laboral no se hubiera establecido debido a la violación de la prohibición contra la discriminación, el empleador respondería por el daño sufrido por la víctima con base en la creencia de que la formación de una relación laboral no estaría excluída por tal infracción (*Vertrauensschaden*).

Esta postura era conforme con la posición tradicional del derecho alemán, la cual se basaba en la existencia de culpa, el pago de los daños sufridos y en la extensión del daño a los gastos incurridos por creer que el contrato se celebraría. Esto produjo que en los hechos las cortes laborales alemanas otorgaran montos mínimos por la infracción del art. §611a del BGB, los cuales se limitaban a resarcir el costo de postulación a la oferta laboral. Algunas cortes alemanas que buscaban extender la cuantía del resarcimiento trataban esta acción como una extracontractual por vulneración al derecho a la personalidad, pero, con base en esta perspectiva, el pago de daños se limitaba a pocos casos.

Fue en el caso *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen* (1984), en donde la Corte Europea de Justicia examinó la implementación de la Directiva 76/207/EEC en el derecho alemán. En dicho caso dos mujeres postularon a una oferta de trabajo en una prisión. Debido a los problemas que podrían generarse de tener a dos mujeres en una prisión lleno de hombres, el empleador prefirió contratar a dos hombres que estaban menos calificados para el empleo. Las dos mujeres alegaron discriminación por razón de género y buscaron compensación en las cortes alemanas. La *Arbeitsgericht* Hamburg derivó este caso a la Corte Europea de Justicia, quien señaló que el art. §611a del BGB no era adecuado en virtud del art. 6 de la Directiva, la cual señalaba lo siguiente:

> Member States shall introduce into their national legal systems such measures as are necessary to enable all persons who consider themselves wronged by failure to apply to them the principle of equal treatment within the meaning of Articles 3, 4 and 5 to pursue their claims by judicial process after possible recourse to other competent authorities.

La Corte Europea de Justicia señaló que el principio de transposición efectiva de la Directiva requiere que las medidas implementadas constituyan verdaderas compensaciones, y, en consecuencia, no pueden limitarse al *Vertrauensschaden.* Además, señaló que si bien los Estados Miembro tienen la libertad de determinar los medios apropiados para combatir los actos discriminatorios, los mismos deben ser tales que permitan "to guarantee real and effective judicial protection" y que deben tener "a real deterrent effect on the employer". De esta manera, la Corte Europea de Justicia solicitó la imposición de daños mayores.

Para cumplir con estas disposiciones se modificó el art. §611a(2) del BGB con el fin de extender la cuantía de los daños por infracciones a la prohibición contra la discriminación. La modificación consistió en señalar que se podría otorgar una compensación hasta el monto de tres meses de salario. Lo interesante de esta modificación es que previamente las cortes habían considerado que las víctimas solo sufrirían daños derivados del costo de aplicación, pero no daños mayores, lo cual puede ser razonable si se tiene en cuenta el poco costo de postular a una oferta de trabajo. Ahora, con la modificación, se podría estar ante supuestos en donde se podría otorgar hasta tres meses de salario sin haber sufrido un daño de tal cuantía. Es evidente, entonces, la existencia de un elemento punitivo. Como explica Behr: "This remedy is incompatible with compensation while it fits into the concept of punitive damages"[423].

Sin embargo, esta nueva adecuación no fue suficiente para la Corte Europea de Justicia. En el caso *Nils Draehmpaehl vs. Urania Immobilienservice OHG* (1997), la señora Draehmpaehl respondió a un aviso de un

423 Behr, Volker, "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", art. cit., p. 216.

periódico de Hamburgo en donde Urania buscaba una asistente femenina con experiencia. La señora Draehmpaehl no recibió respuesta y demandó a Urania ante la *Arbeitsgericht* Hamburg por discriminación de género y solicitó el pago de tres meses y medio por compensación, esto es, por encima del límite de tres meses de salario. Esto permitió que la Corte Europea de Justicia se pronunciara sobre la adecuación o no de dicho límite en virtud de la Directiva 76/207/EEC. La respuesta fue negativa.

La Corte Europea de Justicia señaló que la responsabilidad civil debe combatir la discriminación, la compensación debe garantizar una real y efectiva protección judicial, debe tener un verdadero efecto disuasivo, y el remedio debe tener una adecuada relación con el daño ocasionado. En otras palabras, la imposición del límite de tres meses de salario fue contrario a la Directiva 76/207/EEC. Adicionalmente, se indicó que los artículos 2(1) y 3(1) de la Directiva prohíbe las disposiciones de derecho nacional que supediten el pago de daños a la existencia de culpa. En resumen, por segunda vez, el derecho alemán no cumplió con adecuarse a la Directiva 76/207/EEC.

Para reforzar el objetivo de la disuasión (*deterrence*), la Directiva 2002/73/EEC modificó la Directiva 76/207/EEC. El segundo párrafo del art. 6 de la Directiva 2002/73/EEC señala que las legislaciones nacionales deben asegurar verdaderas y efectivas compensaciones que sean disuasivas, y, como regla, las mismas no pueden estar supeditadas a límites:

> Member States shall introduce into their national legal systems such measures as are necessary to ensure real and effective compensation or reparation as the Member States so determine for the loss and damage sustained by a person injured as a result of discrimination contrary to Article 3, in a way which is dissuasive and proportionate to the damage suffered; such compensation or reparation may not be restricted by the fixing of a prior upper limit, except in cases where the employer can prove that the only damage suffered by an applicant as a result of discrimination within the meaning of this Directive is the refusal to take his/her job application into consideration.

Adicionalmente y de manera clara, el art. 8d señala que las sanciones, que consisten en el pago de compensación, deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas: "The sanctions, which may comprise the payment of compensation to the victim, must be effective, proportionate and dissuasive". Resulta curioso que las directivas europeas quieran mayor disuasión, pero que aún se sigan expresando en términos compensatorios, cuando en realidad están hablando de una sanción. Sería más claro, conveniente y realista, que se hable expresamente de un remedio punitivo que vaya más allá de la simple compensación para así lograr el efecto disuasivo deseado por las directivas europeas. Como criticó VANLEENHOVE en su momento respecto al caso de Sabine von Colson y la Directiva 76/207/EEC:

> Although the European Court of Justice muddied the waters in this case by using confusing and contradicting language referring to the sanction as compensatory ("compensation", "in relation to the damage sustained") and non-compensatory ("deterrent effect", "penalize"), it could be argued that these damages for discrimination cannot be explained within the traditional compensatory framework but conversely fit into the concept of punitive damages[424].

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que se han emitido tres directivas adicionales respecto a la prohibición de discriminación en el trabajo, esto es, la Directiva 2000/43/EEC (Implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin), la Directiva 2000/78/EEC (establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation) y la Directiva 2004/113/EEC (implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services).

Finalmente, la reacción alemana frente a las directivas europeas fue la Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) (2006)[425] la cual

424 VANLEENHOVE, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., p. 91.

425 WIEMANN, Joachim, "Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)", en *German Law Journal*, n.° 10, vol. 11, 2010, p. 1131 y ss.

contiene la prohibición del art. §611a del BGB y pretende incorporar al derecho alemán las cinco directivas europeas sobre prohibición de discriminación en el trabajo (Directiva 76/207/EEC, Directiva 2002/73/EEC, Directiva 2000/43/EEC, Directiva 2000/78/EEC y Directiva 2004/113/EEC). En el art. §15(2) del AGG[426] aún se encuentra el límite de los tres salarios pero para los daños no pecuniarios, mientras que anteriormente dicho límite se aplicaba a todo tipo de daño. Entonces, si bien se mantiene el límite, su ámbito de aplicación de ha restringido. Veremos si en un futuro la Corte Europea de Justicia se vuelve a pronunciar o no en contra del límite mencionado.

Tampoco olvidemos a los dos supuestos de *disgorgement* alemán que se encuentran en el art. §34a del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, el cual pretende despojar del infractor de la normativa de libre competencia la ganancia obtenida con la comisión ilícita del daño, y en el art. §97(2) de la Urheberrechtsgesetz-UrhG, que dispone que al momento de cuantificar los daños derivados de una infracción a la propiedad intelectual se puede tomar en cuenta el beneficio obtenido por el infractor. Estas dos disposiciones son manifestaciones del *disgorgement* americano, un remedio punitivo destinado a despojar del dañador las ganancias obtenidas con la comisión intencional del daño.

Cabe resaltar que el art. §97(2) del UrhG regula tres métodos para calcular los daños derivados de la afectación de la propiedad intelectual: 1) daño emergente y lucro cesante, 2) la licencia que se hubiera pagado de haberse contratado, o 3) las ganancias ilícitas obtenidas por el infractor. El segundo y tercer método no son consistentes con la teoría de la diferencia (*Differenztheorie*), por el cual la extensión del daño es la diferencia entre los activos de la víctima antes y después del daño[427].

426 "(2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre".

427 Jansen, Nils y Lukas Rademacher, "Punitive Damages in Germany", art. cit., pp. 252 y 253.

Al igual como ocurría con el art. L. 331-1-3 del Code de propriété intellectuelle, que fue considerada como un reconocimiento expreso de los *punitive damages* en Francia al solicitar que se tome en cuenta la ganancia ilícita, consideramos que en Alemania el art. §97(2) del UrhG es un reconocimiento expreso de *punitive damages* en el derecho alemán, sin perjuicio que aún los comentaristas alemanes no se animen a aceptarlo[428]. Así como existe el remedio del *disgorgement* ante afectación de la propiedad intelectual en Francia y Alemania, en Italia el art. 125 del Codice della Proprietà Industriale también habilita al juez a tener en cuenta la ganancia ilícita obtenida por el infractor, al igual que el art. 27a del Auteurswet (*copyright*) y el art. 70(5) del Rijksoctrooiwet (patentes) en el derecho holandés.

Finalmente, también debemos mencionar al GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte), la asociación que protege los derechos de los compositores, escritores y otros. El infractor deberá un 100 % adicional de los daños respectivos que deba pagar a la GEMA. Esto es equivalente a la imposición de *double damages*[429]. Sin perjuicio que se pueda justificar esta opción en los costos que debe asumir la GEMA para proteger a sus miembros[430], resulta difícil negar que estamos ante una manifestación punitiva en el derecho alemán.

En conclusión, así como en Francia e Italia, en Alemania también podemos evidenciar la existencia de remedios que van más allá de la simple compensación del daño. Las necesidades sociales exigen la disuasión y castigo de conductas indeseables, y con ello, Alemania va cediendo hacia el reconocimiento de remedios punitivos. Probablemente no pasarán muchos años para que Alemania también otorgue execuátur a una condena americana de *punitive damages*. Esperamos impacientes.

428 *Idem*, pp. 82: "Although the present law entitles the victim to claim a sum of money that may go far beyond his actual losses, it would be mistaken to hence draw the conclusion that such claims for damages would be punitive".

429 Salvador Coderch, Pablo "Punitive Damages", art. cit., pp. 4.

430 Magnus, Ulrich, "Punitive Damages and German Law", art. cit., p. 252; Jansen, Nils y Lukas Rademacher, "Punitive Damages in Germany", art. cit., pp. 82 y 83.

3.2. Perú

3.2.1. Derecho laboral punitivo

Recientemente el Perú se ha pronunciado en favor de la imposición de *punitive damages* en el derecho laboral a través del V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional[431].

El V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional reconoce que los jueces peruanos podrán imponer de oficio "daños punitivos" ante casos de despido incausado o fraudulento. Como señala el Pleno a continuación:

> Asimismo, resulta pertinente que el juez analice además de los criterios clásicos de los daños, es decir, lucro cesante, daño emergente y daño moral; el tema relativo a los daños punitivos. Como se conoce el propósito general de las acciones indemnizatorias es reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina. Por lo que puede entenderse a los daños punitivos como la suma de dinero que el juez ordenará pagar, no con la finalidad compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes.

Por su parte, el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional señala que los jueces podrán imponer de oficio "daños punitivos" ante accidentes de trabajo:

> En caso se reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma de dinero por daños punitivos, cuyo monto máximo será fijado con criterio prudencial por el juez, sin exceder el total del monto indemnizatorio ordenado a pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral y atendiendo a la conducta del empleador frente al caso en concreto.

431 Véase a García Long, Sergio, "Daños punitivos" en Perú, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, No. 50, abril de 2019, pp. 162-165.

Aunque estos Plenos solo son aplicables al ámbito laboral, y en concreto a los despidos incausados y fraudulentos y los accidentes de trabajo, es el primer reconocimiento expreso de los *punitive damages* en el Perú. Por lo mismo, esto último constituye un importante paso para su futuro reconocimiento general en el campo del derecho privado, sin perjuicio de algunas imprecisiones, alguna más graves que otras, cometidas en ambos Plenos.

Es cierto que los Plenos han dado un buen paso hacia adelante frente al reconocimiento de los *punitive damages* en un sistema civilista como el Perú. Y este paso quedará como un antecedente histórico. Pero los errores cometidos al momento de regularlos han sido tales que podemos decir que los "daños punitivos" han nacido muertos[432]. Solo por mencionar un error, los "daños punitivos" nunca pueden otorgarse de oficio, pues esto vulnera el derecho de defensa. Entonces, los "daños punitivos" creados por ambos Plenos son inconstitucionales. Si bien estos Plenos no son vinculantes y dependerá del juez su aplicación al caso en concreto, ahora los jueces laborales deberán tener cuidado, pues solo pueden otorgar condenas punitivas si son a pedido de parte, de lo contrario, su fallo será inconstitucional al vulnerar el derecho de defensa.

Antes de realizar algunos comentarios a ambos plenos, es relevante saber que desde el derecho comparado no es extraño la imposición

432 De opinión similar, véase a Campos García, Héctor, "Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los punitive damages a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los Plenos Jurisdiccionales Supremos", en *VII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 25 de octubre de 2018, p. 1: "El ordenamiento peruano no ha reconocido la aplicación de los *punitive damages* (de origen en el *common law*) en la provincia de la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales. Si bien la Corte Suprema, tanto en el V como en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (en adelante, los Plenos), ha reconocido la posibilidad de imponer al empleador, bajo ciertas circunstancias, "daños punitivos" (sic); dicha alusión es meramente nominal y retórica ya que no implica el reconocimiento de la procedencia de *punitive damages* en la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales. Por el contrario, la Corte Suprema ha terminado fijando, de forma ilegítima, la posibilidad de que los magistrados especializados en temas laborales impongan multas civiles pecuniarias (que por su vinculación al daño denominaré como *indemnizaciones punitivas*) contraviniendo con ello no solo el principio de separación de poderes, sino también el principio de legalidad".

de *punitive damages* en el ámbito del derecho laboral. Lo dispuesto por las cortes peruanas laborales no es una invención y mucho menos una novedad.

Por regla los *punitive damages* solo se imponen en sede contractual si el incumplimiento da lugar también a una acción extracontractual, conforme a la sección §355 del Restatement (Second) of Contracts. Normalmente estos supuestos se dan cuando existe una relación fiduciaria, esto es, una relación de confianza entre las partes. Un ejemplo son las relaciones laborales. Como explica BENATTI respecto al derecho americano:

> La hipótesis tradicional es aquella en la cual el incumplimiento del contrato se configura también como un tort. Asimismo, los punitive damages han sido otorgados por la violación de una special o fiduciary relationship, entre las cuales se incluyen los casos de responsabilidad del abogado y de asimetría del poder contractual. En esta última hipótesis se incluye la materia del derecho laboral, debido a que en los Estados Unidos los punitive damages asumen una función de tutela y garantía frente a despidos discriminatorios[433].

En efecto, supuestos en donde las cortes anglosajonas otorgan *punitive damages* es en demandas por *wrongful dismissal* (despido injustificado, en su traducción literal). Tradicionalmente en el *common law* se seguía la regla impuesta en el caso inglés *Addis vs. Gramaphone Co.* (1909), en donde la House of Lords señaló que el trabajador no tenía el derecho a solicitar una compensación por la terminación de su contrato de trabajo[434]. Sin embargo, con el paso de los años se empezó a reconocer la posibilidad de otorgar diversas categorías de daños en favor de los trabajadores en casos de despido, entre ellos, *aggravated damages*, *mental distress*, *consequential damages* y, por su puesto, *punitive damages*.

433 BENATTI, Francesca, "Incumplimiento del contrato y punitive damages", art. cit., p. 286.

434 GREENWOOD, David, "Who's Afraid of Punitive Damages?", en *Blaney McMurtry, Barristers & Solicitors LLP*, septiembre del 2010, p. 1.

Canadá es un buen ejemplo de la imposición de *punitive damages* ante casos de *wrongful dismissal*. Uno de los casos canadienses más mediáticos fue *Boucher vs. Wal-mart Canada Corp.* (2012), en donde el jurado otorgó la suma de $1,2 millones por *punitive damages* contra el empleador. En apelación, el empleador logró reducir la condena punitiva a $100 000, pero se confirmó la condena por *intentional infliction of mental suffering* por $100 000 y la condena por *aggravated damages* ascendente a $200 000[435].

Por otro lado, en el caso The Estate of Pate vs. The Corporation of the Township of Galway-Cavendish and Harvey (2014), la Corte de primera instancia otorgó $25 000 en punitive damages. El demandante apeló la condena punitiva por ser muy baja. La corte de apelaciones solicitó a la Corte de primera instancia una nueva condena, y, en consecuencia, se aumentó los *punitive damages* de $25 000 a $550 000. El empleador apeló y logró reducir la condena a $450 000[436]. En otros casos recientes, en *Alan Gordon vs. Altus Group Limited* (2015) se otorgó $100 000 en *punitive damages*[437], mientras que en *Tom Morison vs. Ergo-Industrial Seating System Inc.* (2016) se otorgó $50 000[438].

Por parte de EE. UU. es conocido el otorgamiento de *punitive damages* ante casos de discriminación laboral (*employment discrimination cases*). Rosario Juarez trabajaba en AutoZone, primero como vendedora y luego como gerente de ventas. Debido a su embarazo, su empleador le indicó que no podría asumir su cargo y le aconsejó que lo dejara. En el 2007 Juarez presentó un reclamo ante el California Department of Fair Employment and Housing alegando que había sido degradada por su empleador por motivo de género y embarazo. En noviembre del 2008 AutoZone despidió a Juarez después de un incidente en donde se

435 Recuperado de <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2014/2014onca419/2014onca419.html>.

436 SCHEIN, A. Irvin, "Canada: The Latest on Punitive Damages in Wrongful Dismissal Cases", en *Minden Gross LLP*, 7 de febrero del 2014.

437 Recuperado de <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2015/2015onsc5663/2015onsc5663.html>.

438 Recuperado de <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2016/2016onsc6725/2016onsc6725.html>.

perdieron $400 dólares. Entonces Juarez demandó por discriminación ante la San Diego Superior Court. En el 2014 el jurado, aplicando el derecho de California, otorgó a Juarez la suma ascendente a $185 millones por *punitive damages*[439], la condena punitiva más alta en caso de discriminación laboral por razón de embarazo.

La protección contra la discriminación laboral encuentra su origen en la regulación federal contenida en el title VII del Civil Rights Act de 1964, la cual no contenía alguna provisión que permitiera el cobro de daños compensatorios o *punitive damages* ante casos de discriminación laboral, dado que solo otorgaba *equitable relief* (*back pay*)[440]. Tuvieron que pasar cerca de treinta años para que el Congreso aprobara el Civil Rights Act de 1991, el cual modificó el title VII para proveer expresamente en favor de la víctima el pago de daños compensatorios y *punitive damages* (sujeto a límites). La intención era disuadir y prevenir las prácticas discriminatorias y castigar a aquellos empleadores que no cumplieran con la ley, y frente a ello los *punitive damages* se presentaron como el mecanismo idóneo para tales fines[441]. El title VII ha sido interpretado, aunque de manera confusa, por la Corte Suprema de los EE. UU. en *Kolstad vs. American Dental Ass'n* (1999)[442].

Teniendo en cuenta el otorgamiento de *punitive damages* en el derecho laboral en otros países, los casos en concreto en donde se otorgan y la cuantía a la cual pueden llegar estas condenas punitivas, podemos

439 Guarino, Joseph Domenick, "$185 million punitive damages for pregnancy discrimination: what led to the largest single-plaintiff employment award?", en *DLA Piper, Employment Alert*, 4 de diciembre del 2014; Spiggle, Tom, "What you should know about AutoZone's $185 million pregnancy discrimination case", en *The Huffington Post*, 31 de julio del 2015; Pfeifer, Stuart, "Jury Awards $185 million to ex-AutoZone worker demoted after pregnancy", en *Los Angeles Times*, 18 de noviembre del 2014.

440 Richards, Richard F., "Compensatory and Punitive Damages in Employment Discrimination Cases", en *Arkansas Law Review*, n.° 4, vol. 27, 1973, p. 603.

441 Seiner, Joseph A., "The Failure of Punitive Damages in Employment Discrimination Cases: A Call for Change", en *William & Mary Law Review*, n.° 3, vol. 50, 2008, pp. 747-750; Sperino, Sandra, "The New Calculus of Punitive Damages for Employment Discrimination Cases", en *Oklahoma Law Review*, n.° 4, vol. 62, 2010, pp. 705-708.

442 Seiner, Josep, "Punitive Damages, Due Process, and Employment Discrimination", en *Iowa Law Review*, n.° 2, vol. 97, 2012, p. 478.

decir que el derecho peruano ha dado un paso importante frente a la protección del trabajador. Dicho paso hacia adelante termina siendo relevante a efectos de estudiar realmente a los *punitive damages* y reconocer la ventaja de los mismos a efectos de otorgar una real y verdadera protección judicial.

3.2.2. La función punitiva en el derecho peruano

Una de las partes más interesantes del V Pleno es cuando explica cómo se puede justificar la imposición de los daños punitivos en el Perú. El Pleno reconoce expresamente que "los daños punitivos son una forma de pena privada" y que si bien es cierto que "nuestro ordenamiento no regula en forma expresa los daños punitivos, sin embargo, la aplicación de esta institución jurídica se puede realizar por una aplicación extensiva de los daños morales". Consideramos correcta la intención del V Pleno al señalar que los "daños punitivos" son una especie de pena privada, y que los daños morales son un ejemplo de la existencia de la función punitiva en el derecho contractual peruano[443],

443 Sobre el daño moral punitivo en el Perú, véase a De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., pp. 93 y 94: "En el fondo, el pago de una suma de dinero por el daño moral no es sino una reminiscencia de la vieja idea de la venganza: aun cuando este tipo de daño por su naturaleza misma no es reparable económicamente, hay quienes creen que no es posible que quien ha causado un sufrimiento moral a otro no reciba algún castigo, que no sea cuando menos obligado a pagar algo por ello. En consecuencia, la indemnización del daño moral se asemeja más –consciente o inconscientemente- a una multa privada que a una reparación del perjuicio"; León Hilario, Leysser, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 415 y 416: "Corolario de este atendible esquema es que el otorgamiento de sumas en los procesos por concepto de "daño moral" (del *danno non patrimoniale* en Italia) representa un caso de pena privada, lo cual queda confirmado por la dificultad de cuantificar el dolor, la afectación del estado de ánimo, y por los criterios utilizados por la magistratura para la determinación de la obligación resarcitoria y/o sancionatorio. Al margen de cómo se denomine la especie –y ya he señalado que Trazegnies hacía mención a la "indemnización punitiva" y a la "multa privada"-, esta forma de entender la satisfacción monetaria por concepto de daño moral, en lo atinente, sobre todo, al inestimable sufrimiento, al *pretium doloris*, permite entender por qué el magistrado puede determinar con aparente arbitrariedad, es decir, según su particular estimación en cada caso concreto, la suma que asignará por dicho concepto en su sentencia"; León Hilario, Leysser, "Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos", en *Cuaderno de Trabajo n.° 2*, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2006, pp. 34 y 35: "Se trataría, más bien, de una pena privada, o sea, en lo que atañe a la responsabilidad civil

regulado en el art. 1322 del Código Civil peruano[444].

Recordemos que en el derecho romano solamente se resarcía lo que podía valorarse en términos económicos y se utilizaba a la pena privada para otorgar montos dinerarios por daños no susceptibles de valoración económica, entre ellos, el daño moral. Si bien es cierto que existen posturas doctrinales que señalan que los daños morales cumplen una función compensatoria frente a afectaciones no pecuniarias, no se puede negar a aquella posición que señala —con mucha razón

por daño moral, de una "asignación monetaria al portador de un perjuicio no patrimonial como reacción predispuesta por el ordenamiento para afligir, principalmente, al dañador o, en su variante más conocida, para aquietar el sentimiento de venganza del sujeto lesionado, mediante la punición de culpable""; Morales Hervias, Rómulo, "Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge en el Tercer Pleno Casatorio", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 153, 2011, pp. 53 y 54: "La función de la responsabilidad civil en el caso de los daños morales es "compuesta", porque, por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un *beneficio económico* –y, al respecto, es innegable que el dinero también pueda servir para dicho fin-y, por otro lado, para *sancionar* el comportamiento del responsable de la infracción"; Linares Avilez, Daniel, "¿El dinero cura todas las heridas? Creo que no. Reflexiones sobre el daño moral", en *Themis*, n.° 71, 2017, p. 265: "En mi opinión, el rol de la indemnización del daño moral tiene una función compleja, que no solo abarca un intento de mitigar el dolor de la víctima por los padecimientos que hubiese sufrido dentro del plano espiritual, ficción legal que resulta necesaria para justificar que vía un pago se indemnice el daño moral. Esta indemnización cumple también con una función punitiva a través de una sanción civil que sirve además de manera instrumental a la función preventiva para conseguir sus fines"; Jiménez Vargas-Machuca, Roxana, "Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática", en *Themis*, n.° 50, 2005, p. 280: "Considerando el resarcimiento del daño moral una pena, se ha dicho reiteradamente que la función sancionadora o punitiva corresponde a otras áreas del Derecho, como el derecho penal o Administrativo, por lo que no corresponde al campo civil. Esto es cierto a medias: por un lado, hay un espectro enorme de daños inmateriales que no tienen cabida, para ser sancionados, ni por el derecho penal ni por el Derecho Administrativo". Con una visión alternativa, en donde diferencia entre el formante legislativo y el formante jurisprudencial, véase a Campos García, Héctor, "Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los punitive damages a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los Plenos Jurisdiccionales Supremos", art. cit., p. 21: "En este contexto, considero que la indemnización del daño moral en el ordenamiento peruano no puede considerarse como monofuncional, ya que en función del interés de la víctima y de la forma de actuación de la jurisprudencia, en algunos casos, la función será solamente mitigadora, pero en otros será punitiva. En esta línea, desde mi punto de vista, es posible afirmar que la indemnización del daño moral en el ordenamiento peruano tiene una función que oscila entre la mitigación y la punición. En consecuencia, soy de la opinión que los Plenos yerran al sugerir que la indemnización del daño moral, únicamente, tiene una función punitiva".

444 "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

creemos— que los daños morales son una especie de pena privada, e incluso a veces equiparable a los *punitive damages*[445]. Entonces, el art. 1322 del Código Civil peruano es una manifestación de la función punitiva en el derecho contractual.

Es pertinente comentar una precisión advertida por Morales. Las cortes laborales han señalado que los "daños punitivos", si bien no se encuentran regulados en el derecho peruano, pueden imponerse de una aplicación extensiva de los daños morales. Adicionalmente las cortes laborales señalan que los "daños punitivos" son accesorios. Los *punitive damages* en EE. UU. son accesorios, pues solo pueden imponerse si la Corte condena a su vez al pago de daños, sean *compensatory damages* o incluso *nominal damages*.

El problema con la interpretación de las cortes laborales, advierte Morales, es que los "daños punitivos" se aplicarían por extensión de los daños morales, y estos "daños punitivos" serían, a su vez, accesorios. El daño moral no es accesorio de otro daño pues puede imponerse de manera independiente. Si los daños morales son autónomos, entonces los "daños punitivos", al aplicarse por extensión de los daños morales, deberían ser también autónomos. Sin embargo, las cortes laborales realizan una mezcla desafortunada: quieren que los "daños punitivos" sean accesorios como en EE. UU., pero las amarran a un concepto autónomo de daño.

La función punitiva también puede encontrarse en el art. 1321 del Código Civil peruano, cuando señala que el deudor será responsable de los daños previsibles si incumple con culpa leve, pero responderá hasta los daños imprevisibles si incumple con culpa grave o dolo. Podría señalarse que en realidad allí no existiría una función punitiva sino estrictamente compensatoria, pues el monto dinerario que se paga es por los daños efectivos sufridos por el acreedor, sean previsibles o imprevisibles, pero daños reales, al fin y al cabo. Recordemos que la misma regla se encuentra en los artículos 1225 del Codice Civile y 1231-3 y 1231-4 de Code Civil.

445 Jagusch, Stephen y Thomas Sebastian, "Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?", en *Arbitration International*, n.° 1, vol. 29, 2013, pp. 58 y 59.

Sin embargo, la extensión del resarcimiento supeditada a la gravedad de la culpa no existe en otros sistemas jurídicos. En virtud del caso inglés *Hadley vs. Baxendale* (1854) el deudor solo responde por los daños previsibles, esto es, los daños generales que sufriría cualquier otro acreedor en la misma posición, salvo que el deudor haya previsto otros daños especiales (*consequential damages*), entiéndase, daños imprevisibles. El nivel de culpa del deudor no condiciona la extensión de los daños a pagarse. Pero si el deudor incumple con dolo, en ciertas circunstancias el juez americano podría imponer *punitive damages* como un monto adicional a los *compensatory damages*. Entonces, visto desde una perspectiva comparada, es evidente que la extensión del monto a pagar, al ligarse a la culpa del deudor, tiene una intención punitiva.

Además, téngase presente que dicha extensión del daño según la gravedad de la culpa era más restringida en el Código Civil de 1936. Según el art. 1323 del Código Civil de 1936[446], solo cuando el incumplimiento se debía a dolo se respondía con los daños imprevisibles, mientras que en el actual art. 1321 se extiende la resarcibilidad de los daños imprevisibles también frente a los incumplimientos por culpa grave. Esto demuestra un cambio en favor del castigo.

Otra evidencia de la función punitiva es claramente la cláusula penal, sobre todo en el art. 1342 del Código Civil peruano que regula a las penalidades que se pactan "en seguridad de un pacto determinado", esto es, *in terrorem*, como se pactaba inicialmente la *stipulatio poenae* en Roma. Lo mismo con las arras, sean confirmatorias o de retractación. Una de las funciones que puede cumplir las arras (entiéndase, un *fee*) es resarcir los daños causados por el incumplimiento (en las arras confirmatorias) o por la renuncia en celebrar el contrato definitivo (en las arras de retractación). Pero las mismas también pueden cumplir una función punitiva si en los hechos ocurren daños menores al monto de las arras o incluso no deviene algún daño. Y lo más importante, a diferencia de la cláusula

446 "Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato".

penal, en el Perú legalmente las arras no están sujetas a la moderación judicial, de manera que las arras se pagan íntegramente en el monto pactado. La única posibilidad de ir en contra de las arras es renunciando a ellas para acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil, lo cual sería atractivo cuando el acreedor de las arras sufrió daños mayores al monto de las arras (art. 1479 del Código Civil peruano). Pero este es un derecho en favor del acreedor de las arras, no del deudor.

También debemos mencionar al art. 1983 en responsabilidad extracontractual[447]. Dicha norma regula la responsabilidad solidaria cuando son varios los causantes del daño. Respecto de la víctima, ella puede demandar por el íntegro a cualquier de los causantes; seguramente, al que tiene más dinero (*deep pocket*). Respecto de los causantes, el que paga podrá repetir contra el otro causante. El art. 1983 señala que corresponde al juez determinar la porción que debe asumir cada uno de los causantes según la gravedad de la falta de cada uno ellos[448]. En otras palabras, pagará más quien haya sido más malvado.

Por ello, en el Perú no podría señalarle que los "daños punitivos" son ajenos al derecho peruano pues en el Perú, al igual que otros países del *civil law*, existen instituciones de carácter punitivo. Y como ocurre en Europa, los "daños punitivos" pueden estar sujetos a límites, por lo cual, teóricamente, la opción de los jueces laborales de imponer un límite no desnaturaliza a la función punitiva de los "daños punitivos". No es desacertado *per se* que el V Pleno haya señalado lo siguiente:

> [C]on la finalidad que el monto que se ordene a pagar por daños punitivos no sea exagerado, ni diminuto, se debe establecer un patrón objetivo para calcular el mismo. Así se ha tomado en consideración como monto máximo por daños punitivos una suma equivalente al

447 De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 56.

448 "Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

> monto dejado de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley[449].

Campos considera que este tipo de límites desnaturaliza a estos "daños punitivos" laborales, pues sus montos serían muy bajos para producir un verdadero efecto disuasivo y sancionador. En efecto, el monto dejado de aportar por el trabajador no es un buen parámetro a tomar en cuenta para determinar la extensión de los "daños punitivos". Este monto puede ser conocido de antemano por el empleador y ser internalizado. El mismo V Pleno señala que los "daños punitivos" consisten en un monto predeterminado. Al respecto, mejor ha sido la opción del VI Pleno, el cual señala que por "daños punitivos" no se puede otorgar una suma mayor al monto por daños y perjuicios. Así, para el Perú los "daños punitivos" son proporcionales cuando cumplen con la ratio 1:1, que es la misma opción que fue adoptada en Francia y Alemania con ocasión del execuátur de sentencias americanas de *punitive damages*.

Si bien no es raro que los *punitive damages* tengan límites, en el caso en concreto del V Pleno no estaríamos ante verdaderos *punitive damages*, sino frente a una multa civil simple, que no cumpliría la misión de los *punitive damages* como los conocemos en el derecho comparado. Esto debido al inapropiado límite impuesto. No es errado *per se* imponer límites a los *punitive damages*, pero sí lo es aplicar un límite inadecuado. Y esto es lo que ha ocurrido con el V Pleno, pues en la práctica estos "daños punitivos" funcionarán como cualquier multa, que si bien es punitiva, el efecto disuasivo deseado no se logrará al haberse regulado un límite muy bajo que debilita al "daño punitivo" (al ser fácilmente internalizable).

Sin perjuicio de reconocer que el límite impuesto por los jueces laborales peruanos no ha sido el más adecuado en el V Pleno, el reconocimiento del "poder" de los jueces laborales de imponer "daños punitivos" cambia el panorama en el derecho peruano respecto a la recepción de

449 Corte Suprema de Justicia de la República, *V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional*, 2017, p. 23.

los *punitive damages*. Ahora que se toma en serio a los *punitive damages* en el Perú, esto permitiría a los laboralistas peruanos a poner sobre la mesa de debate la eventual aplicación de los *punitive damages* para otras conductas reprochables en el derecho laboral.

Por ejemplo, la libertad sindical es consideraba un derecho colectivo de rango constitucional que impide que el empleador adopte medidas antisindicales destinadas a limitar el adecuado goce de este derecho colectivo[450]. Por tal motivo, recientemente en Chile se ha discutido sobre la posible imposición de *punitive damages* ante conductas antisindicales según la normativa laboral chilena[451], lo cual, a nuestro conocimiento, no ha sido discutido en el Perú.

Ahora que ya existen *punitive damages* en el Perú, su eventual aplicación va más allá de cualquier debate teórico. Los *punitive damages* se convierten, en consecuencia, en una atractiva solución (en estricto, trasplante legal) para aquellos comportamientos especialmente indeseables que el derecho interno aún no logra disuadir.

Los civilistas también deben discutir sobre la deseabilidad de imponer *punitive damages* para daños extracontractuales y contractuales. Este primer paso dado por los laboralistas debe ser aprovechado por los civilistas para tomar en serio a los *punitive damages* y aprovechar sus ventajas.

3.2.3. Límites constitucionales a los "daños punitivos" peruanos

Finalmente, debemos pensar en la eventual inconstitucionalidad de los "daños punitivos" laborales. Algunos académicos consideran que si los *punitive damages* tienen una naturaleza cuasicriminal,

450 Véase, en el Perú, a Villavicencio Ríos, Alfredo, *La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, Alcances y Regulación*, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 87 y ss.; Toyama Miyagusuku, Jorge y Marilú Merzthal Shigyo, "La Libertad Sindical en el Perú. Una revisión a su Desarrollo Jurisprudencial", en *Derecho y Sociedad*, n.° 40, 2013, p. 87 y ss.

451 Gamonal Contreras, Sergio, "Daños Punitivos y Prácticas Antisindicales", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n.° 1, año 24, 2017, p. 235 y ss.

entonces deberían aplicarse a ellos los principios y garantías que regulan a todo proceso penal, sin perjuicio que se otorguen en un proceso civil. Otros consideran que tratándose de un proceso civil, rigen los estándares del derecho civil y no las protecciones que rigen en el derecho penal[452].

Para nosotros es claro que la imposición de *punitive damages* no puede guiarse exclusivamente por los estándares del derecho civil. Sancionar en sí mismo es una habilitación legal para generar un daño a otro, y por ello el estándar a superar para que proceda dicha autorización a dañar es uno alto y está sujeto a ciertas garantías. Muestra de ello es el principio de presunción de inocencia en el derecho penal o el estándar del *beyond any reasonable doubt* en el *common law*. Por el contrario, en el derecho civil la imposición de sanciones privadas (como la cláusula penal) no tiene mayores restricciones y pueden pactarse libremente en virtud de la autonomía privada. Pero cuando estamos ante sanciones privadas que persiguen, a su vez, un rol público, es innegable la aplicación de ciertos estándares típicos del derecho público (esto es, del derecho penal).

El principal gran error cometido en ambos Plenos es señalar que los "daños punitivos" pueden otorgarse de oficio. Solo este error hace que los "daños punitivos" sean considerados inconstitucionales al vulnerar el derecho de defensa de los demandados. Si bien los Plenos no son vinculantes, los jueces laborales podrían optar por aplicarlos. Pero dada esta abierta inconstitucionalidad, por este motivo y los que explicamos a continuación, podemos decir que los "daños punitivos" en el Perú han nacido muertos.

El art. 2, numeral 24, inciso d) de la Constitución Política del Perú reconoce a nivel constitucional el principio *nulla poena sine lege* y *nulla crimen sine lege*:

452 Véase, al respecto, a Moisá, Benjamín, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la Ley n.° 24.240", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año 10, n.° 8, 2008, pp. 273 y 274; García Matamoros, Laura Victoria y María Carolina Herrera Lozano, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages", en *Estudios Socio-Jurídicos*, n.° 1, vol. 5, 2003, p. 223.

> Toda persona tiene derecho: [...] A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Tanto el *nulla poena sine lege* como el *nulla crimen sine lege* derivan del principio de legalidad que regula a las sanciones penales, la cual indica que la conducta punible debe estar previamente identificada de manera clara, como la pena al respecto. Si las cortes laborales han utilizado expresamente la etiqueta "daños punitivos", los cuales son conocidos por tener una naturaleza cuasicriminal, sin perjuicio de imponerse en un litigio privado, creemos que cualquier empleador podría cuestionar la constitucionalidad de la imposición en su contra de "daños punitivos" en virtud del *nulla poena sine lege*, pues los *punitive damages* no se encuentran reconocidos en alguna ley, sino que han sido creados por plenos jurisdiccionales).

Podría existir cierta flexibilidad en torno al *nulla crimen sine lege*, pues a diferencia del derecho penal, en el derecho civil, sobre todo por la influencia francesa, se admite la existencia de cláusulas generales que regulen de manera general qué comportamientos son susceptibles de sanción. Estas cláusulas generales no tienen que llegar al nivel de precisión que sí es necesario en los delitos penales. Mientras que en el derecho penal hay tipos penales específicos para lesiones, muerte, afectaciones a la propiedad, y otros, en el derecho civil bastaría con una sola cláusula general que regule la responsabilidad por culpa, y que señale que será responsable todo aquel que comete un daño por culpa (art. 1969 del Código Civil). Pero nuevamente, aunque su regulación sea general, debe estar reconocida por una ley expresa. En el caso peruano esto no ocurre pues los "daños punitivos" se han creado por Pleno.

Recordemos que este tipo de problemas de constitucionalidad respecto a los *punitive damages* ya se han presentado en EE. UU., y en ciertos casos el debate se centraba en analizar la naturaleza de los *punitive damages* y la eventual aplicación de principios que rigen a las sanciones,

sean civiles o penales. Si se reconoce en el Perú que los "daños punitivos" laborales son una sanción —como expresamente señala el V Pleno— eventualmente los mismos podrían ser considerados como inconstitucionales por no cumplir con el principio de legalidad.

Ya en nuestro país León ha criticado duramente la posibilidad de crear un concepto de daño vía Pleno[453]. Como explica Quarta respecto a los sistemas jurídicos del *civil law*: "Judges operating in civil law Systems throughout continental Europe, unlike their colleagues across the Atlantic, cannot create law or frame new remedies without statutorily authority"[454].

Debido a la separación de poderes, los jueces no son verdaderos legisladores. Por la tradición francesa, el juez (boca de la ley) solo se limita a aplicar lo que dice el legislador. Y en todo caso, cuando la norma no es clara, puede ser interpretada. Pero por regla, el juez no se puede apartar de la ley pues su trabajo no es crear derecho más allá del que se encuentra vigente. La separación de poderes es clara: los legisladores crean derecho y los jueces lo aplican. Si bien se podría cuestionar la aplicación estricta en la actualidad de esta tradición, lo cierto es que los jueces no son verdaderos creadores del derecho como lo son los jueces anglosajones.

Por tales motivos, Espinoza ha señalado que el derecho peruano debería seguir el ejemplo de Quebec y promulgar una norma que expresamente reconozca a los *punitive damages* y no reconocerlos jurisprudencialmente como se ha hecho en sede laboral[455].

453 Cuyas ideas fueron expuestas en el Conservatorio: "Los punitive damages según el V Pleno Jurisdiccional Laboral" realizado el jueves 2 de noviembre en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En tal evento también participaron como exponentes Renzo Saavedra, Héctor Campos y Sergio García Long.

454 Quarta, Francesco, "Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto", art. cit., p. 778.

455 Espinoza Espinoza, Juan, "Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional", en *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.° 52, Lima: octubre del 2017, p. 17.

Adicionalmente a los principios *nulla poena sine lege* y *nulla crimen sine lege*, también tengamos en cuenta al principio de proporcionalidad de las penas. En el caso del V y VI Pleno Jurisdiccional, este no sería un problema, pues el V Pleno impuso un límite muy bajo mientras que el VI Pleno reconoció la ratio 1:1, lo cual guarda armonía con el criterio de proporcionalidad reconocido por otras cortes europeas (Francia y Alemania) que también señalaron que por *punitive damages* no puede otorgarse más de lo que se otorgó por daños y perjuicios.

Finalmente debemos prestar atención al *non bis in idem*, el cual prohíbe que alguien sea castigado dos veces por la misma pena. El Tribunal Constitucional del Perú ha señalado en el Exp. N.° 008-2001-HC/TC que el *non bis in idem* es "un derecho constitucional por virtud del cual queda proscrito que en ejercicio de la potestad punitiva y sancionatoria del Estado una persona pueda ser condenada dos o más veces por los mismos hechos y con idéntico fundamento".

Consideramos particularmente interesante tener en cuenta este principio, pues se debe evitar el problema de las múltiples sanciones. En primer lugar, si la conducta que ocasiona el daño también califica como un delito y procede un *criminal fine*, no se podría otorgar *punitive damages* si previamente ya se condenó al pago de una multa penal. Es necesario prestar atención tanto a los remedios civiles como a los remedios penales.

Además, tengamos en cuenta los problemas que podrían generarse por la imposición de diversas condenas punitivas por un mismo hecho contra el mismo demandado. Si un demandante obtiene una condena favorable por *punitive damages*, al día siguiente podría presentarse otro demandante solicitando también *punitive damages*, y así de manera sucesiva hasta que hayan demandado todas las víctimas existentes. Este problema ha sido el centro de atención de la sentencia emitida por la Corte Suprema de los EE. UU. en el caso *Philip Morris* (2007). Una solución interesante a este problema es prohibir legislativamente el cobro de *punitive damages* si antes ya se otorgaron contra el demandado por las mismas razones. Eventualmente se podría justificar alguna excepción

si la cuantía punitiva fue baja de manera que no se produjo el efecto disuasivo necesario, o si la conducta dañina del demandado no ha cesado.

Queda pendiente que las cortes peruanas se pronuncien sobre la constitucionalidad de estos "daños punitivos". Los empleadores podrían alegar los principios y garantías constitucionales que regulan a las sanciones penales para inaplicar la imposición de "daños punitivos", sobre todo los creados por el VI Pleno. En estos casos proceden los "daños punitivos" ante accidentes, pero el VI Pleno no ha regulado adecuadamente el ámbito de aplicación de tal sanción. Entonces, podría darse el caso que se termine imponiendo una sanción allí donde realmente no se justifica imponer una. En este caso, al haberse creado por Pleno, podría preferirse a los principios *nulla poena sine lege* y *nulla crimen sine lege*, y así considerar como no vinculantes a los "daños punitivos" a la peruana.

3.3. Argentina

Antes de Perú, si en Latinoamérica se hablaba de *punitive damages* era necesario mencionar a Argentina. Al igual que en Europa, Latinoamérica mantenía una posición pasiva o en todo caso activamente en contra de los *punitive damages*. Muestra de ello es que los códigos latinoamericanos no reconocen expresamente a los *punitive damages*, tal como ocurre en Europa. Pero cuando el escenario europeo va cambiando—como hemos demostrado—hacia una realidad más receptora de los *punitive damages* —al menos empezando por el execuátur— uno podría esperar que tal cambio tenga cierto impacto en Latinoamérica como representantes del *civil law*.

Si bien es cierto que no ha habido un cambio significativo en Latinoamérica en donde aún se mantiene el dogma de la compensación, sí resulta interesante prestar atención al reconocimiento expreso por ley de los *punitive damages* en el derecho de consumo argentino[456] y de cuál ha sido la respuesta de la jurisprudencia argentina al respecto. De

456 García Matamoros, Laura Victoria y María Carolina Herrera Lozano, "El concepto de los daños punitivos o punitive damages", art. cit., p. 224.

por sí la norma que admite a los *punitive damages* no ha sido la mejor y mucho menos su aplicación en la práctica. Sin embargo, analizar esta experiencia argentina resulta muy útil para evitar futuros errores al momento de decidir en cómo regular a los *punitive damages* en un sistema jurídico del *civil law*.

Desde el 2008 se encuentra vigente el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor[457], cuyo texto señala lo siguiente:

> Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se impongan no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de esta ley.

Al respecto debemos señalar lo siguiente: a) la norma habla de "daños punitivos", pero a la misma vez de "multa civil", b) se indica que la multa civil se paga en favor del consumidor, con lo cual más que una multa propiamente dicho (que por definición se paga al Estado) entendemos que se quiere hacer referencia a una sanción privada, c) el ámbito de aplicación de la norma es muy general pues señala que procederá contra el proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales,

457 Otaola, María Agustina, "Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al derecho argentino", en *Revista Via Iuris*, n.° 15, julio-diciembre 2013, p. 33; Otaola, María Agustina, "La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino", en *Revista de la Facultad*, n.° 1, vol. v, 2014, p. 137; Irigoyen-Testa, Matías, "Punitive Damages in Developing Countries: The Argentine case", en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, n.° 1, vol. 1, 2015, p. 82; Irigoyen-Testa, Matías, "La no asegurabilidad de los Daños Punitivos en Argetina: explicación desde el Análisis Económico Del Derecho", en *InDret*, n.° 3, 2011, p. 5; Moisá, Benjamínm, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la Ley No. 24.240", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.° 8, año 10, 2008, p. 270; Brodsky, Jonathan M., "Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores", en *Lecciones y Ensayos*, n.° 90, 2012, p. 278; Urriti, Leonardo Abel, "Los daños punitivos en elproyecto de reformas", en *Revista de Derecho UNS*, n.° 2, año 2, 2013, p. 60.

y además no se pronuncia respecto al nivel de reprochabilidad que se necesita para que proceda la imposición de "daños punitivos" (lo cual es una gran omisión al momento de regular esta sanción privada), d) menciona algunos criterios a efectos de la cuantificación de la condena (gravedad del hecho y demás circunstancias), pero hubiera sido recomendable que se mencione a los principales criterios, los cuales son ampliamente conocidos en el derecho comparado, y e) se impone un límite (cinco millones de pesos).

Al respecto resulta importante comentar algunas sentencias emitidas en virtud del art. 52 bis. Tal vez uno de los puntos que debemos resaltar es la falta de desconocimiento que suelen tener los civilistas respecto a qué son realmente los *punitive damages*. Esta sanción privada solo puede imponerse ante una conducta con agravantes, que genere una especial reprochabilidad. Los *punitive damages* no pueden proceder ante cualquier incumplimiento. En el caso *Teijeiro vs. Cervecería y Maltería Quilmes* (2011) se otorgaron dos millones de pesos por "daños punitivos". El demandante compró una gaseosa que contenía una envoltura de preservativo en su interior. El demandante solicitó reparación en especie, daño moral y "daños punitivos". En primera instancia se le dio la razón, pero en segunda instancia se dejó sin efecto la condena.

Este es un claro ejemplo de los problemas que pueden generarse de introducir los *punitive damages* cuando aún no son comprendidos. Sobre todo, porque los mismos pueden ser utilizados por demandantes oportunistas para demandar (sin verdadero sustento) con el objetivo de obtener una condena millonaria. En el caso en concreto, si alguien encuentra un condón en su bebida gaseosa, probablemente le dará asco y lo botará, pero ¿debemos compensar su daño moral? y más aún, ¿debemos imponer "daños punitivos" en este caso? Estamos de acuerdo en que el fabricante incurrió en una grave negligencia en su proceso de producción, pero de allí a que haya tenido la intención deliberada de colocar el condón en la bebida para provocar malestar en los consumidores, es poco o nada creíble. Solo en este último caso se podría pensar en "daños punitivos", pero, según los hechos del caso, ni siquiera debería proceder la condena por daño moral.

Como señala Otaola sobre el caso, "resultaba necesaria la adicional existencia de un grave reproche subjetivo para justificar la adopción de esa medida *excepcional* destinada a disuadir al que provocó el daño de las consecuencias que generó el ilícito e intentar de ese modo, evitar su futura repetición"[458]. De esta reflexión podemos indicar que a) los *punitive damages* requieren de un especial reproche subjetivo, que en términos civiles, podemos entenderlo como un dolo especial o agravado, y b) su imposición es excepcional.

También llama la atención los demandantes que solicitaron "daños punitivos" por hechos anteriores a la entrada en vigencia del art. 52 bis, como ocurrió en *María Cañadas vs. Bank Boston* (2008) o *F.E.R. vs. Bayer* (2012). Ante casos como estos debemos recordar siempre que los *punitive damages* tiene naturaleza híbrida al ser la manifestación de la función punitiva pero impuesta en un litigio entre privados. Al ser esto así, le es aplicable los principios básicos del derecho penal como la tipicidad de las penas y la prohibición de retroactividad. Entonces, los *punitive damages* se aplican para adelante, nunca para atrás.

¿Qué ocurrirá en el Perú con los plenos jurisdiccionales? Ninguno de los dos define el nivel de reprochabilidad que debe presentarse en el caso en concreto para que proceda la imposición de "daños punitivos". Si los civilistas en el Perú no han llegado a comprender realmente a los *punitive damages*, qué podemos esperar de los laboralistas, quienes deberían tener la seguridad al momento de consultar a sus colegas civilistas sobre qué cosa son los *punitive damages*. Precisamente en el Perú al ser los civilistas los especialistas en derecho de daños, han sido los protagonistas al momento de explicar a los laboralistas qué son los *punitive damages*. Pero salvo excepciones, lo único que se ha hecho es trasladar la falta de comprensión de los civilistas a los laboralistas. Muestra de ello son los errores incurridos por los jueces laborales al momento de regular a los "daños punitivos" en los plenos jurisdiccionales.

458 Otaola, María Agustina, "Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al derecho argentino", art. cit., p. 36.

Con posterioridad al art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, se intentó incluir a los *punitive damages* en el Código Civil argentino. El Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012 pretendía introducir a la "sanción pecuniaria disuasiva" conforme a los artículos 1714 y 1715:

> Art. 1714 .- 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 peticionar 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.
>
> Art. 1715.- Punición excesiva. Si la aplicación de condenas 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 art. anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Parece que la experiencia jurisprudencial permitió que el intento de incorporar a los *punitive damages* en el Código Civil argentino se materializase en una norma que en cierta manera corrigió los defectos del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. El art. 1714: 1) precisa que la sanción privada procede a petición de parte, 2) contra quien "actúa con grave menosprecio", con lo cual, a diferencia del art. 52 bis, se tipifica el especial carácter subjetivo que se necesita para imponer una sanción privada —que en nuestra opinión, debe quedar en claro que se trata de un dolo especial o dolo agravado—, y 3) se enuncian diversos criterios a tener en cuenta al momento de fijar la cuantía de la condena, entre ellos, la gravedad de la conducta, el beneficio obtenido, el patrimonio del sancionado, la imposición de otras sanciones penales o administrativas.

A diferencia del V y VI Pleno Jurisdiccional que erróneamente señalan que los "daños punitivos" pueden imponerse de oficio, lo cual atenta directamente contra el derecho de defensa de rango constitucional, el

art. 1714 señala que solo proceden a petición de parte. Por otro lado, se mejora el ámbito de aplicación de la "sanción pecuniaria disuasiva" al señalar que la conducta susceptible de sanción debe caracterizarse por manifestarse con un grave menosprecio hacia los derechos del otro. Esto corrige el error legislativo del art. 52 bis que señala que proceden los "daños punitivos" ante el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales, sin definir el especial carácter subjetivo que debe tipificar a la conducta objeto de sanción. Esta omisión permitía a los jueces argentinos imponer "daños punitivos" ante situaciones que no merecían la imposición de sanción alguna.

Finalmente, se hace un mejor trabajo al recopilar y enunciar los criterios que debe tener en cuenta el juez al momento de cuantificar el monto de la sanción privada. A diferencia del art. 52 bis que solo mencionaba a la gravedad de la conducta y otras circunstancias, el art. 1714 menciona al beneficio obtenido por el demandado, su patrimonio y otras sanciones que puedan imponerse. Debemos destacar la mención a las otras sanciones que puedan imponerse, pues está reconociendo como aplicable a los "daños punitivos" la prohibición de imponer múltiples sanciones por el mismo hecho (*non bis in idem*). Incluso el art. 1715 regula de manera más clara esta regla. Si ya se condenó al pago de alguna sanción penal o administrativa, el juez civil podría decidir en no otorgar "daños punitivos" o en todo caso otorgar una condena de menor cuantía.

Finalmente, los artículos 1714 y 1715 no fueron aprobados. Sin perjuicio de ello, queda como antecedente que Argentina en Latinoamérica, al igual que Francia en Europa, hizo sus esfuerzos para incorporar en su Código Civil a los *punitive damages*. En el Perú, el *Anteproyecto de Reforma* (2018) del Código Civil, liderado por su presidente Gastón Fernández Cruz, no contiene a los "daños punitivos", lo cual era de esperarse debido a la conocida posición doctrinaria y tradicional del líder de la reforma.

3.4. Quebec

Resulta interesante tener en cuenta a Quebec, un sistema mixto de influencia francesa y anglosajona, y la posición que ha tomado tal parti-

cular sistema jurídico respecto a la procedencia de los *punitive damages*. En Quebec existe una norma expresa que reconoce la procedencia de los *punitive damages* (*dommages-intérêts punitifs*)[459]. Esta norma[460], vigente desde 1994, se encuentra en el art. 1621 del Código Civil de Quebec[461]. Esta disposición se encuentra en la parte general dedicada a los daños (*De l'évaluation en général*) y señala lo siguiente[462]:

> Cuando la ley establezca la concesión de daños y perjuicios punitivos, lo mismos no pueden exceder, en valor, lo que sea suficiente para garantizar su función preventiva.
>
> Se evalúan teniendo en cuenta todas las circunstancias apropiadas, incluyendo la gravedad en la culpa del deudor, su situación patrimonial, o el alcance de la reparación a la que está obligada ante el acreedor, así como, de ser el caso, del hecho que el pago de la reparación sea, en todo o en parte, asumida por un tercero.

El primer párrafo señala que los *punitive damages* se otorgan allí donde una norma regula su procedencia en concreto. Si bien el art. 1621 reconoce la posibilidad de imponer *punitive damages*, los mismos se otorgarán en los casos específicos determinados por ley. Adicionalmente

459 Lacroix, Mariève, "Pour une Reconnaissance Encadrée des Dommages-Intérêts Punitifs en Droit Privé Français Contemporain, à L'Instar du Modèle Juridique Québécois", art. cit., pp. 598-599.

460 De manera similar, Louisiana, también de influencia francesa y anglosajona, reconoce a los *punitive damages* en el art. 3546 del Louisiana Civil Code: "Punitive damages may not be awarded by a court of this state unless authorized: (1) By the law of the state where the injurious conduct occurred and by either the law of the state where the resulting injury occurred or the law of the place where the person whose conduct caused the injury was domiciled; or (2) By the law of the state in which the injury occurred and by the law of the state where the person whose conduct caused the injury was domiciled".

461 Pratte, Pierre. Le rôle des dommages punitifs en droit québécois. En Revue du Barreau, Tome 59, Automne 1999, pp. 468-469.

462 "Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.
Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers".

se indica que el monto que determinará el juez no deberá exceder de lo que sea necesario para cumplir la función preventiva.

El segundo párrafo enuncia ciertos criterios para tener en cuenta al momento de determinar la cuantía de los *punitive damages*: 1) la gravedad de la culpa del deudor, 2) su situación patrimonial, 3) la extensión de los daños compensatorios, y, de ser el caso, 4) el hecho de que la totalidad o parte de los daños compensatorios sean asumidos por un tercero (piénsese en su seguro).

Es importante prestar atención a los supuestos específicos en donde se permite otorgar *punitive damages*. Estos casos específicos demuestran los valores que Quebec ha optado en proteger de manera especial, sancionando a aquellos infractores que violen dichos valores.

Por ejemplo, para el contrato de arrendamiento, el art. 1899 del Código Civil de Quebec otorga especial protección a la mujer inquilina que está embarazada o tiene hijos, en el sentido que el arrendador no puede negarse a suscribir un arrendamiento o a mantener al arrendatario en sus derechos o de imponerle condiciones más onerosas por el simple hecho de tratarse de una mujer embarazada o con varios hijos. La violación de esta provisión podrá dar lugar a la condena de *punitive damages*[463]:

> El propietario no puede negarse a arrendar a una persona, negarse a mantener sus derechos o imponerle condiciones más onerosas por el único motivo de que está embarazada o tiene uno o más hijos, a menos que el rechazo se justifique por el tamaño de la vivienda; él no puede, tampoco, actuar por la única razón de que la persona ejerció un derecho concedido a ella en virtud de este capítulo o la Ley relativa a la Autoridad de Vivienda (capítulo R: 8.1).

463 "Le locateur ne peut refuser de consentir un bail à une personne, refuser de la maintenir dans ses droits ou lui imposer des conditions plus onéreuses pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a un ou plusieurs enfants, à moins que son refus ne soit justifié par les dimensions du logement; il ne peut, non plus, agir ainsi pour le seul motif que cette personne a exercé un droit qui lui est accordé en vertu du présent chapitre ou en vertu de la Loi sur la Régie du logement (chapitre R-8.1).
Il peut être attribué des dommages-intérêts punitifs en cas de violation de cette disposition".

> Se pueden otorgar daños y perjuicios punitivos por incumplimiento de esta disposición.

También se podrá otorgar *punitive damages* contra el arrendador u otra persona que hostigue al arrendatario hasta el punto de limitar su derecho al uso pacífico del inmueble o inducirlo a desocuparlo. Esto conforme al art. 1902 del Código Civil de Quebec[464]. También proceden los *punitive damages* en caso de desalojo por mala fe, conforme al art. 1968[465].

Algunos comentaristas han señalado que el reconocimiento expreso de los *punitive damages* en el Código Civil de Quebec ha influenciado la inclusión de tal concepto punitivo en el Proyecto Catala (art. 1371)[466]. Finalmente, tal concepto no llegó a formalizarse, pero quedó como evidencia contundente de que Francia cada vez está más cerca de admitir en el Code Civil a los *punitive damages*.

Teniendo en cuenta la opción legislativa en Quebec respecto a la procedencia de los *punitive damages* para conflictos de arrendamiento, cabría preguntarnos si dicha opción sería deseable en el Perú, un país con graves conflictos entre arrendador-arrendatario en supuestos de desalojo. ¿Qué pasaría en el Perú si una ley especial reconociera la posibilidad de imponer *punitive damages* contra la parte que realizó un desalojo de mala fe? ¿generaría incentivos en el arrendador para no ser precipitado, entiéndase, sea más diligente al momento de pretender un desalojo? ¿o generaría incentivos para que el arrendatario sea oportunista y permanezca en el bien aprovechándose del miedo del arrendador

464 "Le locateur ou toute autre personne ne peut user de harcèlement envers un locataire de manière à restreindre son droit à la jouissance paisible des lieux ou à obtenir qu'il quitte le logement.
Le locataire, s'il est harcelé, peut demander que le locateur ou toute autre personne qui a usé de harcèlement soit condamné à des dommages-intérêts punitifs".

465 "Le locataire peut recouvrer les dommages-intérêts résultant d'une reprise ou d'une éviction obtenue de mauvaise foi, qu'il ait consenti ou non à cette reprise ou éviction.
Il peut aussi demander que celui qui a ainsi obtenu la reprise ou l'éviction soit condamné à des dommages-intérêts punitifs".

466 Brun, Philippe, "Les Projets de Réforme du Droit Français des Obligations et L'Influence du Droit Québécois", art. cit., p. 462.

de ser castigado con *punitive damages*? Dejamos abiertas estas preguntas para que algún especialista en temas de desalojo (e interesado en los *punitive damages*) pueda dar una respuesta satisfactoria a tal problemática.

IV. *PRIVATE ENFORCEMENT* Y LA UNIÓN EUROPEA

4.1. *Private* vs. *public enforcement* en el derecho comparado

Para entender a los *punitive damages* es necesario comprender el concepto de *private enforcement* que caracteriza al sistema jurídico americano, a diferencia del sistema europeo continental, el cual permite justificar los altos montos punitivos que se otorgan en EE. UU. Pero lo más interesante es que también permite justificar una excepción en el *civil law* a la *réparation intégrale*, para explicar por qué la víctima puede enriquecerse en parte con el pago de *punitive damages*, y esto ya tiene antecedentes a nivel comunitario en Europa.

Enforcement significa aplicación o ejecución y, a efectos jurídicos, se refiere a "hacer cumplir la norma" (*law enforcement*). El *enforcement* puede ser privado o público, y la opción por el uno o el otro es lo que distingue al sistema jurídico anglo-americano del sistema jurídico europeo continental[467]. En EE. UU. se confía mucho en el poder auto regulador del mercado, y, en consecuencia, se considera que los privados tienen los incentivos para iniciar litigios y hacer cumplir las normas entre ellos. Cuando estos incentivos no son suficientes, es labor del derecho crear los incentivos necesarios[468]. Así, la función regulatoria y *enforcement*

467 Vanleenhove, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", en Appermont, Niels and Ulrike Cerulus (eds.), *Participatie van de burger in de rechtsorde. Participation du citoyen à l'ordre juridique*, Brugge: Die Keure, 2017, p. 84; Tolani, Madeleine, "U.S. Punitive Damages before German Courts: A Comparative Analysis with respect to the Ordre Public", en *Annual Survey of International & Comparative Law*, n.° 1, vol. 17, 2011, p. 205.

468 Rathod, Jason y Sandeep Vaheesan, "The Arc and Architecture of Private Enforcement Regimes in the United States and Europe: A View Across the Atlantic", en *University of New Hampshire Law Review*, n.° 2, vol. 14, 2015, p. 313: "To promote effective private enforcement, governments must establish the proper incentives for parties to bring suits. Litigation can be a very costly undertaking so the expected benefits must be correspondingly large. A statu-

está encomendada principalmente a los privados y las cortes (*private enforcement*), independientemente de la existente y menos importante función regulatoria y *enforcement* del derecho administrativo y penal (*public enforcement*).

Así es como el *private enforcement* en EE. UU. sirve para ejercer los derechos privados, pero también para garantizar el cumplimiento de normas públicas[469]. Un campo en donde se utiliza el *private enforcement* es en la responsabilidad extracontractual[470]. De allí que la defensa de intereses públicos en el ámbito privado a través de la responsabilidad extracontractual haya dado lugar a la creación del término *crimtort* (*crime* + *tort*).

Por el contrario, en Europa existe la tradicional idea de distinguir con énfasis lo público de lo privado, de manera que la regulación solo pertenece a los poderes legislativo y ejecutivo (*public enforcement*), mientras que las cortes no pueden regular. Esto tiene sus antecedentes en la Revolución francesa y la división de poderes del Estado, por las cuales el juez solo se limita a encontrar la regla de derecho aplicable a un caso en concreto. Por ello mismo, también se encuentra la fuerte distinción entre lo compensatorio y punitivo, siendo el derecho privado solo compensatorio y no punitivo, pues esta última función pertenece al derecho administrativo y penal.

tory private right of action is likely to be a dead letter if it imposes costly procedural burdens and provides for only modest recoveries for successful plaintiffs".

469 Hodges, Christopher, *Law and Corporate Behavior. Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*, Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 67.

470 De Trazegnies, Fernando, "Estudio Preliminar de la Responsabilidad Extracontractual", en Soto Coaguila, Carlos Alberto (dir.), *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 30-31: "Hay otra función que también le ha sido atribuido a la responsabilidad extracontractual. En los países que han desarrollado una alta consciencia cívica y donde las personas no esperan la acción administrativa del Estado para corregir ciertos males sociales son que cada uno pone en marcha en tal sentido los mecanismos que tiene a mano, la responsabilidad extracontractual ha sido utilizada por los ciudadanos para luchar contra la contaminación ambiental causada por el sector privado y también por el Estado y para la defensa del consumidor frente a los productos defectuosos. De esta manera se produce una verdadera y eficiente militancia jurídica por el bien común, llevada a cabo por personas individuales y por sectores de opinión organizados, que intenta luchar contra los males sociales desde abajo, desde el nivel de los ciudadanos, con la ayuda del Poder Judicial".

Recordemos que en 1992 la *Bundesgerichtshof* señaló, como una de las razones para justificar el rechazo de execuátur de una sentencia americana que impuso *punitive damages*, el hecho de que los privados no puedan actuar como un fiscal público privado (*private public prosecutor*). Por el contrario, en el derecho americano los privados sí cumplen la función de actuar como fiscalías público-privadas *ad hoc*. Es así que mientras en el sistema jurídico europeo continental, la regulación y *enforcement* solo se encuentra en el poder legislativo y ejecutivo (*public enforcement*), en el sistema jurídico americano dicha labor pertenece a los privados y las cortes (*private enforcement*).

Por ello se habla de *regulation through litigation*, y se permite que el mercado se regule a través de la imposición de juicios, siendo que este movimiento, en el sistema judicial, tendrá el posterior efecto de ejercer presión en el Estado para que regule allí donde hay vacío[471]. Una condena desfavorable en contra de un productor de cigarros manda un claro mensaje disuasivo a toda la industria de cigarros, y al mismo tiempo avisa al Estado de la necesidad de regular tal problema. Así es como los litigios lideran el *private enforcement*.

Por ello mismo también se contrapone la noción clásica y pública de *regulation* frente al *litigation* (o *private regulation*) como dos sistemas distintos de control social. El *regulation* opera *ex ante* (es preventivo), a través de reglas claras elaboradas por expertos en la materia (legisladores) y basados en métodos públicos de *enforcement*. Por el contrario, el *litigation* opera *ex post* (es correctivo y disuasivo), usa estándares (normas generales) que serán aplicadas al caso en concreto y se vale de métodos privados de *enforcement*[472]. En términos comparados, Europa regula *ex ante*, mientras que EE. UU. lo hace *ex post*.

471 Viscusi, W. Kip, "Overview", en Viscusi, W. Kip (ed.), *Regulation through Litigation*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002, pp. 3 y 4. Véase también Cooper, Richard M., "Regulation through Private Litigation", en *Food and Drug Law Journal*, n.° 4, vol. 47, 1992, p. 437 y ss.

472 Posner, Richard A., "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts). An Analytical Framework", en Kessler, Daniel P. (ed.), *Regulation vs. Litigation. Perspectives from Law and Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13. Véase también Klöhn, Lars, "Private

En EE. UU. se desea que los privados reclamen la afectación de sus derechos y que sean ellos mismos los encargados de hacer cumplir las normas. Para que esto suceda se necesita de instrumentos legales que incentiven y recompensen el *private enforcement*[473]. Entre ellos se encuentran las *class actions* (permiten que una masa de personas pueda demandar a menor costo y lograr la condena de un alto monto dinerario), *contingent fees* (permiten que una persona pueda demandar sin asumir el costo del proceso) y, por supuesto, los *punitive damages* (otorgan un beneficio en favor del demandante)[474]. No en vano se considera que los americanos tiene una cultura litigiosa, a diferencia de los japoneses, quienes prefieren evitar el conflicto[475].

La procedencia de *punitive damages*, entonces, es vista en el sistema jurídico americano como una recompensa en favor de los litigantes privados por el hecho de hacer cumplir la norma legal. En simple, se promueve una actitud activa por parte de los ciudadanos, que consiste en la participación ciudadana para el cumplimiento de las normas jurídicas a través de los *punitive damages*[476]. El sistema judicial americano está hecho para que los demandantes puedan litigar a menor costo y los demandados tengan que asumir altos montos dinerarios si cometen malas conductas.

El *private enforcement* tiene una clara lógica económica. De nada sirve que exista un derecho de la responsabilidad civil si la misma no generará un impacto en el comportamiento de los potenciales dañadores, esto es,

versus Public Enforcement of Laws-A Law & Economic Perspective", en SCHULZE, Reiner (ed.), *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich: Sellier European Law Publisher, 2011, p. 179 y ss.

473 FARHANG, Sean, *The Litigation State. Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.*, Nueva Jersey: Princeton University Press, pp. 19 y 20.

474 OWEN, David, Owen, "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform", en *Villanova Law Review*, n.° 2, vol. 39, 1994, p. 380.

475 FRIEDMAN, Lawrence, *Impact. How Law Affects Behavior*, Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 133.

476 VANLEENHOVE, Cedric, "Citizen's participation through U.S. punitive damages. Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", art. cit., p. 84.

incentivarlos a que no cometan daños. No solo hay que prestar atención al monto de la eventual condena dineraria, sino a la probabilidad de que el dañador sea encontrado responsable. El objetivo es que no escape de la justicia, y esta probabilidad aumenta si en el mercado existe una posición activa frente a interposición de litigios. Si un potencial dañador sabe que si ocasiona un daño no será demandado, entonces no tendrá los incentivos para tomar medidas de prevención. Por el contrario, si sabe que no existen obstáculos para poder demandar (piénsese en los *contingent fees*) y que, incluso, existen incentivos para demandar (el pago de *punitive damages*), entonces sabrá que si comete un daño será llevado a los tribunales. Como explica FRIEDMAN: "But one thing is clear, if nobody enforces a law, and people know this, then it has no impact"[477].

Así es como los *punitive damages* sirven como un instrumento del *private enforcement*. Si el demandado es en efecto responsable, entonces tendrá incentivos para transar antes que se emita un fallo millonario. Pero este escenario beneficioso para las víctimas solo es posible si, en primer lugar, se activa la tutela del derecho, y esto empieza con la interposición de demandas por parte de los privados. Así es como los ciudadanos hacen valer privadamente sus derechos.

4.2. *Punitive damages* en el derecho de la Unión Europea

Uno podría pensar que la perspectiva respecto al *law enforcement* que tienen el *civil law* y EE. UU. son antitéticas, ya que el *civil law* prefiere al *public enforcement*, mientras que EE. UU. al *private enforcement*. Sin embargo, el creciente interés en Europa por los *punitive damages* no solo se debe al deseo de castigar aquellas conductas agravantes, sino también en el deseo y la necesidad de hacer cumplir las normas, lo cual en muchas situaciones no se logra limitando al derecho privado al dogma de la compensación[478].

477 FRIEDMAN, Lawrence, *Impact. How Law Affects Behavior*, ob. cit., p. 113.

478 MEURKENS, Renée, *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Wolter Kluwer Business, 2014, p. 281.

Este cambio de conciencia tiene un antecedente a nivel comunitario en el derecho de la libre competencia. El 19 de diciembre del 2005, la Comisión Europea emitió un Green Paper, en el cual, para garantizar el cumplimiento de las normas de libre competencia, se propuso la inclusión de *double damages* en favor de los litigantes. En otras palabras, se buscaba el *private enforcement* a través de los *punitive damages*[479]. La intención de reforzar el cumplimiento de las leyes *antitrust* se debe a la dificultad y correspondiente baja probabilidad de detención de las conductas anticompetitivas y de la difícil probanza del daño respectivo. Los daños derivados pueden ser tan intangibles al afectar a la economía en general que puede ser complicado para algún afectado cumplir con la probanza de la certeza del daño.

A pesar del esfuerzo del Green Paper mencionado y de la especial protección que se pretende en Europa respecto al derecho de la competencia, en la propuesta final para la directiva respectiva se quitó la mención a la posibilidad de pedir daños más allá de los compensatorios[480]. Entonces no puede otorgarse una condena dineraria cuyo monto ascienda al doble de los daños compensatorios.

Sin perjuicio de ello, resulta interesante evidenciar que el derecho de la Unión Europea no sigue necesariamente el camino de las legislaciones nacionales respecto a la posibilidad de otorgar *punitive damages*. Es cierto que los países de Europa aún no introducen en sus respectivos códigos civiles una norma legal que permita a los jueces o árbitros a imponer *punitive damages* con carácter general. Ello sin considerar que Suiza (1989), Grecia (1999), España (2001), Francia (2010) e Italia (2017) hayan señalado, vía execuátur, que los *punitive damages* no son contrarios al orden público nacional o internacional. A pesar de que Europa aún no ha dado el paso definitivo, el derecho de la Unión Europea mantiene una posición más receptiva frente a los *punitive damages*.

479 Rouhette, Thomas, "The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?", en *Defense Counsel Journal*, n.° 4, vol. 74, 2007, p. 323.

480 Rathod, Jason y Sandeep Vaheesan, "The Arc and Architecture of Private Enforcement Regimes in the United States and Europe: A View Across the Atlantic", art. cit., p. 354.

Un ejemplo legislativo se encuentra en el art. 32 de la Regulación Roma II, la cual señala que solo serán contrarios al orden público las condenas punitivas que sean excesivas, de manera que la prohibición no se enfoca en el concepto de *punitive damages* mismo, sino en su proporcionalidad, como se indica a continuación:

> Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. In particular, the application of a provision of the law designated by this Regulation which would have the effect of causing non-compensatory exemplary or punitive damages of an excessive nature to be awarded may, depending on the circumstances of the case and the legal order of the Member State of the court seised, be regarded as being contrary to the public policy (order public) of the forum.

Como vemos, no se opta por un rechazo absoluto de los *punitive damages*.

Jurisprudencialmente es pertinente mencionar al caso Vincenzo Manfredi *and Others vs.* Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA *and Others* (2006) (Manfredi) resuelto por la Court of Justice of the European Union (CJEU) por incumplimiento del derecho de la competencia de la Unión Europea[481]. En el 2000, la Autorità Garante della Concorrenza e il Mercato (AGCM), el regulador italiano de la competencia, declaró que las compañías de seguro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Fondiaria-Sai SpA and Assitalia SpA habían llegado a un acuerdo horizontal ilegal para intercambiar información sobre el sector seguros y coordinar precios a efectos de incrementar las primas del seguro obligatorio por accidentes de tránsito. Vincenso Manfredi y otros accionaron ante una corte nacional italiana reclamando la restitución de las primas indebidamente cobradas, debido a la declaración de la AGCM. La CJEU analizó si la aplicación del derecho nacional excluía la aplicación de la normativa

481 CJEU 13.7.2006, Joined Cases C-295/04 to C-298/04 Vincenzo Manfredi and Others *v.* Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others [2006] ECR I-06619.

comunitaria. Finalmente, concluyó que podría verificarse un incumplimiento simultáneo.

Uno de los aspectos más interesantes del pronunciamiento de la CJEU fue la extensión de los daños resarcibles. La CJEU no solo señaló que las víctimas podrían reclamar tanto el daño emergente como el lucro cesante, sino que también procedería el pago de *punitive damages*. Sin perjuicio de que tal remedio no esté reconocido en el derecho de la Unión Europea, son procedentes siempre que los mismos sean otorgados en acciones similares conforme al derecho doméstico, en virtud de los principios de equivalencia y efectividad[482]. Como señala la CJEU, a continuación:

> As to the award of damages and the possibility of an award of punitive damages, in the absence of Community rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to set the criteria for determining the extent of the damages, provided that the principle of equivalence and effectiveness are observed[483].

De esta manera, el derecho de la Unión Europea no tomó una posición absoluta en contra de los *punitive damages*, sino que corrió traslado a las legislaciones nacionales para que sean ellas las que definan la procedencia de tal remedio punitivo. Podría parecer que este pronunciamiento es superfluo, pues las legislaciones nacionales europeas aún no reconocen expresamente a los *punitive damages*. Pero esto no ha sido

482 Komminos, Assimakis P., "Private Enforcement in the EU with emphasis on damages actions", en Lianos, Ioannis y Damien Geradin (eds.), *Handbook on European Competition Law. Enforcement and Procedure*, Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 253; Chalmers, Damian y Giorgio Monti, *European Union Law. Text and Materials. Updating Supplement*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 158; Nazzini, Renato, "Potency and Act of the Principle of Effectiveness: The Development of Competition Law Remedies and Procedures in Community Law", en Barnard, Catherine y Okeoghene Odudu (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oregon: Hart Publishing, 2009, p. 419; Carpagnano, Michele, "El *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados", C 295-298/04, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.° 1, 2007, p. 16.

483 Dnes, Stephen, "An Economic Approach to Remedies in Private Competition Actions", en Danov Mihail; Becker, Florian y Paul Beaumont (eds.), Cross-Broder EU Competition Law Actions, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 338.

obstáculo para que la CJEU señale que, de darse el caso, sea posible otorgar *punitive damages* en acciones comunitarias. Este pronunciamiento es un claro avance hacia el ascenso del *private enforcement* en Europa.

Esto finalmente se materializó por la Corte Laboral de Suecia, la cual, siguiendo el pronunciamiento preliminar de la CJEU en diciembre del 2007, otorgó *punitive damages* en el caso *Laval un Partneri Ltd* (2009) (Laval)[484]. Este caso consistió en ciertas acciones de bloqueo ejecutadas contra Laval por dos sindicatos. Laval no probó exitosamente la ocurrencia de un daño pecuniario, sin embargo, era evidente que había sufrido un daño. Por tal motivo, la Corte Laboral de Suecia otorgó €55 000 en *punitive damages* en favor de Laval por incumplimiento del derecho de la Unión Europea[485].

Recordemos que años anteriores ya se habían dado avances significativos en favor de los *punitive damages* a nivel de la Unión Europea. El ejemplo más ilustrativo ha sido lo resuelto en *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen* (1984) y *Nils Draehmpaehl vs. Urania Immobilienservice OHG* (1997), las cuales dieron lugar a la promulgación de la Directiva 2002/73/EEC, que modificó la Directiva 76/207/EEC, y en donde se exige a los Estados Miembro la implementación de medidas que sean *effective, proportionate and dissuasive* para combatir la discriminación laboral. Como explican algunos comparatistas, "the CJEU leaves room to the Member States to choose appropriate measures to remedy violation, including punitive damages"[486]. Otros comentaristas como Koch tienen una posición más conservadora y consideran que, a pesar de la jurisprudencia de la CJEU que genera

484 Giliker, Paula, "The Future of EU Tort Law", en Giliker, Paula (ed.), *Research Handbook of EU Tort Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 451.

485 Rönnmar, Mia, "Laval returns to Sweden: The Final Judgment of the Swedish Labour Court and Swedish Legislative Reforms", en *Industrial Law Journal*, n.° 3, vol. 39, 2010, p. 281; Malmberg, Jonas, "Posting post-*Laval*: Nordic responses", en Moreau, Marie-Ange y Iryna Ulasiuk (ed.), *Before and After the Economic Crisis. What implications for the 'European Social Model'?*, Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 35.

486 Büyüksagis, Erdem; Ebert, Ina; Fairgrieve, Duncan; Meurkens, Renée Charlotte y Francesco Quarta, "Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism", en *European Business Law Journal*, n.º 1, vol. 27, 2016, p. 138.

confusiones, aún no existe en el derecho europeo una fuerte posición favorable para los *punitive damages*[487].

La balanza se va inclinando constantemente de un lugar hacia el otro. El 11 de junio del 2013, la EU Commission emitió un Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanism in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law, cuya recomendación 31 titulada "Prohibition of punitive damages" señalaba lo siguiente:

> The compensation awarded to natural or legal persons harmed in a mass harm situation should not exceed the compensation that would have been awarded, if the claim has been pursued by means of individual actions. In particular, punitive damages, leading to over-compensation in favour of the claimant party of the damage suffered, should be prohibited.

Como era de esperarse, esta recomendación ha sido duramente criticada. Büyüksagis, Ebert, Fairgrieve, Meurkens y Quarta señalan lo siguiente:

> In the absence of a clear stance at either EU or national level, the too general statement in Paragraph 31 of the Commission Recommendation 2013/396/EU of 11 June 2013 – "punitive damages leading to overcompensation in favour of the claimant party of the damage suffered should be prohibited" – is therefore unfortunate. It is advisable for the Commission to reconsider its position in the course of its 2017 review of the Recommendation's implementation to ascertain whether or not it remains consistent with the law in Europe. Indeed, the organic legal development of the European national laws should not be stifled by the unjustified policy changes imposed or recommended by Brussels. Until a possible revision of the Recommendation, national courts should retain the freedom to choose whether, and under what conditions, they recognise punitive damages[488].

487 Koch, Bernhard, "Punitive Damages in European Law", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, New York: Springer, 2009, p. 208: "Despite constant rumours to the contrary, punitive damages do not seem to be of any Significance in EU law yet".

Finalmente, el 25 de enero del 2017, la CJEU se pronunció en favor de la aplicación de *punitive damages* en el derecho nacional ante infracciones a la propiedad intelectual, y sobre la compatibilidad de los mismos con el derecho de la Unión Europea.

En *Oławska Telewizja Kablowa (OTK) vs. Stowarzyszenie Filmowców Polskich* (SFP) se discutió si se era conforme al derecho de la Unión Europea otorgar un monto dinerario ascendente a dos o tres veces el monto del hipotético *license fee* por infracción a la propiedad intelectual. Para que alguien pueda usar la propiedad intelectual de otro, debe acordar el pago de una retribución (*license fee*). En caso de infracción y conforme al derecho de Polonia, el agraviado puede solicitar como compensación el doble o triple del *license fee* que se hubiera acordado (*hypothetical royalty*), sin necesidad de probar la ocurrencia de daños. En el caso en concreto, SFP solicitó ante las cortes nacionales que OTK se abstuviera de utilizar su propiedad, y, en consecuencia, que pagara una compensación.

La Corte Suprema de Polonia tenía dudas si el derecho de Polonia era compatible con el art. 13 de la Directiva 2004/48 on the enforcement of intellectual property rights, y, en consecuencia, derivó el caso a la CJEU.

El art. 3(2) de la Directiva 2004/48 señala, respecto a las medidas para garantizar la protección de la propiedad intelectual, que "those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive". Según la CJEU, estas medidas incluyen la forma de cuantificación de los daños y representan un estándar mínimo, de manera que esto no impide que los Estados Miembros puedan optar por medidas más rigurosas[489].

488 Büyüksagis, Erdem; Ebert, Ina; Fairgrieve, Duncan; Meurkens, Renée Charlotte y Francesco Quarta, "Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism", art. cit., p. 157.

489 Vanleenhove, Cedric, "Punitive damages in intellectual property law-a private international law outlook", en Petillion, Flip (ed.), *Handhaving van intellectuele rechten in België = Res-*

La CJEU señaló que la posibilidad de otorgar el doble o triple del hipotético *license fee* como daños era compatible con lo señalado en el art. 13(1)(b) de la Directiva 2004/48, la cual señala lo siguiente:

> As an alternative to (a), they may, in appropriate cases, set the damages as a lump sum on the basis of elements such as at least the amount of royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorization to use the intellectual property right in question.

La CJEU precisó, sin embargo, que esto es compatible siempre y cuando no se llegue a un abuso de derecho, lo cual está prohibido conforme al mismo art. 3(2) de la Directiva 2004/48[490].

Este pronunciamiento de la CJEU nos permite estar ante dos escenarios: 1) ante un monto pecuniario compensatorio, o 2) ante un monto pecuniario punitivo. La primera interpretación es que el *hypothetical royalty* tiene carácter compensatorio. Dado que los daños a la propiedad intelectual son difíciles de probar, se puede considerar que el doble o triple del *license fee* es el monto correcto, según la práctica, para compensar a la víctima. Por otro lado, también podría ocurrir que el *hypothetical royalty* termine siendo, en efecto, mayor a los daños compensatorios, con lo cual tendría carácter punitivo al ser extracompensatorio.

El hecho de que la CJEU haya admitido esta forma de cuantificación, y aunque no lo haya indicado expresamente, permite que, en la práctica, las cortes nacionales pueden otorgar montos extracompensatorios ante afectaciones a la propiedad intelectual. Entonces, se terminan tolerando la imposición de condenas pecuniarias punitivas, las cuales son compatibles con el derecho de la Unión Europea.

Al final, uno puede apreciar que para mantener la inalienabilidad de ciertos derechos es necesario implementar medidas rigurosas, y tal rigurosidad se encuentra en la sanción. Solicitar la implementación de

pect des droits intellectuels en Belgique – 10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48/10 ans depuis la transposition de la directive européenne 2004/48, Bruselas: Larcier, 2017, p. 205.

490 Vanleenhove, Cedric, "Punitive damages in intellectual property law-a private international law outlook", art. cit., p. 206.

medidas efectivas y disuasivas sin que sean punitivas es una distinción que solo puede sostenerse en teoría. En la práctica, se necesita de medidas extracompensatorias para lograr la protección efectiva de los derechos, y, como sabemos, lo extracompensatorio tiene carácter punitivo. La Unión Europea demanda este tipo de medidas, y, en consecuencia, aunque no lo diga de manera expresa, termina avalando a la sanción privada.

V. LA ECONOMÍA DE LOS *PUNITIVE DAMAGES*

5.1. La función social de los *punitive damages*

Tal vez el impacto más importante del *private enforcement* en Europa es justificar una excepción a las reglas de la reparación integral del daño y la prohibición del enriquecimiento sin causa, para justificar que la víctima reciba un monto adicional y por encima de los daños compensatorios. Si se desea que la víctima actúe como un fiscal público-privado, entonces se debe otorga una recompensa en favor de aquel que tiene la labor de hacer cumplir el derecho.

Esta idea del *private enforcement* tiene sentido cuando se piensa en el rol social que tienen los *punitive damages*. Desde que la víctima es un fiscal público-privado, la demanda que presenta contra el demandado tiene un objetivo más importante que simplemente compensar a la víctima. El objetivo es que el demandado internalice todas las externalidades ocasionadas en la sociedad con su conducta dañina. En términos económicos, el demandado debe internalizar todo el costo social y no solo el costo privado[491]. Esta perspectiva se ha materializado en lo que se conoce como *socially compensatory damages*, los cuales se compensan a través de los *punitive damages*. En el caso *Ciraolo vs. City of New York* (2000) el juez Guido Calabresi introdujo la idea de los *socially compensatory damages*[492], los cuales fueron posteriormente desarrollados teóricamente

491 Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Heaven: Yale University Press, 1970, p. 68 y ss.; Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987; Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 6.

492 Zipursky, Benjamin, "A Theory of Punitive Damages", en *Texas Law Review*, n.° 1, vol. 84, 2005, p. 140.

por Catherine Sharkey al referirse a los *punitive damages* como *societal damages* destinados a cumplir un *societal compensation goal*[493].

La intención de los *punitive damages* como daños sociales busca reforzar el elemento compensatorio de esta condena punitiva, pero no nos referimos al elemento compensatorio frente al demandante. Hemos explicado que un sistema jurídico como el americano podría tener ciertas particularidades o deficiencias que produzcan una situación de *undercompensation* en la víctima. En tales circunstancias, se otorgan *punitive damages* para superar tal *undercompensation*.

Por el contrario, cuando hablamos de daños sociales, nos referimos a todas aquellas víctimas que por diversas razones no llegan a convertirse en demandantes. En este sentido, la víctima que demanda y solicita *punitive damages* es vista como el representante de todas aquellas víctimas no-demandantes que nunca obtendrán compensación. Precisamente, uno de los argumentos que suelen utilizar los abogados de los demandantes cuando buscan persuadir a los jurados para que otorguen altos *punitive damages* es reflexionar sobre todos aquellos daños que ha ocasionado el demandado y que no serán compensados.

Visto de esta manera, la determinación de la cuantía de los *punitive damages* es una buena oportunidad para internalizar el costo sufrido por las víctimas que no logran ir a juicio, o que, de hacerlo, pierden el caso cuando deberían haberlo ganado. Solo si el demandado es obligado a internalizar todo el costo social generado, entonces se logrará un verdadero efecto disuasivo. Tengamos en cuenta que la idea de los daños sociales no se enfoca en la función punitiva de los *punitive damages* sino en la compensatoria, pero no compensatoria privada sino compensatoria social.

Para que los daños sociales sean posibles en la práctica se propone que los *split-recovery statutes* sean claros al señalar que un alto porcentaje

493 Sharkey, Catherine M., "Punitive Damages as Societal Damages", en *The Yale Law Journal*, n.° 2, vol. 113, 2003, pp. 351 y 352; Sharkey, Catherine M., "The Future of Classwide Punitive Damages", en *University of Michigan Journal of Law Reform*, n.° 4, vol. 46, 2013, pp. 1131 y 1132.

de los *punitive damages* sea destinado a fondos con propósito de otorgar compensación a todas aquellas víctimas desamparadas, y que solo una menor porción sea pagada en favor del demandante. Así es como los demandantes tiene el incentivo para actuar como fiscales público-privados, pues se les beneficiará con una porción (25 % en promedio) de la condena de *punitive damages* y el resto se destinará a un fondo de compensación para resarcir a las víctimas no-demandantes.

Sin embargo, la propuesta de los *punitive damages* como daños sociales genera algunos inconvenientes. El demandado podría cuestionar el hecho de tener que pagar un monto dinerario por personas que son extrañas y terceros al proceso. El demandado tiene el derecho de defensa frente al daño ocasionado al demandante. Si cualquier otro tercero quiere obtener compensación, debería demandar y explicar por qué merece compensación. Ante tal petitorio, el demandado ejercerá su derecho de defensa. Si el demandado tiene que pagar por daños que no se discuten en el proceso, se vulnerarían básicos derechos procesales de rango constitucional. En efecto, esto fue precisamente lo que se discutió en el caso *Philip Morris, Inc. USA vs. Williams* (2007).

Anteriormente, en el caso *State Farm Mutual Automobile vs. Campbell* (2003), la Corte Suprema de los EE. UU. ya había cuestionado la práctica de aumentar la cuantía de los *punitive damages* para internalizar el costo generado en terceros ajenos al proceso. Finalmente, en *Philip Morris, Inc. USA vs. Williams* (2007), la Corte Suprema declaró expresamente como inconstitucional, en virtud de la *Due Process Clause*, que el jurado tenga en cuenta el daño ocasionado a terceros al momento de fijar la cuantía de los *punitive damages* contra el demandado.

Una de las preocupaciones que se tuvo en cuenta fue el incentivo perverso de demandar para obtener altas condenas punitivas. Si el demandante A es visto como representante de una masa de 100 víctimas y obtiene una condena punitiva por 100, nada impediría que al día siguiente el demandante B presente su demanda solicitando también 100, y posteriormente el demandante C. Esta práctica podría generar un costo ilimitado en perjuicio de los demandados, lo cual afectaría a

la industria en particular al incrementar los precios, o, en el peor de los casos, eliminando la industria, pues nadie ejercerá una actividad económica si los *punitive damages* son ilimitados[494].

En principio, los *split-recovery statutes* se promulgaron para evitar el incentivo perverso de los demandantes. Si el demandante se beneficiará con el 100 % de la condena punitiva, entonces es atractivo demandar, incluso si no se tienen los fundamentos para ganar la demanda. Pero si solo un 25 % en promedio de los *punitive damages* será destinado al demandante, entonces se reducen los incentivos para demandar y se evitan los juicios oportunistas. Posteriormente, los *split-recovery statutes* han sido vistos como un adecuado mecanismo que no solo sirve para distribuir la condena punitiva, sino también para recolectar el costo social ocasionado por el demandado. Y esto es posible desde que a la víctima solo se le beneficiará con la porción del costo privado, mientras que el resto será destinado a un fondo de compensación.

Paradójicamente, lo señalado por la Corte Suprema en *Philip Morris* limitaría la utilidad de los *split-recovery statutes*, pues los mismos no podrían ser utilizados para recolectar y distribuir el costo social. La idea de los *split-recovery statutes* es precisamente que el demandante pueda obtener una gran condena que sirva para compensar a las víctimas ajenas al proceso. Pero, conforme a lo resuelto en *Philip Morris*, el demandante no podría actuar como un fiscal público-privado, pues no podría alegar el daño ocasionado a terceros. La posición de la Corte Suprema limita a los *punitive damages* a un rol privado, en contra de la función social propuesta por Calabresi y Sharkey.

494 Wagner, Gerhard, "Collective Redress-Categories of loss and legislative options", en *Law Quarterly Journal*, vol. 127, 2011, p. 69: "More specifically, it is not suitable for mass torts because in such cases it is simply inconceivable to allow the plaintiff first in line to collect the damages due to other victims who are similarly situated but not before the court. If the first plaintiff were allowed to collect the total damages for the class as a whole, then subsequent suits filed by other victims would either have to be rejected, which would result in the expropriation of later claimants, or the defendant would have to be held liable another time, which would result in double or multiple liability. The result would not only be unfair, it would also lead to large-scale over-deterrence".

Diversos autores han señalado que lo dispuesto por la Corte Suprema en *Philip Morris* significaría la muerte del rol social de los *punitive damages*, sobre todo en lo referente a las *class actions*[495]. Ante ello, la autora del marco teórico que permite entender a los *punitive damages* como daños sociales ha señalado que, si uno lee bien la sentencia en *Philip Morris*, podrá concluir que lo que se prohíbe en realidad es la sanción social, no la prevención social. Los *punitive damages* sirven para disuadir al demandado para que no vuelva a cometer la misma conducta que produjo el daño, y, sobre todo, para mandar un mensaje a toda la sociedad: que nadie puede volver a cometer la conducta del demandado. Pero los *punitive damages* también sirven para castigar, pero ¿castigar a quién? En principio al demandado, por su mala conducta. Pero así como podemos diferenciar entre una perspectiva individualista y una social de la disuasión (*deterrence*), también podemos ver a la sanción (*retributive*) desde una perspectiva individual y otra social[496]:

FIGURE 1. PUNITIVE DAMAGES MATRIX

	Retributive	Deterrent
Individualistic	I	II
Societal	III	IV

Sharkey propone extender una función no-punitiva de los *punitive damages*, en concreto, la compensación de daños sociales. Esto se logra en

495 Stier, Byron G., "Now it's personal: Punishment and mass tort litigation after Philip Morris v. Williams", en *Charleston Law Review*, n.° 2, vol. 2, 2008, p. 442: "Under *Philip Morris*, these same individual differences between class representatives and class members now provide clear grounds for a due process challenge to any class punitive damages award"; Scheuerman, Sheila B., "Two Worlds Collide: How the Supreme Court's Recent Punitive Damages Decisions Affect Class Actions", en *Baylor Law Review*, n.° 3, vol. 60, 2008, p. 905: "In sum, the Supreme Court's jurisprudence has evolved from an approach that at least gave lip service to the premise that punitive damages serve general and specific deterrence functions to the more recent cases that have focused, almost laser-like, not on harms to society as a whole when setting the amount of the award, but on only the parties to the lawsuit"; Nagareda, Richard A., "Embedded Aggregation in Civil Litigation", en *Cornell Law Review*, n.° 6, vol. 95, 2010, p. 1138: "By casting punitive damages ultimately as punishment *vis-à-vis* the plaintiff—not anyone else—the Court arguably constitutionalizes a kind of divisible characterization for that remedy. On this view, punitive damages would be no more amenable to class treatment than demands for the prototypical divisible remedy of compensatory damages".

496 Sharkey, "The Future of Classwide Punitive Damages", art. cit., p. 1132.

virtud de la disuasión social, lo cual implica que el demandado internalice el costo privado y social de su actividad. Es importante entender esta distinción para comprender cómo las funciones de los *punitive damages* afectan su cuantía.

La compensación social se justifica en el *deterrence.* Para realmente desincentivar al demandado del daño ocasionado, este debe asumir el costo privado y el costo social. La internalización del costo social se justifica en una visión social del *deterrence*. El demandado al asumir el costo privado y el social, al final está internalizando el costo económico de todas las víctimas resultantes. A estos efectos, el costo privado es el sufrido por el demandante, mientras que el costo social es el que afecta a los terceros no-demandantes. Por ello, la visión *deterrence* es estrictamente compensatoria.

Cuando pensamos en la función punitiva, por definición estamos ante montos por encima de los daños compensatorios. Desde una perspectiva individualista, el demandado debe ser castigado por haber ocasionado el daño al demandante, y ello se logra imponiéndole un costo mayor al monto de la compensación privada. Desde una perspectiva social, el demandado debe asumir un costo aún mayor, pues debe ser castigado también por los daños ocasionados a terceros ajenos al proceso. Así es como se infla incluso más la condena punitiva.

Haciendo esta distinción, SHARKEY explica que la sentencia en *Philip Morris* no afecta a la función compensatoria social, sino a la función punitiva social. Se estaría reduciendo, en realidad, el alcance de la función punitiva en los *punitive damages* para evitar que las condenas punitivas se inflen de manera arbitraria. Teniendo en cuenta el cuadro anterior, lo que hace *Philip Morris* es prohibir el cuadro III referido al castigo social, dejando intacta a la función disuasiva social de los *punitive damages* del cuadro IV[497]. En otras palabras, no es cierto que se prohíben los *societal damages*.

497 *Ibid.*, p. 1139: "But this conventional interpretation over-reads *Williams*, which is more accurately read to foreclose punitive damages as societal *punishment* (Quadrant III) while remaining silent as to punitive damages as a vehicle for non-retributive societal *deterrence*

5.2. La eficiencia e ineficiencia de los *punitive damages*

La postura de SHARKEY se basa en el enfoque económico de los *punitive damages*, la cual gira en torno al *deterrence* y no al *punishment*. El resultado eficiente, en términos sociales, se logra alcanzando el nivel óptimo de prevención, que consiste en hacer que el demandado asuma el costo total de su actividad. Si por encima de ello se agregan *punitive damages*, se produciría un escenario ineficiente de *overdeterrence*[498].

La idea detrás de la prevención es que el demandado internalice todo el costo de su actividad y no solo el costo privado de un solo demandante. Si el demandado ocasionó daños individuales por 10 a 5 víctimas y si solo una de ellas demanda y gana el juicio, el demandado solo internalizaría 10 del total de 50 en daños ocasionados. Esta divergencia genera los incentivos para que el demandado siga comportándose de manera peligrosa, pues no asume todo el costo de su actividad. Si, por el contrario, el sistema está elaborado de tal manera que el demandado se vea obligado a asumir los daños por 50, tendrá incentivos para tomar precauciones, pues no le resulta rentable internalizar todo el costo social.

Dado que la disuasión se logra con la internalización del costo privado y social, la teórica económica no ve como adecuado imponer montos adicionales por concepto de castigo, pues esto llevaría a supuestos ineficientes de *overdeterrence*. Vemos entonces que la teoría económica sobre los *punitive damages* es estrictamente compensatoria. Entonces, mientras que el resarcimiento sea perfecto, no se necesitan de los *punitive damages* para generar el nivel óptimo de *deterrence*.

Imaginemos un mundo en donde no existen *punitive damages* y pensemos en un barco que transporta petróleo, el cual luego será usado para fabricar productos con base en el mismo petróleo. El barco puede

(Quadrant IV). It cannot be gainsaid that the *Williams* Court implicitly adopted the individualistic retributive conception of punitive damages (Quadrant I). It seems equally clear that the Court foreclosed punishment on behalf of society or a wider group that extends beyond the individual named plaintiff (Quadrant III)".

498 SHAVELL, Steven, "Liability for Accidents", en POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL (eds.), *Handbook of Law and Economics*, vol. 1, Amsterdam: North-Holland, 2007, p. 166.

tomar diversos niveles de precaución para evitar un accidente: 1) sin precaución (*none*), 2) precaución media (*medium*), 3) precaución muy alta (*very high*). La probabilidad de que ocurra un accidente estará ligada al nivel de precaución. Mientras mayor sea el nivel de precaución, menor será la probabilidad de que ocurra un accidente. Asumamos que el daño que se pretende evitar asciende a 100 y que el costo de fabricación de un producto con base en petróleo es 20. El siguiente cuadro resume los datos indicados[499]:

TABLE 1. TOTAL SOCIAL COSTS BY LEVEL OF CARE

Level of Care	Cost of Care	Probability of Accident (*p*)	Expert Accident Losses	Total Social Costs ($)
None (single-hull)	0	10 %	0.10x100=10	10+20=30
*Medium (double-hull)	4	3 %	0.03x100=3	4+3+20=*27
Very high (triple-hull)	10	2 %	0.02x100=2	10+2+20=32

Si el nivel de cuidado es nulo (*none*), entonces el costo de precaución es 0, con lo cual la probabilidad de que ocurra un accidente es 10 %. Si el daño que se pretende evitar es 100, el daño esperado será 10 (= 100*10 %). El costo social total sería 30 (10 de daño esperado + 20 de costo de fabricación). Si el nivel de cuidado es medio (*medium*), el costo de ser diligente será 4, y ello reducirá la probabilidad de que ocurra un accidente a 3 %, disminuyendo el daño esperado a 3. Entonces, el costo social total sería 27 (4 de precaución + 3 de daño esperado + 20 de costo de fabricación). Finalmente, si el nivel de cuidado es muy alto (*very high*), el costo de precaución será 10, reduciendo la probabilidad de accidente a 2 %, y, consecuentemente, disminuyendo el daño esperado a 2. El costo social total sería 32 (10 por precaución + 2 por daño esperado + 20 por costo de fabricación).

499 Calandrillo, Steve P., "Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics", en *The George Washington Law Review*, n.° 4, vol. 78, 2010, pp. 794 y 795.

Este ejemplo demuestra a qué se refieren los economistas cuando señalan que debe lograrse el nivel óptimo de algo, en este caso, el nivel óptimo de disuasión. El sentido común nos dice que mientras mayor sea el nivel de diligencia, menores serán las probabilidades de que ocurra un daño. Entonces, hay que gastar mucho en precaución para eliminar el riesgo a cero. Pero si se empiezan a tener en cuenta otros factores, no resulta eficiente asumir costos de precaución por el simple hecho de ser diligente, pues es necesario prestar atención a otros costos involucrados. Del cuadro presentado se puede apreciar que es eficiente asumir el nivel medio de cuidado (*medium*), pues el costo social asciende a 27. Si no se asume costo alguno en precaución (*none*), el costo social asciende a 30, pero si se asume el nivel más alto de cuidado (*very high*), el costo social se eleva a 32.

Si no se gasta en precaución el fabricante puede disminuir el precio del producto, pero a cambio de un aumento en el costo social al aumentar la probabilidad de que ocurra un accidente. Si el fabricante asume el mayor costo en prevención, disminuirá la probabilidad de que ocurra un accidente, pero a cambio de aumentar el precio del producto con una consecuente disminución de la actividad económica del fabricante. Pero si se opta por el nivel medio de diligencia, se logra un resultado eficiente, incluso si ello representa un incremento en la probabilidad de ocurrencia del accidente en comparación con el nivel más alto de cuidado (de 2 % a 3 %), pero a cambio de un menor costo social (de 32 a 27). Bajo este contexto, si el monto del daño se mantiene constante, el fabricante realizará una internalización eficiente utilizando la diligencia media.

Ahora, si seguimos asumiendo que el resarcimiento es perfecto, veamos cómo cambia el escenario cuando introducimos a los *punitive damages*. Supongamos que los datos anteriores se mantienen constantes y lo único que cambia es que ahora el demandado podría asumir una condena punitiva por 1000 (diez veces los daños compensatorios). El siguiente cuadro resume los datos indicados[500]:

500 Calandrillo, Steve P., "Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics", art. cit., pp. 795 y 796.

TABLE 2. TOTAL COMPANY COSTS BY LEVEL OF CARE

Level of Care	Cost of Care	Probability of Accident (*p*)	Expert Accident Losses	Total Social Costs ($)
None (single-hull)	0	10 %	0.10x(100+1000)=110	0+20+110=130
Medium (double-hull)	4	3 %	0.03x(100+1000)=33	4+20+33=57
*Very high (triple-hull)	10	2 %	0.02x(100+1000)=22	10+20+22=*52

Los datos cambian en la columna referida a los daños esperados del accidente (Expected Accident Losses). La probabilidad del accidente afectará tanto al monto del daño compensatorio (100) como al monto de los *punitive damages* (1000). Si no se gasta en prevención (*none*), el costo esperado del accidente será 110 (10 %*[100 en daños compensatorios + 1000 en castigo]) con un costo social total de 130. Con un nivel medio de cuidado (*medium*), el costo esperado del accidente será 33 con un costo social total de 57. Mientras que, con el nivel más alto de diligencia (*very high*), el costo esperado del accidente será 22 con un costo social total de 52.

Ante la existencia de *punitive damages*, el demandado tiene incentivos para disminuir en la mayor medida el riesgo de ocurrencia de un accidente, pues con ello también reducirá el costo esperado derivado del daño (daños compensatorios + *punitive damages*). Entonces preferirá por el nivel más alto de cuidado (*very high*) con un costo social total de 52. Desde la perspectiva del demandado, tiene sentido ser lo más diligente posible para minimizar sus propios costos, pero desde una perspectiva social los resultados son diferentes. Cuando no existían *punitive damages*, el nivel de cuidado deseable era el medio (*medium*) con un costo social total de 27, pero con la existencia de *punitive damages* se incentiva el *overdeterrence*, siendo preferible el nivel más alto de cuidado (*very high*) a un costo social de 52.

Si el demandado debe asumir mayores riesgos por realizar su actividad, entonces tomará niveles ineficientes de cuidado para reducir en la mayor medida la posibilidad de sufrir una condena de

punitive damages. Este mayor costo en la actividad se traducirá en un aumento en los precios de los productos. Si el producto tiene que ser más caro por el riesgo que tienen que asumir los productores, menos consumidores podrán beneficiarse de la utilidad del producto. Pero los más perjudicados serán los más pobres, pues los consumidores de pocos recursos no podrán obtener el producto si este se vuelve más caro.

En general, tiene sentido que el precio del producto refleje el costo social del mismo, pero para ello solo basta que el demandado tenga que internalizar el costo social, no mayores costos derivados de un deseo de castigo. En simple, el resultado óptimo se obtiene desde una perspectiva estrictamente disuasiva. Si se agrega el componente punitivo se distorsiona el nivel de eficiencia. Nuevamente, esto será así siempre que el resarcimiento sea perfecto.

Si nos percatamos bien, desde esta perspectiva la internalización del costo social debería darse en todo caso, independientemente de que la conducta sea especialmente reprensible. Es eficiente que el demandado asuma todo el costo de su actividad, y esto debería ser independiente de una especial conducta reprochable. Incluso quien actúa con culpa leve debería asumir todo el costo de su actividad.

Sin perjuicio de lo anterior, queda claro desde una perpectiva económica que debería preferirse a la disuasión sobre la sanción. No es deseable distorsionar los incentivos de las partes permitiendo la imposición caprichosa de montos dinerarios por concepto de castigo que no tienen sustento alguno. Si lo que se busca es evitar los accidentes, esto sería posible desde una perspectiva estrictamente disuasiva y no punitiva. El problema surge cuando nos percatamos de que en la vida real la compensación no es perfecta. El esquema económico presentado anteriormente parte de la asunción de que todo aquel que comete un costo será obligado a pagar dicho costo en su totalidad. Pero en el mundo real se producen supuestos de *undercompensation* o, peor aún, casos en donde el demandado no asume alguna responsabilidad (*lack of compensation*).

Estas fallas son las que justifican la existencia de *punitive damages*. El típico caso es cuando el demandado puede escapar a ser encontrado responsable. Existen diversos motivos por el cual el demandado no termina pagando los daños que ha ocasionado con su actividad. Al respecto, resaltan los *mass torts cases*[501]. Solo recordemos el caso *Sindell vs. Abbott Laboratories* (1980)[502], en donde se logró concluir que la pastilla DES (*dietilestilbestrol*) era la causante de cáncer en mujeres. El problema era que las pastillas que circulaban en el mercado eran idénticas, lo cual hacía imposible distinguir a la empresa que había colocado en el mercado la pastilla que en concreto le ocasionó daños a una víctima en particular.

Entre otros supuestos de *undercompensation* o *lack of compensation* se encuentran los casos en donde los daños son tan pequeños que resulta más eficiente no demandar que sí hacerlo, o casos de víctimas que pueden tener fobia a los procesos judiciales.

Ante este escenario, el demandado nunca asumirá el costo total de los daños que ocasiona su actividad si no responderá en todos los casos en que ocasiona tales daños. Este es un caso particular al que ha prestado atención la doctrina del análisis económico del derecho. Para compensar la probabilidad de escapar a la responsabilidad civil, es necesario aumentar los daños compensatorios por un múltiplo que represente la probabilidad de escape[503].

501 Schuck, Peter, *Agent Orange on Trial. Mass Toxic Disasters in the Courts*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1987, pp. 6 y 7.

502 Fischer, David A., "Products Liability-An Analysis of Market Share Liability", en *Vanderbilt Law Review*, n.° 6, vol. 34, 1981, p. 1623 y ss; Scammon, Debra y Mary Sheffet, "Market Share Liability: An Analysis since *Sindell*", en *Journal of Public Policy & Marketing*, n.° 1, vol. 11, 1992, p. 1 y ss.

503 Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", en *Harvard Law Review*, n.° 4, vol. 111, 1998, p. 887: "The main point that we will develop in this section is that if a defendant can sometimes escape liability for the harm for which he is responsible, the proper magnitude of damages is the harm the defendant has caused, multiplied by a factor reflecting the probability of his escaping liability. As we will explain, use of such a multiplier will make defendants pay on average for harm actually done and thus will lead to socially desirable Behaviorr in terms of precautions and participation in risky activities".

Si el daño es 100 y la probabilidad de ser condenado a pagar dicho monto es 1 en 4 (25 %), entonces el multiplicador es 4. El monto total a pagar será entonces 400: 100 por daños compensatorios y 300 por *punitive damages*. Así, en promedio, el demandado pagará el monto real de los daños ascendente a 100. Si las probabilidades de ser condenado es 1 en 2 (50 %), entonces el monto total a pagar deberá ser 200: 100 por daños compensatorio y 100 por *punitive damages*. De esta manera, se logra el nivel óptimo de *deterrence*.

Y nuevamente, esta internalización del costo social es independiente de la especial gravedad de la conducta del demandado, pues no se trata de aumentar indiscriminadamente el monto total de la condena para castigarlo. En este sentido, cualquier tipo de comportamiento, incluso los de culpa leve, debería estar sujeto a la internalización total del costo social. De la misma manera, sería irrelevante el patrimonio del demandado a efectos de determinar la cuantía de la condena punitiva. Entonces, sin perjuicio de usar a la función punitiva, la misma se encuentra al servicio de la disuasión y no al revés.

Finalmente, tengamos en cuenta el efecto de la sola posibilidad de imponer *punitive damages*. En un estudio realizado en la década de los 90 se reportó que entre el 72.1 % y 95.6 % de acciones por daños extracontractuales incluyeron pedidos de *punitive damages*[504]. Claramente no todas las demandas terminaron en veredicto favorable. Sin embargo, esta alta ratio de litigios genera presión en los demandados para llegar a un acuerdo. Entonces, incluso si el demandante no tiene la razón, podría forzar al demandado a pagar una suma dineraria, y probablemente el demandado acepte, pues es mejor pagar una suma fija (menor) que asumir el riesgo de perder el juicio y ser condenado a pagar una suma punitiva millonaria.

La sola existencia de este riesgo, aunque se derive de demandas sin sustento, generará un aumento en los precios, y este aumento afecta di-

504 Priest, George L., "Punitive Damages Reform: The Case of Alabama", en *Louisiana Law Review*, n.° 4, vol. 56, 1996, p. 831.

rectamente a los consumidores de bajos recursos. En primer lugar, afecta el poder adquisitivo de los más pobres, pues son los más susceptibles ante aumentos de precios. En segundo lugar, ellos no son los beneficiarios de las condenas punitivas derivados de juicios oportunistas, pues no tienen el dinero suficiente para demandar y presionar un eventual arreglo, salvo que el juicio sea financiado vía *contingent fees*. Al final, los que se benefician son los consumidores con dinero. La sola existencia de *punitive damages* podría ser vista como un medio por el cual los consumidores de bajos recursos (quienes sufren los daños) subsidian a los de altos recursos (quienes obtienen la condena punitiva)[505].

En resumen, el objetivo del enfoque económico es darle preferencia a la función disuasiva (*deterrence*) para evitar imponer montos dinerarios altos e ineficientes simplemente dirigidos y justificados por el deseo de venganza. Si seguimos la postura de SHARKEY, lo dispuesto en *Philip Morris* dejaría intacta la internalización del costo social de los accidentes, proscribiendo solamente el castigo social para evitar los altos montos punitivos. Pero esto aún no resuelve un problema práctico adicional y que es la razón del pronunciamiento de la Corte Suprema en *Philip Morris*. La preocupación de la Corte Suprema fue el *multiple punishment* y el incentivo perverso a demandar.

Asumamos por un momento que es constitucionalmente permitido para los jurados tener en cuenta el daño generado a terceros ajenos al proceso al momento de cuantificar una condena por *punitive damages*. Si una víctima demanda y gana una condena punitiva que toma en cuenta el daño generado a terceros, al día siguiente podría demandar otra víctima solicitando *punitive damages* por la misma conducta dañina, y, así sucesivamente. Esto violaría claramente el principio *non bis in idem*, por el cual nadie puede ser sancionado dos veces por la misma conducta. Por esta preocupación la Corte Suprema optó por una posición privatista del castigo vía *punitive damages*[506].

505 PRIEST, George L., "Punitive Damages Reform: The Case of Alabama", art. cit., pp. 832 y 833.

506 SHARKEY, "The Future of Classwide Punitive Damages", art. cit., p. 1138.

Creemos que el problema del múltiple castigo se puede solucionar con una creativa distribución a través de los *split-recovery statutes*. La Corte Suprema señaló en *Philip Morris* que es inconstitucional que el jurado tome en cuenta las externalidades en terceros al momento de cuantificar los *punitive damages*. Préstese atención que esto no es un argumento en contra de que la condena punitiva se pague en favor del Estado. Si bien es cierto que está íntimamente vinculado el pago de la condena punitiva a alguien distinto a la víctima con la inflación de los *punitive damages*, al tener en cuenta el daño social, el caso *Philip Morris* no atacó la constitucionalidad de los *split-recovery statutes* como un problema federal. Sí se han presentado cuestiones constitucionales a los *split-recovery statutes* en Colorado y Georgia por razones de expropiación indirecta, pero el caso *Philip Morris* no trató sobre eso. Habiendo aclarado esto, tenemos el camino libre para solucionar el problema del castigo múltiple con la distribución de los *punitive damages*.

Si el problema es el castigo múltiple, entonces debe regularse expresamente la imposibilidad de los jurados o cortes de imponer una segunda condena punitiva si antes ya se impuso una condena por *punitive damages* por los mismos hechos. Esta simple opción legislativa permite eliminar el múltiple castigo. Si el demandado ocasionó daños individuales por 10 a cinco víctimas distintas y solo una demanda y gana el juicio, entonces el demandado debería asumir el daño privado por 10 y el resto por 40 vía *punitive damages*, de los cuales una gran porción (75 % en promedio) debe pagarse a un fondo de compensación y el resto (25 %) como recompensa en favor del demandante que representó a las demás víctimas y logró el *private enforcement*.

Es interesante prestar atención al caso de Florida, el cual regula expresamente esta posibilidad. Mientras que el primer numeral de la sección 768.73 de los Florida Statutes regula distintos límites para la imposición de *punitive damages*, el num. 2 señala lo siguiente:

> The 2017 Florida Statutes
> 768.73 Punitive damages; limitation.
> [...]

(2)(a) Except as provided in paragraph (b), punitive damages may not be awarded against a defendant in a civil action if that defendant establishes, before trial, that punitive damages have previously been awarded against that defendant in any state or federal court in any action alleging harm from the same act or single course of conduct for which the claimant seeks compensatory damages. For purposes of a civil action, the term "the same act or single course of conduct" includes acts resulting in the same manufacturing defects, acts resulting in the same defects in design, or failure to warn of the same hazards, with respect to similar units of a product.

(b) In subsequent civil actions involving the same act or single course of conduct for which punitive damages have already been awarded, if the court determines by clear and convincing evidence that the amount of prior punitive damages awarded was insufficient to punish that defendant's Behaviorr, the court may permit a jury to consider an award of subsequent punitive damages. In permitting a jury to consider awarding subsequent punitive damages, the court shall make specific findings of fact in the record to support its conclusion. In addition, the court may consider whether the defendant's act or course of conduct has ceased. Any subsequent punitive damage awards must be reduced by the amount of any earlier punitive damage awards rendered in state or federal court.

Como vemos, si se demuestra en el juicio que anteriormente ya se otorgó una condena por *punitive damages* por "the same act or single course of conduct", entonces no se puede otorgar una nueva condena punitiva, salvo que la primera condena sea inferior, y, por ende, insuficiente para generar el efecto disuasivo deseado. Al respecto, se puede tomar en cuenta si la conducta dañina del demandado ha cesado o no.

Esta es una interesante alternativa que armoniza al rol social de los *punitive damages* con los *split-recovery statutes* y evita el problema de la sanción múltiple. Adicionalmente, favorece el *private enforcement* a través de los litigios con el objetivo de compensar a las pérdidas sociales. Consideramos a esta una interesante alternativa que Europa debería analizar al momento de considerar las ventajas de los *punitive damages* y frente a un eventual estudio de cómo introducir a los *punitive damages* en los códigos civiles europeos y latinoamericanos.

La reflexión final puede resumirse de la siguiente manera: la perspectiva económica es estrictamente disuasiva, no punitiva, pero dado que la compensación no es perfecta, se puede aprovechar en otorgar montos mayores para lograr la disuasión óptima. Pero en estos casos se sigue limitando el enfoque económico a la disuasión, pues el objetivo es corregir el *undercompensation* o *lack of compensation*.

Al menos por el momento, la punición arbitraria que ha caracterizado por muchos años a EE. UU. no encuentra mayor sustento desde la economía. Queda pendiente, entonces, el desarrollo por parte de los economistas de un marco económico que justifique la imposición de montos que sean estrictamente punitivos o realmente extracompensatorios, lo cual presume que la compensación sea imperfecta.

Resulta relevante mencionar que en Alemania y desde el análisis económico del derecho, Gerhard Wagner haya propuesto la creación de *daños preventivos* que se enfoquen principalmente en la función *deterrence*, y, por ende, que procedan cuando el demandado ha buscado la obtención de una ganancia ilícita o ante casos en donde la compensación no sea perfecta. Así se pretende distinguir entre *daños preventivos* y *punitive damages*, para diferenciar y disociar a las funciones disuasiva y punitiva[507].

Esta propuesta ha sido criticada desde el derecho civil, pues la función *deterrence* no es una función autónoma del derecho de daños, sino derivada de la compensación. Por otro lado, no estamos de acuerdo con esta distinción, pues para nosotros es claro que la disuasión va necesariamente amarrada a la punición. Como dicen los críticos, la disuasión siempre ha sido un efecto secundario de la compensación. Entonces,

507 Wagner, "Collective Redress-Categories of loss and legislative options", art. cit., p. 67; Wagner, Gerhard, "Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmaßung oder legitimeAufgabe", en *Archiv für die civilistische Praxis*, n.° 206, Bd., H. 2/3, 2006, pp. 352-476. La obra de Wagner en donde se propone esta tipología de daños es *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht - Kommerzialisierung, Strafschadensersatz* (2006). Véase también Koziol, Helmut, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag, 2012, p. 56; Green, Michael y Jonathan Cardi, *Basic Questions of Tort Law from the Perspective of the USA*, en Koziol, Helmut (ed.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag, 2015, p. 448.

para lograr un verdadero efecto disuasivo, el mismo tiene que llegar a ser punitivo.

No habiendo mayores fundamentos desde la economía para justificar a los verdaderos *punitive damages*, el fundamento para la condena de montos realmente punitivos y extracompensatorios sí se encuentra, por el contrario, en la teoría general del derecho, como se explica en la siguiente sección. Los argumentos que se presentan a continuación son aquellos que permiten justificar la imposición de sanciones para garantizar el cumplimiento de la norma. Regresamos, en cierta medida, a la justificación del *private enforcement*, pero ahora desde la teoría general del derecho.

Estos argumentos no deben sorprendernos, pues han sido desarrollados en el derecho penal comparado.

VI. DERECHO CIVIL DEL ENEMIGO Y EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS *PUNITIVE DAMAGES*

Es particularmente interesante argumentar que el objetivo del *private enforcement* a través de los *punitive damages* en realidad ya existe extensamente difundida en Europa. La existencia de *punitive damages* intenta reforzar la idea que se tiene respecto al derecho, en específico, al derecho de daños. Ciertas áreas del derecho deben permanecer inalienables, en el sentido de que existen situaciones que no se pueden tolerar. Si bien es cierto que el derecho de daños consiste en exigir al demandado a pagar el daño ocasionado al demandante, en determinadas circunstancias esta regla deviene en ineficaz, por ejemplo, cuando el demandado comete el daño intencionalmente, y paga voluntariamente el daño como si se tratarse de un precio. Son resaltantes los casos en donde una empresa realiza un análisis costo-beneficio respecto al costo de prevención y el costo de vidas humanas, y concluye que más barato le resulta pagar el daño que evitar el daño.

En tales casos, el objetivo es eliminar la disyunción "no dañar o dañar y pagar". La norma jurídica debe ser reforzada de manera que cualquier persona internalice que el objetivo de la norma jurídica es

que no se debe dañar. Si las personas perciben la norma como una potestad, en la práctica es como si la norma no estuviera vigente. Para reforzar el mandado imperativo de las normas de responsabilidad civil de "no dañar", se necesitan crear los incentivos necesarios. Una manera de reforzar la vigencia de la norma es a través de los *punitive damages*. Además, es interesante percatarnos de la naturaleza cuasicriminal de este remedio, pues el derecho penal genera incentivos más fuertes que el derecho civil para lograr el cumplimiento imperativo de la norma, ya que la sanción penal es más gravosa que la sanción civil. Esto nos permite observar por qué la pena privada persigue fines similares al castigo penal. El objetivo es reforzar los incentivos para que las personas cumplan las normas jurídicas de carácter general. En el caso de los *punitive damages*, este fin social de cumplimiento de las normas jurídicas se logra a través del *private enforcement*.

El objetivo que se encuentra detrás del *private enforcement* a través de los *punitive damages* ya se encuentra en Europa, solo que desarrollada bajo una teoría distinta. Esta teoría pretende explicar la razón de la sanción penal, y, sin perjuicio de lograr un efecto punitivo derivado, el objetivo principal es reforzar la vigencia de la norma jurídico-penal. Debemos advertir que esta teoría no se limita al derecho penal. Esta teoría pertenece a la teoría general del derecho y a la sociología, y explica por qué lo más importante en el derecho es garantizar la vigencia de la norma. En términos calabresianos, se refiere a garantizar la inalienabilidad de la norma jurídica[508].

Se trata de la teoría sociológica de los sistemas sociales autopoiéticos del alemán Niklas LUHMANN, la cual ha sido aplicada al derecho[509]. Au-

508 CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED, Property Rules, "Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", en *Harvard Law Review*, n.° 6, vol. 85, 1972, p. 1089 y ss.

509 LUHMANN, Niklas, "The Unity of the Legal Systems", en TEUBNER, Gunther (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, New York: Walter de Gruyter, 1988, p. 12 y ss.; LUHMANN, Niklas, "Law as a Social System", en *Northwestern University Law Review*, n.° 1 vol. 83 & 2, 1989, p. 136 y ss.; LUHMANN, Niklas, *Social Systems*, California: Stanford University Press, 1995; LUHMANN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 142 y ss. Véanse también MINGERS, John, *Self-Producing Systems. Implications and Applications of Autopoiesis*, New York: Springer Science+Business Media, 1995, p. 156 y ss.; NEVES, Mar-

topoiesis proviene del griego *autós* que significa "por sí mismo" y *poiesis* que significa "producción o creación". Entonces autopoiesis se refiere a algo que se autocrea o autoreproduce. Este término fue introducido por biólogos[510], y fue utilizado en diversas disciplinas, entre ellas, en la sociología por Niklas Luhmann.

Lo interesante de la teoría sociológica de este autor es el impacto que tal teoría de sistemas ha tenido en la teoría general del derecho desarrollada ampliamente, entre otros, por Jürgen Habermas[511] y Gunther Teubner[512], y en el derecho penal alemán por Günther

celo, "De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho", en *Doxa*, n.° 19, 1996, pp. 403 y 404; Van Hoecke, Mark *Law as Communication*, Oregon: Hart Publishing, 2002, p. 193 y ss.; Murphy, John W., "Niklas Luhmann and His View of the Social Function of Law", en *Human Studies*, n.° 1, vol. 7, 1984, p. 23 y ss.

510 Varela, F.G.; Maturana, H.R. y R. Uribe, "Autopoiesis: The Organization of Living Systems, its Characterization and a Model", en *Byosistems*, n.° 4, vol. 5, 1974, pp. 187-196.

511 Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 49: "Luhmann conceives law only from the functionalist viewpoint of stabilizing Behaviorral expectations. In functionally differentiated societies, law has the special task of generalizing Behaviorral expectations in the temporal, social, and substantive dimensions in a congruent manner, such that contingently arising conflicts can be decided in a binding manner according to the binary code of legal/illegal. The legal system as a whole encompasses every communication that is oriented by law. In a narrower sense, it embraces in particular those legal acts that change the legal situation in accordance with institutionalized legal procedures, legal norms, and doctrinal interpretations. These rather conventional sociological determinations acquire a more specific meaning if one assumes that the evolution of law can be understood as a process in which positivized law finally gains independence as an autopoietic system. As so described, the legal system is a recursively closed circuit of communication that self-referentially delimits itself from its environment, with which it has contact only through observations. 'Autopoiesis' means that the system describes its own components in legal categories and employs these self-thematizations for the purposes of constituting and reproducing legal acts by its own means. The legal system becomes autonomous to the extent that its components are linked together in such a way "that norms and legal acts reciprocally produce each other, and that procedures and jurisprudence bring these relations themselves into relation".

512 Teubner, Gunther, "Introduction to Autopoietic Law", en Teubner, Gunther (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, New York: Walter de Gruyter, 1988, pp. 1-2: "Autopoiesis proposes, as a new and promising research strategy, to identify circular relationships within the legal system and to analyze their internal dynamics and their external interactions [...]. Law, like other autopoietic systems, is nothing but an "endless dance of internal correlations in a closed network of interacting elements". Véase también Beck, Anthony, "Is Law a Autopoietic System?", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 3, vol. 14, 1994, p. 401 y ss.; Michailakis, Dimitris, "Law as an Autopoietic System", en *Acta Sociologica*, n.° 4, vol. 38, 1995, p. 323 y ss.

Jakobs[513], en especial, en lo referido al *Feindstrafrecht* (derecho penal del enemigo) —teoría que ha generado gran debate en otros sistemas jurídico-penales del mundo[514], particularmente en España—[515]. La teoría de sistemas autopoiéticos de Luhmann es bastante compleja, por ende, acá se analizará la parte pertinente que permite explicar una visión particular del derecho.

En simple, el derecho como sistema autopoiético es considerado abstracto y cerrado, y se reproduce así mismo a través de la comunicación. Para entender ello es importante prestar atención al concepto de "expectativa" y "expectativa de expectativa". Imaginemos una sociedad compuesta por dos personas y en donde aún no existe el derecho. Existe una situación de incertidumbre completa, pues la persona N.° 1 no sabe lo que podría hacer la persona N.° 2 y viceversa. Frente a este caos inicial, el derecho tiene el objetivo de institucionalizar las expectativas de comportamiento de los sujetos de manera que se supere la incertidumbre y se empiece a generar un orden. La norma jurídica, entonces, no es nada más que expectativas de comportamientos institucionalizadas y reforzadas por el derecho. Si la norma jurídica dice "no robar", entonces las personas tendrán la expectativa de que el prójimo no les robará.

513 Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho pena funcional*, Madrid: Civitas, 2000.

514 Cervini, Raúl, "El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia de principio de la persona humana", en *Revista de Derecho*, n.° 5, 2010, p. 27 y ss.; Molina González, Yohan, "Derecho penal de enemigo y dignidad humana", en *Revista Verba Iuris*, vol. 36, 2016, p. 135 y ss.; Ríos Álvarez, Rodrigo, "El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores", en *Ars Boni et Aequi*, n.° 2, año 8, 2012, p. 145 y ss.

515 Véase Muñoz Conde, Francisco, "De nuevo sobre el 'derecho penal de enemigo'", en *Revista Penal*, n.° 16, 2005, p. 123 y ss.; Muñoz Conde, Francisco, "¿Es el derecho penal internacional un 'derecho penal del enemigo'?", en *Revista Penal*, n.° 21, enero del 2008, p. 94 y ss.; Gracia Martín, Luis, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal de enemigo'", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 2, vol. 7, 2005, p. 1 y ss.; Cancio Meliá, Manuel, "¿'Derecho Penal' del Enemigo?, en Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, p. 57 y ss.; Cancio Meliá, Manuel, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", en *Jueces para la democracia*, n.° 44, 2002, p. 19 y ss.

Si la norma jurídica dice "no matar", entonces las personas tendrán la expectativa que el prójimo no los matará.

Pero más interesante es pensar en la expectativa de la expectativa. Pensemos en las normas de tránsito. Si yo soy un peatón y me encuentro en frente de un semáforo que está en rojo, mi expectativa de comportamiento es que debo parar, y la expectativa de comportamiento del chofer N.° 1 es que puede seguir manejando. Esto último se debe a que el chofer N.° 1 conoce de mi expectativa. Si la luz cambia a verde, entonces mi expectativa de comportamiento es que puedo cruzar la calle sin ser atropellado, pues conozco de la expectativa de comportamiento del chofer N.° 1, que consiste en parar, pues el chofer N.° 1 también conoce de mi expectativa de comportamiento de cruzar. Pero no solamente eso, el chofer N.° 1 conoce de mi expectativa de comportamiento y también conoce de la expectativa de comportamiento del chofer N.° 2, quien también parará, el cual a su vez conoce de la expectativa de comportamiento del chofer N.° 1 y de mi expectativa de comportamiento.

Así es como la norma jurídica permite la interacción y se autocrea con base en comunicación de las expectativas de comportamiento de cada persona. En este escenario las personas pueden vivir en sociedad porque saben qué cosa puede o no puede hacer el prójimo, y esto les permite, además, regular el propio comportamiento. Si yo conozco mi expectativa de comportamiento porque conozco de la expectativa de comportamiento del otro, y este otro conoce de mi expectativa y la de los demás, entonces el sistema es autopoiético.

Dado que lo importante en todo ordenamiento jurídico es la institucionalización de las expectativas y la comunicación de las mismas, la sanción frente al incumplimiento de las normas, consideradas expectativas institucionalizadas, tiene el objetivo de comunicar que el derecho sí existe y se mantiene vigente. Si las personas empiezan a incumplir el derecho, entonces las personas no pueden autoregularse porque no conocen cómo se comportará el otro, y así podríamos regresar al escenario inicial en donde uno no puede saber cómo se comportará el prójimo. Cuando se impone una pena ante el incumplimiento de una

norma, más que sancionar a aquel que incumplió la norma, lo que se busca es restaurar la norma quebrantada, en el sentido de reforzar su vigencia para mandar el mensaje que la norma jurídica existe porque la misma institucionaliza una expectativa de conducta que permite a las personas garantizar la interacción social, y, en consecuencia, la misma no debe incumplirse. Para que la norma jurídica mantenga su carácter imperativo la pena debe ser fuerte. En simple, la comisión de un delito comunica que la norma jurídica no existe, mientras que la imposición de una pena es la respuesta del derecho penal para reafirmar que la norma sí existe. Se trata de estabilizar la norma.

La teoría del derecho como sistema autopoiético se ha utilizado en el derecho penal alemán hasta el punto en que Günther Jakobs, siguiendo el fin de restauración de la vigencia de la norma, propuso en 1985[516] el "derecho penal del enemigo" (*Feindstrafrecht*)[517] (régimen penal especial) frente al "derecho penal del ciudadano" (*Bürgerstrafrecht*) (régimen penal general). Las personas que cometen delitos de tal gravedad contra el Estado no pueden ser procesados como ciudadanos, sino como enemigos. Las personas en derecho son aquellas en las cuales se puede confiar la expectativa de comportamiento, mientras que los enemigos son aquellos en los que no se puede confiar la expectativa.

El *Feinstrafrecht* hace referencia a la despersonalización o expulsión de las personas del sistema jurídico ante la comisión de delitos que atenten directamente contra los basamentos del sistema penal. Esto se refiere a la pérdida de la categoría de ciudadano. Ante comisiones

516 Jakobs, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.° 4, vol. 97, 1985, pp. 751-785. Se encuentra traducida como "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en Jakobs, Günther, *Estudios de derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997.

517 Jakobs, Günther, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en *Ritsumeikan Law Review*, vol. 21, 2004, pp. 93 y 94; Jakobs, Günther, "On the Theory of Enemy Criminal Law", en Dubber, Markus D. (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 420 y 421. Véase también Eckert, Julia, "Laws for Enemies", en Eckert, Julia (ed.), *The Social Life of Anti-Terrorism Laws*, Bielefeld: Transcript, 2008, p. 7 y ss.; Jensen, David, "Naming your Enemies", en Armborst, Andreas y David Jensen (ed.), *Retaliation, Mediation and Punishment. Germany: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law*, 2009, pp. 50 y 51.

tan graves, se justificaría el despojo de la calidad de sujeto de derecho, si ello es necesario para mandar el mensaje de que la norma jurídico-penal se encuentra tan vigente que la misma no puede incumplirse. Los casos de terrorismo, criminalidad organizada o narcotráfico son buenos ejemplos. Quien atenta contra los basamentos del sistema jurídico, está rescindiendo el contrato social de Hobbes y, entonces, se convierte en una no-persona (*Unpersonen*) para el derecho. En consecuencia, se los procesa como tales, como enemigos del Estado.

La aplicación de la teoría de Luhmann en el derecho penal se comprende cuando recordamos que los delitos buscan proteger los derechos de los ciudadanos con una regla de inalienabilidad. Nadie puede cometer un delito y luego asumir voluntariamente la sanción penal. La idea es que la norma jurídica se cumpla y se eviten la comisión de delitos. Esta es la misma idea que se pretende cuando se reconoce el otorgamiento de *punitive damages* frente a determinados daños ocasionados en circunstancias agravantes. En estos casos, la norma jurídico-civilista pretende obtener una fuerza similar a la norma jurídico-penal, pues existen casos en donde se quiere evitar que las personas cometan el daño de manera intencional. En estos casos el reforzamiento de la norma jurídico-civilista se logra reconocimiento la posibilidad de otorgar *punitive damages*. Entonces, nuevamente estamos hablando del *private enforcement*.

Podríamos hablar de dos tipos de situaciones de daños[518]. En primer lugar, existen daños derivados de actividades que son útiles para la sociedad. Pensemos en las actividades económicas que se realizan lícitamente, pero producen estadísticamente un número de accidentes previsibles (tráfico automovilístico, actividad minera, productos, entre otros). En estos casos no se prohíbe la actividad debido a la utilidad social que genera la misma, pero se garantiza la compensación de los daños generados. Dado que el beneficio social es mayor al costo privado, se persigue el beneficio social, pero se compensa el costo privado.

518 Gallo, Paolo, *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, vol. 3, Milán: Giuffrè, 2004, p. 1442.

En segundo lugar, existen situaciones de daños que se generan por actividades que son inútiles para la sociedad. Aquí no hay un beneficio social mayor a un costo privado. Esta actividad es de por sí ineficiente y debe garantizarse la inalienabilidad, en el sentido que la actividad inútil no debe realizare. En estos casos se debe garantizar la imperatividad de la norma y eliminar la opción entre no dañar o dañar y compensar. La vía legal para lograr esta inalienabilidad de la norma jurídico-civil es la imposición de *punitive damages*. Paolo Gallo propone cuatro situaciones en donde es deseable aplicar la pena privada: 1) situaciones de infracción de derechos sin el surgimiento de daños, 2) situaciones en donde el dañador busca la obtención de un beneficio, 3) situaciones en donde el daño individual es de poca importancia, pero que afecta a una gran masa de víctima (piénsese en los *mass tort cases*), y, finalmente, 4) infracciones penales menores[519].

Bajo esta perspectiva el objetivo de la sanción civil es similar al de la sanción penal, pues ambas pretenden que ciertas situaciones se mantengan como inalienables. Un ejemplo se encuentra en los daños corporales, daños a la personalidad o daños al medio ambiente. Si estamos ante daños que realmente no pueden simplemente repararse con el pago de dinero y en donde el dinero no puede ser visto como un buen equivalente, es necesario reforzar la norma para evitar daños que se prefieren evitar que compensar.

De esta manera, se puede ver las similitudes de la sanción civil con la sanción penal según la teoría de Luhmann. El *private enforcement* a través de los *punitive damages* se justifica en los mismos basamentos utilizados por la norma jurídico-penal frente a la comisión de delitos. Teniendo el mismo fundamento, y estando ampliamente difundida en Europa, la teoría de Luhmann debe ser considerada como un buen antecedente de

519 Gallo, Paolo, "Lecture: Pene private e responsabilità civile", en *VI Congreso de Derecho Civil Patrimonial: La responsabilidad civil en la experiencia ítalo-peruana*, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, pp. 6-8; Gallo, Paolo, *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, ob. cit., pp. 1434 y 1435. Véase también Gallo, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1996, pp. 175-179.

cómo el *private enforcement*, a través de los *punitive damages*, ya se conoce en Europa. Hasta el momento ha sido utilizado en el derecho penal, pero como vemos en términos comparados, en EE. UU. el *private enforcement* es equivalente a la teoría de Luhmann aplicada a Europa. Ahora toca aplicarla al ámbito privado en el *civil law*.

A diferencia del enfoque económico, la teoría de Luhmann sí justifica la imposición de cuantías altas por concepto de sanción civil, hasta que se logre que la norma jurídico-civil sea realmente inalienable.

VII. ¿CÓMO REGULAR A LOS *PUNITIVE DAMAGES* EN EL *CIVIL LAW*?

El estudio de los *punitive damages* en EE. UU. y de cómo los mismos han sido analizados por las cortes europeas con ocasión del execuátur fue el camino recorrido para demostrar cuál es la verdadera verdad —aunque suene incorrecto— sobre los *punitive damages*.

Y decimos verdadera verdad porque mucho de lo que se dice sobre los *punitive damages*, en algunas ocasiones, es incorrecto, o, de ser correcto, es muy superficial. Lo superficial no es malo cuando se trata de explicar algo con pocas palabras, pero se convierte en malo cuando lo único que se sabe y se difunde es ello. Esta investigación pretende corregir esta realidad.

Tal vez el gran problema al momento de hablar sobre los *punitive damages* fue su falta de comprensión en países del *civil law*. Y esta falta de comprensión se debe a la falta de estudio a fondo del *common law*, el lugar de origen de los *punitive damages*. Estos últimos no pueden ser vistos inicialmente desde la perspectiva de un civilista, pues los *punitive damages* no nacieron en el *civil law*. Es, entonces, necesario comprender a los mismos como lo haría un abogado americano, ya que conociendo la verdadera extensión y funcionalidad de los *punitive damages*, el civilista podrá regresar a su sistema de origen y ver cómo los *punitive damages* podrían ingresar en su sistema civilista. Tal vez el principal error en la falta de comprensión de los *punitive damages* fue, precisamente, que los mismos no fueron estudiados desde su lugar de origen.

Es ilustrativo, al respecto, el trabajo publicado por Helmut Koziol, titulado "Punitive damages. A european perspective", y la respuesta de Michael Wells, titulada "A common lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages".

Finalmente, todas estas reflexiones deben aterrizarse en cómo los *punitive damages*, una vez que son correctamente entendidos, deben ser regulados en el *civil law*. El punto crítico es precisamente ese: cómo los *punitive damages* pueden ingresar a un sistema jurídico ajeno a aquel, y cómo deben adecuarse correctamente para que pueda florecer en el país ajeno.

7.1. ¿Cuándo se imponen los *punitive damages*?

Lo primero que se debe hacer, y que suele ser el primer error en el cual se incurre, es definir correctamente el ámbito de aplicación. Y, si uno ha entendido correctamente a los *punitive damages*, podrá concluir que las nociones tradicionales de la culpa deben ser repensadas. Normalmente en el *civil law* se suele distinguir entre culpa leve, culpa grave o dolo. También se habla de culpa lucrativa (*faute lucrative*). En relación con los *punitive damages*, se suele indicar que los mismos procederían ante supuestos de dolo, o incluso ante supuestos de culpa grave. Este es un doble error.

Se trata de un doble error porque los *punitive damages* no proceden ante la simple culpa grave. Por definición se necesita de intención, pero el hecho de que se necesite intención no quiere decir que proceda ante el simple dolo como se conoce en el *civil law*. Se necesita de una especial reprochabilidad en la conducta que ocasiona el daño. No simplemente intención, sino, como se dice en algunos casos, una muestra de menosprecio por los derechos de los demás. Y es precisamente este menosprecio lo que genera esta especial reprochabilidad en las personas. Aquí ya estamos hablando del lado cognitivo del ser humano. Si bien una violación es algo terrible, la sociedad siente un mayor desprecio cuando la violación se produce en contra de un menor de edad que de una persona mayor, por citar un ejemplo.

Mientras que en Francia se pedía una culpa "manifiestamente deliberada", en Argentina se exigía que alguien actúe "con grave menosprecio hacia los derechos". En otras palabras, se exige un particular reproche subjetivo en la conducta del dañador. En términos civiles, debemos empezar a hablar de un nuevo dolo, un dolo especial o agravado, pues no basta con la simple intención. El derecho de daños no fue ajeno a los casos de daños cometidos por dolo y nunca necesitó a los *punitive damages* para corregir comportamientos dolosos. En algunos casos se consideraba suficiente extender la compensación a los daños imprevisibles.

Pero cuando se empezaron a conocer sobre casos, en donde los fabricantes sabían que sus productos eran defectuosos y que podían afectar la vida y la salud de las personas, pero, aun así, los colocaban en el mercado, fue más evidente que existían casos en donde había algo más que solo intención. Fueron, entonces, en este tipo de casos en donde se empezaron a usar *punitive damages*.

De allí que en EE. UU., cuando se hace referencia al tipo de conducta objeto de *punitive damages*, se utilicen términos como *malice, deceit, fraud, deception, wicked, wanton, reckless, outrageous, oppressive*. Por otro lado, en Inglaterra se usan términos como *contempt, insult* y *contumelious*. Todos estos términos difícilmente podrían ser reconducidos al simple dolo.

Entonces, es esencial que el juez o árbitro identifique correctamente cuáles son estas situaciones particulares que merecen la imposición de este castigo. Lo primero que debe verificar es que el demandado haya actuado con este dolo agravado. No es suficiente la culpa grave y no basta el simple dolo. Debe haber algo más (el agravante) por parte del demandado, y por parte de la sociedad debe existir ese particular reproche cognitivo que se traduce en intolerancia y que ruega por la imposición de una sanción. Dado que este dolo agravado genera esta intolerancia por parte de la sociedad, la imposición de la sanción se justifica en: a) la necesidad de sancionar al demandado, b) la necesidad de mandar un mensaje a todo el mundo para que esto no vuelva a ocurrir, y c) la necesidad de mantener inalienable los derechos de las personas.

El dolo agravado y el reproche social se evidencia en situaciones en donde se prefiere por la inalienabilidad de ciertos derechos. Este es el caso de los daños irreparables. Ya sabemos que cualquier daño resarcible debe compensarse, pero tengamos en cuenta que la regla no es la procedencia de la modalidad en forma específica sino por equivalente. La compensación en dinero no borra el daño fáctico, sino que alivia las consecuencias económicas. Por ejemplo, si voy al médico y por error me amputan la pierna equivocada, la compensación no va a hacer que me crezca una pierna nueva. La compensación solo se enfoca en el aspecto económico, no en el fáctico. Teniendo esto en cuenta, podemos ver que existen daños realmente irreparables, sin perjuicio del pago de una suma dineraria.

La vida, la salud y el medio ambiente son típicos casos de daños irreparables y en donde se debe pretender por la inalienabilidad. Se debe borrar la opción del dañador de dañar y compensar. Si se imponen correctamente *punitive damages*, entonces la opción del dañador siempre será no dañar porque dañar le resultará muy caro.

Como vemos, son tantas las particularidades que deben presentarse, en un caso concreto, para imponer correctamente *punitive damages* que tal sanción no puede imponerse de manera general, sino de forma excepcional. Y es precisamente por esta razón que el ámbito de aplicación de los *punitive damages* debe estar correctamente delimitado, y para que ello sea posible, tal sanción privada debe ser correctamente entendida. De lo contrario, se corre el riesgo de incorporarlos en un Código Civil y obtener malos resultados, pero no porque los *punitive damages* sean malos, sino porque los malos fueron los académicos y legisladores que se pusieron a jugar con algo cuando no entendían las reglas del juego.

No olvidemos, finalmente, que esta sanción privada debe estar reconocida por ley. Los *punitive damages* son una sanción y, como tal, se rigen por el principio de legalidad de las penas: la conducta punible y la sanción respectiva deben estar reconocidas expresamente por una ley. De ella se deriva también la prohibición de retroactividad de las

penas, pues las penas solo se aplican a hechos que ocurran después de la entrada de vigencia de la ley. Entonces, si se pretende incorporar a los *punitive damages*, tal incorporación debe ser por ley, de lo contrario, sería inconstitucional.

Teniendo en cuenta que los *punitive damages* deben reconocerse por ley y solo deben proceder ante casos de dolo agravado que generen un reproche en la sociedad, preferiblemente ante daños irreparables, deviene en evidente que es mejor incorporar la posibilidad de imponer *punitive damages* ante supuestos específicos —como el caso inglés— y no de manera general —como el caso americano—. Dependerá de cada sistema jurídico determinar qué bienes jurídicos merecen mayor protección. Por ejemplo, un país como el Perú con graves problemas de contaminación ambiental debería reconocer a los *punitive damages* ante daños ambientales, sobre todo para extirpar el beneficio ilícito obtenido por el contaminador. Es típico que en estos casos el dañador contamine porque de ello obtendrá un beneficio (piénsese en la actividad minera). Sería importante reconocer la posibilidad de extender la cuantía de la condena pecuniaria para extirpar el beneficio ilícito obtenido. Esta opción ha sido regulada en Italia en el art. 18(6) de la Ley 349/1986.

En conclusión, para definir al ámbito de aplicación de los *punitive damages* debemos tener en cuenta lo siguiente: 1) deben reconocerse por ley, 2) solo pueden imponerse ante un dolo agravado, 3) que genere una particular intolerancia en la sociedad, 4) al haber generado daños irreparables, 5) de manera que se justifica la sanción para mantener inalienable el derecho afectado, y 6) mandar un mensaje a todo tercero para que dicha conducta no vuelva a ocurrir.

7.2. ¿Cómo se calculan los *punitive damages*?

Después de definir el ámbito de aplicación de los *punitive damages*, otro inconveniente a solucionar es la determinación de la cuantía. Antes de pasar a señalar los criterios a tener en cuenta al cuantificar, es necesario definir el problema respecto a la ausencia de límites.

Inicialmente los *punitive damages* no tenían límites y era precisamente tal característica la que los hacía un remedio escalofriante. Un demandado podría haber ocasionado daños por 1 millón, pero como se presentaron las características mencionadas anteriormente (entre ellos, el dolo agravado y la irreparabilidad del daño), el jurado o la corte terminaban imponiendo *punitive damages* por 145 millones.

Esto sucedió así en EE. UU., debido a su visión liberal y por la fe en el poder autorregulador del mercado. Mientras que en Europa se definen las reglas antes de jugar, en EE. UU. se prefiere jugar sin reglas y solo después corregir los errores que se hayan presentado. Esto es fruto de la visión deductiva de Europa, contraria a la visión inductiva de EE. UU. Esto explica por qué los *punitive damages* no tuvieron límites al inicio.

Sin embargo, una vez que surgieron las malas consecuencias, se empezaron a poner límites, sea en forma de múltiplos, ratios o máximos fijos. Uno podría preguntarse si la imposición de estos límites ha debilitado o no a los *punitive damages*, pues su verdadero carácter disuasivo se encontraba en el hecho de que eran imprevisibles. Sin embargo, si tales límites son correctamente diseñados, el rol disuasivo no se afectará y, a su vez, se corregirán las desventajas de esta sanción privada.

Además, no debemos olvidar que, al tratarse de una sanción privada, le es aplicable el principio de proporcionalidad de las penas. La imposición de límites reconfirma que estamos ante una sanción, y esto no debe ser considerado como algo que debilite a los *punitive damages*, pues todas las sanciones siempre han debido cumplir con este requisito de rango constitucional.

Entonces, habiendo límites, aún queda determinar la cuantía de la condena mientras no se supere el límite establecido.

Generalmente son seis los criterios para determinar la cuantía de los *punitive damages*: 1) la gravedad del daño, 2) la gravedad de la conducta del demandado, 3) el patrimonio del demandado, 4) el beneficio obtenido por el demandado, 5) otras sanciones impuestas por la misma conducta, y 6) otras circunstancias relevantes para el caso en concreto.

Lo primero que se mira es el daño causado. La lógica nos dice que si el daño es mayor la sanción debería ser mayor y si el daño es menor la sanción debe ser también menor. En realidad, podemos partir de esta premisa, pero esta tiene varios matices. Si el daño es muy alto, imponer una condena punitiva muy alta puede ser muy gravoso para el demandado. Si el daño es muy alto, de por sí la compensación ya genera un fuerte efecto disuasivo. En estos casos el demandado podría alegar la alta cuantía de los daños compensatorios para evitar que por encima de ello se le sancione con una alta condena punitiva.

Por el contrario, si el daño es de cuantía baja, esto no significa que no se merezca imponer una alta condena punitiva. En estos casos resaltan otros criterios como el dolo agravado. Imaginemos que una persona entra a un asilo y empieza a disparar, pero por suerte no mata a nadie y solo llega a lastimar a un anciano en la pierna. Si tal persona solicita daños compensatorios, esto será insuficiente para disuadir a alguien que tuvo la intención de asesinar a varias personas de edad. Sin perjuicio de que el daño no fue lo significante que pudo haber sido, resulta conveniente imponer *punitive damages* por un monto elevado para disuadir este tipo de conductas que muestra menosprecio por las demás personas.

En ciertos casos, la gravedad del daño llega a ser tan importante que suele ser tomada como el principal punto de referencia para determinar la cuantía de la condena punitiva. Fuera de que se puedan tener en cuenta a los otros criterios, al final los *punitive damages* pueden materializarse como un múltiplo de los daños compensatorios. En otros casos se ha señalado que los *punitive damages* no pueden ser mayores a los daños compensatorios. Esta relación entre la cuantía de los *punitive damages* y los daños compensatorios se sustenta en el principio de proporcionalidad, el cual, sin embargo, puede tener excepciones a efectos de lograr que la condena punitiva genere un adecuado efecto disuasivo.

En segundo lugar, tenemos a la gravedad de la conducta del demandado. Traducido al *civil law*, debe tratarse de una conducta dolosa y agravada, que demuestre indiferencia y menosprecio por los derechos de los demás y que genere una especial reprochabilidad en las personas.

Este tipo de conducta, en primer lugar, es presupuesto para que proceda la imposición de cualquier condena por *punitive damages*, pero también es tomada en cuenta al momento de determinar la cuantía respectiva.

Una vez que se haya determinado la presencia del dolo agravado, mientras peor sea la conducta, mayor deberá ser la cuantía de la condena. Acá resalta la función punitiva. El castigo tiene directa relación con la gravedad de la conducta del demandado. Fuera de cualquier efecto disuasivo, lo que se pretende es castigar con mayor severidad al que se comportó peor, y ello se logra elevando la cuantía de la condena punitiva.

En tercer lugar, y a efectos de que el castigo tenga el efecto deseado, se debe tener en cuenta el patrimonio del demandado. Si el patrimonio es grande, la condena punitiva debe ser alta, de lo contrario el demandado internalizará la sanción como un costo de realizar la actividad. El demandado debe sufrir al menos en su patrimonio.

De la misma manera, si los daños compensatorios ya son altos y, en consecuencia, afectan de manera importante al patrimonio del demandado, entonces la condena punitiva no debería ser alta, de lo contrario se estaría produciendo un daño en exceso al demandado.

Junto con el patrimonio del demandado, se debe considerar a los beneficios obtenidos con ocasión del daño. Existen supuestos en donde el demandado comete el daño con la intención de obtener un beneficio y donde el beneficio suele ser mayor a los daños compensatorios. Entonces, si el demandado es declarado responsable y paga los daños compensatorios, aun le quedará el exceso del beneficio. Así no se logra el efecto disuasivo. Para impedir que el agente realice la actividad debe conocer de antemano que será despojado del beneficio ilícito. Entonces cometer el daño no le resultará rentable.

Elevar la cuantía de los *punitive damages*, con el fin de extirpar la ganancia ilícita del demandado, permite reforzar el efecto disuasivo e imponer una verdadera sanción.

En quinto lugar, la cuantía de la condena punitiva también debe considerar la imposición de otras sanciones pecuniarias impuestas por

el mismo hecho. La comisión de un daño podría desencadenar acciones civiles, penales y administrativas. Dado que los *punitive damages* deben cumplir con el principio de prohibición de sanciones múltiples (*ne bis in idem*), si ya se otorgaron otras sanciones pecuniarias por acciones penales o administrativas, no podría otorgarse una condena punitiva alta por *punitive damages*.

En realidad, en virtud del *ne bis in idem*, si ya se otorgó una sanción pecuniaria en sede penal y/o administrativa, entonces no debería proceder la imposición de *punitive damages*. Sin embargo, sería conveniente relativizar este principio ante casos en donde las sanciones previas no hayan sido suficientes para disuadir y castigar al demandado. Si esto es así, cabría la posibilidad de imponer *punitive damages* para reforzar la disuasión y la sanción, pero claramente la cuantía no puede ser alta. Consideramos que esta interpretación no vulneraría el principio *nen bis in idem*, pues los *punitive damages* tiene una naturaleza híbrida entre lo civil y lo penal, y, en consecuencia, si bien es cierto que le resultan aplicables los principios de derecho penal, los mismos deben relativizarse para adecuarse a la naturaleza de esta sanción civil.

Finalmente, cualquier otra circunstancia relevante puede ser tomada en cuenta. Normalmente estas circunstancias pueden derivarse de los propios hechos del caso y pueden funcionar como agravantes, tal y como ocurre en el derecho penal. Por ejemplo, no es lo mismo que una persona asesine a un tercero, a que tal tercero sea un pariente. Otro agravante podría basarse en la especial protección que le quiere otorgar cierto sistema jurídico a determinado bien o derecho.

No existe una regla matemática que permita determinar con anticipación a cuánto ascenderá la condena punitiva. Si esto fuera así, perdería su efecto disuasivo y sancionador. De allí que se cuestione a los *multiple damages* por definir a cuánto deberán ascender los *punitive damages*.

La regla es que el juez o árbitro pueda determinar, con base en el caso en concreto, a cuánto debe ascender la condena punitiva para que

la misma cumpla sus funciones. De haber límites, eventualmente se debería permitir sobrepasar dichos límites cuando el caso lo amerite y esté debidamente justificado.

7.3. ¿A quién se pagan los *punitive damages*?

Uno de los principales obstáculos que impide la incorporación de los *punitive damages* en el *civil law* es el enriquecimiento que significa el mismo en favor de los demandantes. Esto contraviene la regla de la prohibición del enriquecimiento sin causa. Por ejemplo, si el demandante sufrió daños por 100, debe ser compensado exactamente por 100, no por 99 ni por 101. El dogma de la compensación impide que el demandante pueda enriquecerse con ocasión de su propio daño recibiendo un monto extracompensatorio.

En EE. UU. se suele decir que el otorgamiento de *punitive damages* es como el premio gordo de la justicia (*jackpot justice*). Así surgieron los *gold diggers*, esto es, personas que planteaban demandas oportunistas con el fin de encontrar oro (el otorgamiento de *punitive damages*).

Con el paso de los años y a efectos de corregir este efecto perverso, se crearon los *split-recovery schemes*. En virtud de estos esquemas se distribuye la condena punitiva entre la víctima y el Estado o un fondo de compensación. De esta manera, se quita el incentivo perverso de demandar de manera oportunista, pues el demandante ya no recibía el 100 % de la condena punitiva, sino una porción mucho menor. En promedio, el demandante solo recibe el 25 % de la cuantía por *punitive damages*.

Si bien los *split-recoveries* hacen que los *punitive damages* sean más digeribles para el *civil law*, un civilista podría preguntarse por qué el demandante debe beneficiarse con el 25 % de la condena. En sentido estricto, los *split-recoveries* aún siguen vulnerando la regla de la prohibición del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, si uno ve al 25 % de la condena punitiva como una recompensa o un precio por la labor del demandante de lograr justicia contra el demandado, entonces dicho enriquecimiento no puede verse como uno injustificado.

La imposición de *punitive damages* busca corregir las situaciones de *undercompensation* o *lack of compensation*. Imaginemos que una empresa ocasiona daños a 10 personas y, de las 10, solo 7 demandan. Las 3 restantes no tienen los recursos para asumir los costos del litigio o simplemente deciden por no demandar. De los 7 que van a juicio, 3 obtienen compensación plena, 2 obtienen compensación parcial y los otros 2 pierden el juicio. En un escenario como este, si uno de los demandantes obtiene *punitive damages*, tal demandante habrá logrado lo que los 9 restantes no lograron: generar la disuasión y el castigo deseado.

El demandante que logra la disuasión y el castigo contra el demandado es visto como un representante de las demás víctimas que no lograron obtener compensación o que obtuvieron compensación parcial. El 25 % de la condena punitiva se paga en su favor como recompensa. El pago de esta recompensa encuentra su justificación en el *private enforcement*.

A diferencia del *civil law*, en donde el *enforcement* es público al operar *ex ante* a través del Estado, en el *common law* el *enforcement* es privado al operar *ex post* a través de los litigios y el mercado. El derecho americano fomenta la libertad y se abstiene de regular *ex ante*. Solo si las cosas salen mal, empieza a intervenir el Estado para corregir las externalidades. Dado que se tiene fe en el mercado, se asume que si alguien ocasiona un daño, será demandado y así se hará justicia. Para incentivar las demandas se han creados diversos instrumentos legales, entre ellos, los *punitive damages*, los cuales incitan a los privados a ser los responsables del *enforcement* del derecho.

La existencia de *punitive damages* promueve una actitud activa por parte de los demandantes. Pero para evitar los juicios oportunistas, no se paga al demandante el 100 % de la condena, sino solo el 25 %. Así se logra el equilibrio: se recompensa por hacer justicia, pero no hasta llegar al enriquecimiento injustificado.

Es importante internalizar esta función de los *punitive damages* para finalmente comprender, desde el *civil law*, por qué sí se debe pagar una porción de la condena, aunque sea menor, en favor de los demandantes. Los *punitive damages* son instrumentos de justicia, pero como hacer justicia cuesta, se debe reconocer este costo en favor de los demandantes. Entonces, el pago del 25 % de los *punitive damages* es como un reembolso. Por ende, no puede hablarse de un enriquecimiento sin causa, pues sí existe justificación.

Habiéndose explicado cómo debe distribuirse el pago de los *punitive damages*, queda pendiente que el sistema jurídico establezca los mecanismos necesarios para garantizar que la finalidad a la cual va destinado el pago de la condena punitiva, cuando este va dirigido al Estado o a un fondo, se cumpla. Si va dirigido al Estado, debe definirse en qué se gastará el pago por concepto de *punitive damages*, de lo contrario podría considerarse como un supuesto de expropiación indirecta —como ha ocurrido en el derecho americano—.

Si se paga al Estado, la principal meta sería que se use ese dinero para pagar a las víctimas que no han recibido compensación o que recibieron una parcial. De no ser este el objetivo, se podría invertir el dinero en implementar medidas de precaución para evitar daños futuros. Otra finalidad podría ser invertir en investigación relacionada al daño ocasionado. Por ejemplo, si un producto defectuoso produce cáncer, el dinero recolectado de las condenas punitivas podría ser utilizado para la investigación del cáncer.

Si se paga a un fondo de compensación, el objetivo es que el dinero sea destinado directamente a las víctimas. En el Perú no existe actualmente una práctica difundida respecto al uso de fondos de compensación. Entonces, esta sería una buena oportunidad para pensar nuevamente en la necesidad de crearlos y regularlos correctamente.

7.4. ¿Para qué sirven los *punitive damages*?

Cuando se define a los *punitive damages* es común que se empiece indicando para qué sirven, por lo que se afirma que sirven para castigar y disuadir. Esta primera aproximación, si bien es correcta, es insuficiente. Uno de los principales objetivos del presente trabajo ha sido presentar la verdad sobre los *punitive damages*, y parte de dicha verdad es enunciar

las funciones de los mismos. Pero cuando hablamos de funciones debemos ser muy precisos y cuidadosos, de lo contrario, caemos en el error —como normalmente ocurre— de simplemente enunciar funciones sin una lógica o coherencia. No se trata simplemente de mencionar la mayor cantidad de funciones que sean reiterativas o contradictorias entre sí, sino de observar para qué sirven realmente e identificar correctamente las funciones que tipifican a los *punitive damages*.

Los *punitive damages* tienen las siguientes funciones: punitiva, disuasiva, compensatoria, *disgorgement*, y *private enforcement*.

Las funciones punitiva y disuasiva no merecen mayor comentario. Por el contrario, sí es interesante pensar en la función compensatoria de los *punitive damages*. Si comprendemos realmente a los *punitive damages*, podremos ver que los mismos suelen ser usados para corregir deficiencias del sistema compensatorio. Los *punitive damages* son usados en sistemas jurídicos como el americano para otorgar un monto de dinero en aquellos casos en donde no proceda la compensación, porque el daño es de difícil probanza o porque simplemente el daño no es compensable. Un ejemplo es el daño moral en sede contractual.

Los *punitive damages* también son usados para corregir escenarios de *lack of compensation* o *undercompensation*. Si el demandado no internaliza todo el costo social no tendrá incentivos para corregir su conducta. Para generar un verdadero efecto *deterrence*, el demandado debe internalizar la totalidad del costo social, y esto se logra imponiendo *punitive damages* hasta el monto de los daños generados a otras víctimas que no han obtenido compensación, sea porque no demandaron, o porque demandaron pero solo obtuvieron compensación parcial o perdieron el juicio. Estos son los *punitive damages* como *societal damages*.

Es interesante, precisamente, que en el prólogo de la profesora Benatti se diferencie entre los *compensatory punitive damages* y los *punitive compensatory damages*. Los *compensatory punitive damages* son los tipos de daños que siendo principalmente compensatorios cumplen también una función punitiva. El principal ejemplo es el daño moral, pues las cortes suelen inflar la cuantía para castigar al demandado. Por eso se dice que

los daños morales son usados en la práctica como *punitive damages*. A la inversa, los *punitive compensatory damages* son las condenas por concepto de *punitive damages* que cumplen una función compensatoria.

Entonces, la procedencia de los *punitive damages* no debe ser vista exclusivamente como la introducción de la función punitiva en el *civil law*, sino como una oportunidad para otorgarle al juez la posibilidad de corregir las deficiencias del sistema compensatorio de un ordenamiento jurídico en concreto.

Así como la función compensatoria de los *punitive damages* puede ser una novedad para los civilistas y no para los americanos, la función de despojo de las ganancias ilícitas (*disgorgement*) puede ser considerada como una novedad para los primeros, mientras que para los segundos no. A diferencias del *civil law*, en el *common law* se ha prestado más atención a las situaciones en donde el agente comete un daño con la intención de obtener un beneficio. El agente daña de manera racional, pues el beneficio que se pretende obtener es mayor al daño que podría pagar si es encontrado responsable. Para disuadir este tipo de conductas lucrativas, el monto que se ordene pagar al demandado no puede limitarse a la sola compensación, sino que debe incluir al beneficio ilícito, de lo contrario, no se logrará disuadir la conducta.

Para lograr extirpar el beneficio ilícito existen dos vías. Podría optarse accionar directamente el remedio del *disgorgement*, conforme al Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, o se podría otorgar *punitive damages* cuya cuantía tenga en cuenta al beneficio ilícito. En los conocidos casos McDonald's y Ford, los jurados cuantificaron los *punitive damages* con base en los beneficios obtenidos por los demandados derivados de la conducta que generó el daño.

Comprender esta función de los *punitive damages* contra los beneficios ilícitos es además una buena oportunidad para que el *disgorgement*, como remedio autónomo, vaya ganando terreno en el *civil law*.

Y finalmente, como ya hemos explicado, los *punitive damages* son unos de los instrumentos legales usados para fomentar el *private*

enforcement. Las empresas saben que basta que un solo demandante gane el juicio para que se imponga en su contra *punitive damages*. La existencia de esta sanción corrige el comportamiento de las empresas vía la imposición de demandas. Si no existieran los *punitive damages*, las empresas internalizarían voluntariamente el costo de la compensación, pero, cuando se agregan *punitive damages*, cuya cuantía suele ser alta al tomar en cuenta los daños ocasionados a otras víctimas, se genera un verdadero efecto disuasivo y disciplinario de las conductas dañinas.

La imposición de demandas se hace atractiva si al menos una pequeña porción de la condena punitiva se paga en favor del demandante. Así, se incentiva a los demandantes a llevar a las empresas a los tribunales. Mientras no se pague el 100 % de la condena punitiva en favor del demandante, no se generará el incentivo perverso. Por el contrario, si en promedio un 25 % se paga al demandante, se generará un saludable incentivo para que sean los propios privados los encargados de hacer justicia a través del sistema judicial.

7.5. ¿Cuándo se limitan los *punitive damages*?

El desarrollo de los *punitive damages* en el derecho americano ha llegado hasta el análisis de la constitucionalidad de los mismos. Particularmente, es interesante el reconocimiento de los *punitive damages* como un remedio cuasicriminal al cual debe aplicarse, aunque a veces con algunos matices, los principios de rango constitucional que rigen a las sanciones penales.

Los *punitive damages* son sanciones públicas que se aplican en un litigio privado. Siendo sanciones de naturaleza criminal, no pueden prescindir de los principios constitucionales que rigen a las sanciones en el derecho penal. Tan importante es esto que si en un caso civil en concreto se aplican *punitive damages* vulnerando tales principios, debe aplicarse el control de constitucionalidad para anular o reformular la condena punitiva. Entonces, estos principios funcionan como límites generales para la imposición de *punitive damages*.

Los *punitive damages* deben cumplir con los siguientes principios constitucionales: (1) propocionalidad, (2) *nulla crimen sine lege*, (3) *nulla poena sine lege*, (4) *ne bis in idem*, (5) derecho de defensa y (6) retroactividad.

La proporcionalidad que aplica a cualquier pena, significa que los *punitive damages* no pueden ser totalmente excesivos. El primer parámetro que se tiene en cuenta es la cuantía de los daños compensatorios. En ciertos casos la cuantía de los *punitive damages* es un múltiplo de los daños compensatorios. En otros, se analiza la ratio que existe entre los *punitive damages* y los daños compensatorios para considerar la proporcionalidad.

Si bien es un buen punto de partida, el análisis de proporcionalidad no debería limitarse a mirar a la cuantía de daños compensatorios. Debe tomarse en cuenta a los criterios que son usados para cuantificar a la condena punitiva, entre ellos, el patrimonio del demandado, la gravedad de su conducta, los beneficios ilícitos obtenidos, la imposición de otras sanciones penales o administrativas, y cualquier otra circunstancia relevante para el caso. Si no se cumple con la proporcionalidad, los *punitive damages* otorgados podrán ser considerados inconstitucionales.

Resulta deseable que cada sistema jurídico defina algún parámetro que otorgue previsibilidad *ex ante*, a efectos de saber si una condena punitiva en concreto es proporcional o no. Por ejemplo, con ocasión de los execuátur, Francia y Alemania señalaron que los *punitive damages* son proporcionales si no superan el monto de los daños compensatorios (esto es, una ratio de 1:1).

Derivados del principio de legalidad de las penas, están los principios *nulla crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Si los *punitive damages* van a incorporarse en un sistema jurídico, ello debe ser mediante una ley expresa. Y esta ley debe definir el ámbito de aplicación y la sanción respectiva. Si estos requerimientos no se cumplen, los *punitive damages* serán inconstitucionales.

Entonces, los "daños punitivos" peruanos, creados vía pleno jurisdiccional, son inconstitucionales, y esta sería razón suficiente para que cualquier juez laboral peruano se niegue a aplicarlos.

También tenemos al principio *ne bis in idem* o prohibición de aplicar más de una sanción frente a un mismo hecho. Este principio tiene una doble aplicación. En primer lugar, no se puede otorgar varias condenas de *punitive damages* contra el mismo demandado por un mismo hecho. En segundo lugar, no se puede imponer *punitive damages* allí donde ya se han aplicado otras sanciones, penales o administrativas.

Si bien es cierto que la vía civil es independiente de la penal y administrativa, la imposición de una condena por *punitive damages* que sea excesiva podría considerarse como una sanción múltiple si ya se han impuesto otras condenas pecuniarias.

El derecho de defensa también es importante. Dado que se trata de la imposición de una sanción, el demandado debe tener la posibilidad de defenderse. Sobre todo, tengamos en cuenta el estándar que se impone en el ámbito penal. Desde que aplica la presunción de inocencia, el estándar que se debe superar para aplicar la sanción es alto. Sin embargo, este estándar es más bajo en el derecho civil, y, sin perjuicio de ello, el demandado debe poder defenderse en todo momento. Esto implica necesariamente que los *punitive damages* solo puedan otorgarse a pedido de parte, nunca de oficio.

En el Perú, el V y VI Pleno Jurisdiccional señalan que los "daños punitivos" pueden otorgarse de oficio. Esto vulnera abiertamente el derecho de defensa, y es razón suficiente para considerarlos como inconstitucionales. Además, los jueces laborales nunca deberían otorgarlos, a menos que una parte lo haya solicitado y la otra haya tenido la posibilidad de defenderse.

Finalmente, es importante tener en cuenta el principio de prohibición de retroactividad. Los *punitive damages* solo pueden otorgarse contra hechos que ocurrieron después de su entrada en vigencia. Aunque esto pueda parecer algo obvio, la jurisprudencia argentina demuestra que esto no necesariamente es así, pues se intentaron imponer condenas punitivas por hechos anteriores a la entrada en vigencia del art. 52 *bis* de la Ley de Defensa del Consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

Aava, Ott

2010 "Risk Allocation Mechanisms in Merger and Acquisition Agreements", en *Helsinki Law Review*, vol. 2.

Adar, Yehuda

2002 "Touring the Punitive Damages Forest. A Proposed Roadmap", en *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, n.° 2.

Adler, Barry

1999 "The Questionable Ascent of Hadley v. Baxendale", en *Stanford Law Review*, n.° 6, vol. 51.

Agnino, Francesco

2018 *Clausola penale, caparra confirmatoria e caparra penitenziale*, Vicalvi: Key.

Alpa, Guido

2017 "Le funzioni della responsabilità civile e danni 'punitivi': Un dibattito sulle recenti sentenza della Suprema Corte di Cassazione", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 4, año xxxiii.

Alvarez Lata, Natalia

2018 "Are Punitive Damages Incompatible with the Spanish Legal System?", en *European Review of Private Law*, vol. 5.

Ambos, Kai

2009 "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the 'most responsible'", en Nollkaemper, André y Harmen van der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Amelung, Tilman Ulrich

1999 "Damage Awards for Infringement of Privacy-The German Approach", en *Tulane European & civil law Forum*, vol. 14.

Anello, Robert

2017 Chronicle of Disgorgement's Death Foretold: Kokesh v. SEC, en *Forbes*, 11 de julio.

Arana de la Fuente, Isabel

2009 "La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria", en *ADC*, t. lxii, fasc. iv.

Astone, Maria

2018 "Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei remedi. Dall'astreinte al danno punitivo", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 1, año xxxiv.

Atienza Navarro, María L.

2013 "Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Revista Boliviana de Derecho*, n.° 15.

Bailey, Ronald

2011 "How Scared of Terrorism Should You Be?", en *Reason*, 6 de setiembre.

Bainbridge, Stephen M.

2018 "Kokesh Footnote Three Notwithstanding: The Future of Disgorgement Penalty in SEC Cases", en *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 56.

Balcarczyk, Justyna

2011 "Reconocimiento de sentencias extranjeras sobre difamación en Europa y en Estados Unidos", en *AEDIPr*, t. xi.

Baratella, Maria Grazia

2006 *Le Pene Private*, Milano: Giuffrè.

Bardales Siguas, Luis

2017 "Un intento fallido de trasplante legal: Los punitive damage por despido arbitrario", en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, t. 52.

Barnes, Wayne

2005 "Hadley v. Baxendale and Other common law Borrowings from the civil law", en *Texas Wesleyan Law Review*, n.° 2, vol. 11.

Baron, Jeremy

2011 "The 'Monstrous' Heresy of Punitive Damages: A Comparison to the Death Penalty and Suggestions for Reform", en *University Pennsylvania Law Review*, n.° 3, vol. 159.

Barrière, François

2002 "Non-Compensatory Damages: France under the Influence?", en *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, n.° 2.

Baumgartner, Samuel

2007 "How Well Do U.S. Judgments Fare in Europe?", en *The George Washington International Law Review*, n.° 1, vol. 40.

Bebchuk, Lucian y Steven Shavell

1991. "Information and the Scope of Liability for Breach of Contract. The Rule of Hadley v. Baxendale", en *Journal of Law, Economics & Organization*, n.° 2, vol. 7.

Beck, Anthony

1994 "Is Law a Autopoietic System?", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 3, vol. 14.

Beever, Allan

2003 "The Structure of Aggravated and Exemplary Damages", en *Oxford Journal of Legal Studies*, n.° 1, vol. 23.

2008 "Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis", en Rickett, Charles (ed), *Justifying Private Law Remedies*, EE. UU: Hart Publishing.

Behr, Volker

2003 "Punitive Damages in America and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", en *Chicago-Kent Law Review*, n.° 1, vol. 78.

2005 "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", en *Journal of Law and Commerce*, n.° 2, vol. 24.

2010 "Strafschadensersatz im deutschen Recht-Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens", en *ZJS*, n.° 3.

Beltrán Pacheco, Jorge

2010 "Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 143, Lima.

Benatti, Francesca

2008 *Correggere e Punire dalla Law of Torts All'Inadempimento del Contratto*, Milano: Giuffrè.

2015 "Dall'astreinte ai danni punitivi: un paso ormai obbligato", en *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2.

2015 "Incumplimiento del contrato y punitive damages", en Moreno More, César (coord.), *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Lima: Ediciones Legales,
2017 "Benvenuti Danni Punitivi... O Forse No!", en *Banca Borsa Titoli di Credito*, año LXXIX, fasc. 5.
2017 "Note sui danni punitivi in Italia: Problemi e prospettive", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 4, año XXXIII.
2018 "Punitive damages y class action: apuntes de derecho comparado", en Campos, Héctor y José Gabriel (coords.), *Responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación*, Lima: Themis.

Bentham, Jeremy
1830 *The Rationale of Punishment*, London: Robert Heward.

Berch, Jessica
2010 "The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union", en *Minnesota Journal of International Law*, n.° 1, vol. 19.

Berger, Adolf
1991 *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society.

Bernet, Martin y Nicolas Ulmer
1994 "Recognition and Enforcement in Switzerland of US Judgments Containing an Award of Punitive Damages", en *International Business Lawyer*, n.° 6, vol. 22.

Berryman, Jeffrey
2004 "Reconceptualizing Aggravated Damages: Recognizing the Dignitary Interest and Referential Loss", en *San Diego Law Review*, n.° 4, vol. 41.

Beucher, Klaus y John Sandage
1991 "United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n.° 5, vol. 23.

Bianca, Massimo
1994 *Diritto Civile. La Responsabilità*, vol. 5, Milano: Giuffrè.

Birks, Peter
2001 *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon Press.

Bloomfield, Kathryn
1987 "Recovering Nonpecuniary Damages for Breach of Contract under Louisiana Law", en *Louisiana Law Review*, n.° 3, vol. 47.

Borghetti, Jean-Sébastien
2009 "Punitive Damages in France", en Koziol, Helmut y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: common law and civil law Perspectives*, Nueva York: Springer.
2011 "France", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter.

Brand, Ronald A.
2005 "Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far", en *Journal of Law and Commerce*, n.° 2, vol. 24.
2005 "The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments. A view from the United States", en Pocar, Fausto y Costanza Honorati (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Milán: Cedam.

Braslow, Norman
1999 "The Recognition and Enforcement of common law Punitive Damages in a civil law System: Some Reflections on the Japanese Experience", en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n.° 2, vol. 16.

Brendscheidt, Michael
1977 "The Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany", en *The International Lawyer*, n.° 2, vol. 11.

Brockmeier, Dirk
1999 *Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Brodsky, Jonathan M.
2012 "Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores", en *Lecciones y Ensayos*, n.° 90.

Brun, Philippe
2009 "Les Projets de Réforme du Droit Français des Obligations et L'Influence du Droit Québécois", en *Canadian Bar Review*, n.° 2, vol. 88.

Buckland, W. y Arnold McNair

1952 *Roman Law & common law. A Comparison in Outline*, Gran Bretaña: Cambridge University Press.

Bullard González, Alfredo

2010 "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente", en Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra Editores.

2013 "'No cometerás actos impuros': El orden público y el control judicial del laudo arbitral", en *Themis*, n.° 63.

Bungert, Hartwin

1993 "Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany", en *The International Lawyer*, n.° 4, vol. 27.

Burrows, Andrew

2011 *The Law of Restitution*, 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

Burrows, Vanessa

2007 "Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case Philip Morris USA v. Williams", en *Congressional Research Service*, 17 de julio.

Busnelli, Francesco Donato y Elena D'Alessandro

2012 "L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?", en *Danno e Responsabilità*, vol. 6.

Butler, Patrick L.

2018 "Saving disgorgement from itself: SEC enforcement after Kokesh vs. SEC", en *Duke Law Journal*, n.° 2, vol. 68.

Büyüksagis, Erdem; Ebert, Ina; Fairgrieve, Duncan; Meurkens, Renée Charlotte y Francesco Quarta

2016 "Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism", en *European Business Law Journal*, n.° 1, vol. 27.

Cabello Matamala, Carmen Julia

2018 "Indemnización vs pensión compensatoria en los casos de divorcio", ponencia presentada en el VI Congreso de Derecho Civil Patrimonial: La Responsabilidad Civil en la Experiencia Ítalo-Peruana, Lima: 24 de mayo.

Cain, Kevin

2007 "The McDonald's Coffee Lawsuit", en *Journal of Consumer & Commercial Law*, n.° 1, vol. 11.

Calabresi, Guido y A. Douglas Melamed

1972 Property Rules, "Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", en *Harvard Law Review*, n.° 6, vol. 85.

Calabresi, Guido

1961 "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", en *The Yale Law Journal*, n.° 4, vol. 70, 1961.

1970 *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Heaven: Yale University Press.

2005 "The Complexity of Torts-The Case of Punitive Damages", en Madden, M. Stuart (ed.), *Exploring Tort Law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2005.

2012 "The Place of Torts in Law and Economics: The Significance of the Liability Rule". Recuperado de <https://bit.ly/2UnRn2u>.

2014 "A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension", en *Law and Contemporary Problems*, n.° 2, vol. 77.

Calandrillo, Steve P.

2010 "Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics", en *The George Washington Law Review*, n.° 4, vol. 78, 2010.

Calleros, Charles

2006 "Punitive damages, liquidated damages and clauses pénales in contract actions: A comparative analysis of the American Common Law and the French Civil Code", en *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32.

Campbell, Dennis y Dharmendra Popat

1994 "Enforcing American Money Judgments in the United Kingdom and Germany", en *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 18.

Campos García, Héctor

2012 *La responsabilidad civil del solicitante de una medida cautelar por los daños que ocasione su actuación sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis de pregrado.

2016 "La indemnización y el resarcimiento: La terminología legislativa peruana en materia de tutela resarcitoria", ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de Derecho Civil, Lima: 17 de junio.

2016 "Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa. Artículo 621", en Cavani, Renzo (coord), Código Procesal Civil Comentado. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica.

2018 "Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los punitive damages a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los Plenos Jurisdiccionales Supremos", en *VII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 25 de octubre.

Cancio Meliá, Manuel

2002 "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", en *Jueces para la democracia*, n.° 44.

2003 "¿'Derecho Penal' del Enemigo?, en Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas.

Cane, Peter

1997 *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart Publishing.

Cannarsa, Michel

2017 "French Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court", en *European Law of Private Law*, n.° 1, vol. 25.

2018 "The French Perpective on Punitive Damages", en *European Review of Private Law*, vol. 5.

Cappelletti, Marco

2015 "Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison between the United States and Italy", en *Arizona Journal of International & Comparative Law*, n.° 3, vol. 32.

Caracciolo, Alessio; Fabrizio, Cesareo y Federica Stamerra

2017 "Indirect Coercive Methods in Italian Law: Art. 614 Bis C.C.P", en *International Journal of Law*, n.° 1, vol. 1.

Cárdenas Quirós, Carlos

1994 "Reflexiones sobre la mutabilidad o inmutabilidad de la pena obligacional", en Carlos Cárdenas Quirós, *Estudios de Derecho Privado. Reflexiones de un tiempo*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1994.

2011 "La reforma del derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984", en *Revista de Derecho Themis*, n.° 60.

Carleo, Roberto

2018 "Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, n.° 1, año xxxiv.

Carlsmith, Kevin M.; Timothy, D. Wilson y Daniel T. Gilbert

2008 "The Paradoxical Consequences of Revenge", en *Journal* of *Personality* and *Social Psychology*, vol. 95, N.° 6.

Carpagnano, Michele

2007 "El *private enforcement* del derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados", C 295-298/04, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.° 1.

Cassidy, John

2013 "The Saliency Bias and 9/11: Is America Recovering?", en *The New Yorker*: 11 de septiembre.

Catala, Pierre y John Weir

1963 "Delic and Torts: A Study in Parallel", en *Tulane Law Review*, n.° 4, vol. 37.

Cervini, Raúl

2010 "El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia de principio de la persona humana", en *Revista de Derecho*, n.° 5.

Chalmers, Damian y Giorgio Monti

2008 *European Union Law. Text and Materials. Updating Supplement*, Cambridge: Cambridge University Press.

Chang, Jacqueline K.

2018 "Kokesh vs. SEC: The Demise of Disgorgement", en *North Caroline Banking Institute*, vol. 22.

Chapman, Bruce

1990 "Punitive Damages as Aggravated Damages: The Case of Contract", en *Canadian Business Law Journal*, n.° 3, vol. 16.

Chapman, Gretchen y Brian Bornstein

1996 "The More You Ask for, the More You Get: Anchoring in Personal Injury Verdicts", en *Applied Cognitive Psychology*, vol. 10.

Coates IV, John

2012 "Allocating Risk Through Contract: Evidence from M&A and Policy Implications", en *Harvard Law School. Working paper.*

2015 "M&A Contracts: Purposes, Types, Regulation, and Patterns of Practice", en *The European Corporate Governance Institute, Working Papers Series in Law, Law Working Paper*, n.° 292.

Coffrey, John; Condo, Kathy y Richard Holzheimer
2003 "U.S. Supreme Court Provides Guidelines as to Range of Permissible Punitive Damages Awards", en *ReedSmith*, n.° 3, vol. 43, mayo.

Coggiola, N.; Gardella Tedeschi, B. y M. Graziadei
2011 "Italy", en Winiger, Bénédict; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter.

Colby, Thomas
2003 "Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs", en *Minnesota Law Review*, n.° 3, vol. 87.

Coleman, Jules
1982 "Corrective Justice and Wrongful Gain", en *The Journal of Legal Studies*, n.° 2, vol. 11.

Collin, Thomas
1998 *Punitive Damages and Business Torts. A Practitioner's Handbook*, EE. UU.: American Bar Association.

Cooper, Richard M.
1992 "Regulation through Private Litigation", en *Food and Drug Law Journal*, n.° 4, vol. 47.

Cooter, Robert y Thomas Ulen
2012 *Law & Economics*, 6.ª ed., Boston: Addison-Wesley.

Coppo, Letizia
2017 "The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma", en *The Italian Law Journal*, n.° 2, vol. 3.

Cordero Álvarez, Clara Isabel
2017 "Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos", en *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, n.° 21, 2013. Previsional.

Court de Fontmichel, Alexandre
2005 "La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français", en *Uniform Law Review*, n.° 4, vol. 10.

Cousy, Herman y Dimitri Droshout
2004 "Contributory Negligence under Belgian Law", en Magnus, U. y M. Martín-Casals (eds.), *Unification of Tort Law. Contributory Negligence*, Nueva York: Kluwer Law International.

D'Alessandro, Elena
2018 "Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos", en *Revista de Derecho Privado*, n.° 34, enero-junio.

Dacoronia, E.
2011 "Greece" en Winiger, Bénédict; Helmut Koziol; Bernhard Koch y Reinhard Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, Berlín: De Gruyter.

Daly, Conor
2018 "Kokesh vs. SEC: The Supreme Court redefines an effective securities enforcement tool", en *Maryland Law Review*, vol. 77.

Daniels, Stephen y Joanne Martin
1995 *Civil Juries and the Politics of Reform*, Illinois: Northwestern University Press.

Debra, Moss
1993 "The Punitive Thunderbolt. How much should courts curb extraordinary awards?", en *ABA Journal*, n.° 5, vol. 79.

Daughety, Andrew F. y Jennifer F. Reinganum
1997 "Everybody Out of the Pool: Products Liability, Punitive Damages, and Competition", en *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 13, N.° 2.

De Ángel Yágüez, Ricardo
2012 *Daños punitivos*, Navarra: Civitas.

De Bruyne, Jan y Cedric Vanleenhove
2017 "From down under all the way to the European Union-A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU", en *University of Western Australia Law Review*, vol. 42, N.° 1.

De Geest, Gerrit y Filip Wuyts
2000 "Penalty Clauses and Liquidated Damages", en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics. vol. III. General Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar.

De Kezel, Evelien
2012 "The Protection and Enforcement of Private Interests by (The Recognition of U.S.) Punitive Damages in Belgium: Limits and Opportuni-

ties", en Lotte Meurkens y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia.

De la Jara, José María

2014 "Condenando por intuición: El cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución", en *Forseti*, N.° 2.

De la Jara, José María; Gino Rivas y Andrea Juscamaita

2018 "Hans vs. Brain: El sesgo de retrospectiva en la implementación de la fórmula de Hand", en Bullard, Alfredo y José María de la Jara (coords.), *Análisis psicológico del derecho*, Lima: Themis.

De Luca, Federica

2010 *Pene Private*, Tesi di Dottorato, Salerno: Università degli Studi di Salerno, Dipartimento Diritti della Persona e Comparazione.

De Luca, Stéphanie

2011 Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain. Université Panthéon-Assas Paris II. Magistère Juriste d'Affaires-DJCE, Master II Droit des affaires,

De Moncuit, Godefroy

2010 La Faute Lucrative. Université de Montpellier 1, Centre du Droit de la Consommation et du Marche, Master II Recherche Droit du Marche.

De Pablo Serrano, Alejandro

2011 "La protección del derecho al honor: entre los punitive damages del common law y el comiso. Consideraciones político-criminales en torno a la reforma del art. 9.2.d) de la LO I/1982", en Pérez Álvarez, Fernando (ed.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, España: Ediciones Universidad de Salamanca.

De Quervain, Dominique J.F.; Fischbacher, Urs; Treyer, Valerie; Schellhammer, Melanie; Schnyder, Ulrich; Buck, Alfred y Ernst Fehr

2004 "The Neural Basis of Altruism Punishment", en *Science*, vol. 305, N.° 5688.

De Smijter, Eddy; Stropp, Constanze y Donncadh Woods

2006 "Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules", en *Competition Policy Newsletter*, n.° 1.

De Trazegnies, Fernando

[1988] *La responsabilidad extracontractual*, t. II, vol. IV, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

2015 "Estudio Preliminar de la Responsabilidad Extracontractual", en Soto Coaguila, Carlos Alberto (dir.), *Tratado de Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Lima: Instituto Pacífico.

Deffains, Bruno y Thierry Kirat

2005 *Law and Economics in Civil Law Countries*, Amsterdam: Elsevier.

Demogue, René

1918 "Validity of the Theory of Compensatory Damages", en *Yale Law Journal*, vol. 27, N.° 5.

Department of Constitutional Affairs

2007 *The Law on Damages*, Consultation Paper 9/07.

DiMatteo, Larry A.

2001 "A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages", en *American Business Law Journal*, vol. 38, N.° 4.

Dnes, Stephen

2013 "An Economic Approach to Remedies in Private Competition Actions", en Danov Mihail; Florian Becker y Paul Beaumont (eds.), *Cross-Broder EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing, 2013.

Dodge, William S.

1999 "The Case for Punitive Damages in Contracts", en *Duke Law Journal*, vol. 48, N.° 4.

Doecke, Alison

2017 "Exemplary damages: Retribution and Condemnation-The Purpose of Controlling the Scope of the Exemplary Damages Award", en *Adelaide Law Review*, vol. 38, N.° 1.

Dole, Richard F.

2016 "Jr. Punitive Damage and Attorney Fee Awards in Trade Secret Cases", en *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 20, N.° 1.

Dolinger, Jacob

1982 "World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflicts of Laws", en *Texas International Law Journal*, vol. 17, N.° 2.

Dupree Jr., Thomas H.

2010 "Punitive Damages and the Constitution", en *Louisiana Law Review*, vol. 70.

Duus-Otterström, Göran

2007 *Punishment and Penal Responsibility*, Gotemburgo: Göteborg University.

Ebert, Ina

2004 *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutsche Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Eckert, Julia

2008 "Laws for Enemies", en Julia Eckert (ed.), *The Social Life of Anti-Terrorism Laws*, Bielefeld: Transcript.

Edelman, James

2002 *Gain-Based Damages*, Oregon: Hart Publishing.

Edlin, Aaron S. y Alan Schwartz

2003 "Optimal Penalties in Contracts", en *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78.

Eisenberg, Melvin A.

1992 "The Principle of *Hadley v. Baxendale*", en *California Law Review*, vol. 80, N.° 3.

2006 "The Disgorgement Interest in Contract Law", en *Michigan Law Review*, vol. 105, N.° 3.

Eisenberg, Theodore y Giovanni B. Ramello (eds.)

2016 *Comparative Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Eisenberg, Theodore; John Goerdt; Brian Ostrom; David Rottman y Martin T. Wells

1997 "The Predictability of Punitive Damages", en *Journal of Legal Studies*, vol. xxvi.

Eisenberg, Theodore; Michael Heise y Martin T. Wells

2010 "Variability in Punitive Damages: Empirically Assessing *Exxon Shipping Co. v. Baker*", en *Cornell Law Faculty Publications, Paper 200.*

Eisenberg, Theodore; Michael Heise; Nicole L. Waters y Martin T. Wells

2010 "The decision to award punitive damages: An empirical study", en *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, N.° 2.

Eisenberg, Theodore; Neil LaFountain; Brian Ostrom; David Rottman y Martin T. Wells.

2002 "Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study", en *Cornell Law Review*, vol. 87, N.° 3.

Englard, Izhak

2012 "Punitive Damages-A Modern Conundrum of Ancient Origin", en *Journal of European Tort Law*, vol. 3, N.° 1.

English Law Commission

1997 Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages Report, UK.

Enonchong, Nelson

1980 "Epstein, Richard A. Is Pinto a Criminal?", en *Regulation*, marzo.

1996 "Breach of Contract and Damages for Mental Distress", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, N.° 4.

Espinoza Espinoza, Juan

2017 *Introducción al derecho de las obligaciones*, Lima: Instituto Pacífico.

2017 "Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional", en *Gaceta Civil y Procesal Civil*, N.° 52, octubre.

European Group on Tort Law.

2005 *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, New York: Springer.

Evans, Benjamin F.

1998 "Split-Recovery Survives: The Missouri Supreme Court Upholds the State's Power to Collect One-Half of Punitive Damages Awards", en *Missouri Law Review*, vol. 63, N.° 2.

Evros Ayala, Jayme Antonio y Norbert Bernsdorff

2002 "*Strafschadensersatz*. algunas reflexiones sobre su ejecución desde el punto de vista teórico y práctico", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM.

Fabre, Nathalie Meyer

2011 "Enforcement of US Punitive Damages Award in France: Firsts Ruling of The French Court of Cassation in x. v. Fountaine Pajot", en *International Arbitration Report*, vol. 26, N.° 1.

2012 "Recognition and Enforcement of U.S. Judgments in France-Recent Developments", en *The International Dispute Resolution News*, spring.

Farnsworth, E. Allan

1984 "On trying to keep one's promises: The duty of best efforts in contract law", en *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 46.

1985 "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract", en *Yale Law Journal*, vol. 94, N.° 6.

Faust, Florian

2017 "German Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court", en *European Law of Private Law*, vol. 25, N.° 1.

Fauvarque-Cosson, Bénédicte y Denis Mazeaud (eds.)
2008 *European Contract Law*, Munich: Sellier.

Fauvarque-Cosson, Bénédicte y Denis Mazeaud
2006 "L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription", en *Uniform Law Review*, vol. 11, N.° 1.

Fedtke, Jörg
2012 "The Culture of German Tort Law", en *The Journal of European Tort Law*, vol. 3, N.° 2.
2014 "The Changing Nature of U.S. (Common?) Tort Law", en Mankowski Peter y Wolfgang Wurmnest (eds.), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*. München: Sellier European Law Publishers.

Feldthusen, Bruce
1995 "Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Cold?", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 17, N.° 4.

Feliu Rey, Jorge
2014 "Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo", en *ADC*, t. LXVII.

Fernández Cruz, Gastón
1991 "Responsabilidad Civil y Derecho de Daños", en *El Jurista, Revista Peruana de Derecho*, año 1, N.° 4.
2001 "Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*", en *Ius et Veritas*, N.° 22.
2005 "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano)", en *Themis 50*.
2015 "La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de daños", en Espinoza Espinoza, Juan (coord), *Análisis sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*, Lima: Instituto Pacífico.
2017 *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria. La problemática de su encuadramiento*, Lima: Ara.

Fernández Gómez, Lorenzo.
2007 *Temas de Filosofía del Derecho*, Caracas: Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

Fiebig, Andre R.
1992 "The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments", en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, N.° 3.

Fischer, David A.
1981 "Products Liability-An Analysis of Market Share Liability", en *Vanderbilt Law Review*, vol. 34, N.° 6.

Fish, Morris J.
2008 "An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, N.° 1.

Fontaine, Marcel y Filip de Ly
2013 *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas*, Madrid: Civitas.

Franzoni, Massimo
2017 "Quale danno punitivo?", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, año XXXIII, 4/2017.
2018 "La indemnización punitiva por *litis* temeraria en el derecho italiano", en Campos, Héctor y José L. Gabriel (coords.), *Responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación*, Lima: Themis.

Fredrickson, Barbara L. y Christine Branigan
2005 "Positive emotions broaden the scope of attention and thought-action repertoires", en *Cognition and Emotion*, vol. 19.

Fridman, G. H. L.
1955 "Waiver of Tort", en *The Modern Law Review*, vol. 18, N.° 1.

Friedman, Lawrence M.
1985 *A History of American Law*, New York: Simon & Schuster, 1985.
2016 *Impact. How Law Affects Behavior*, Cambridge: Harvard University Press, 2016.

Fuller, L.L. y William R. Perdue, Jr
1936 "The Reliance Interest in Contract Damages: 1", en *The Yale Law Journal*, vol. 46, N.° 1.

Galatro, Vincenzo
2008 *Manuale Operativo di Procedura Civile*, Italia: Maggioli.

Galligan, Thomas C.
1990 "Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages", en *Louisiana Law Review*, vol. 51, N.° 1.

Gallo, Paolo

1996 *Pene private e responsabilità civile*, Milano: Giuffrè.

2004 *Punitive damages in Italy? A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts* à *Giuseppe Gandolfi. Troisième Volume*. Milano: Giuffrè.

2018 *Lecture: Pene private e responsabilità civile, en VI Congreso de Derecho Civil Patrimonial: La responsabilidad civil en la experiencia ítalo-peruana*, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gamonal Contreras, Sergio

2017 "Daños Punitivos y Prácticas Antisindicales", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 24, N.° 1.

Garapon, Antoine

2015 "Foreword", en Dyson, Matthew (ed.), *Comparing Tort and Crime. Learning from across and within Legal Systems*, Cambridge: Cambridge University Pres.

García Long, Sergio

2016 *Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2017 "Arbitraje en fusiones y adquisiciones de empresas", en *Themis*, N.° 72.

2018 "¿Qué tan buen psicólogo es Guido Calabresi? Entrevista a Guido Calabresi", en Bullard, Alfredo y José María de la Jara (coords), *Análisis Psicológico del Derecho*, Lima: Themis Editorial Jurídica.

2018 Daños punitivos en Perú, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 50.

García Matamoros, Laura Victoria y María Carolina Herrera Lozano

2003 "El concepto de los daños punitivos o punitive damages", en *Estudios Socio-Jurídicos*, n.° 1, vol. 5.

Geertsma, Meleah A.

2003 "Punitive Damages: Court Orders Two-Thirds to Go to State University Cancer Research Program", en *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 31, N.° 2.

Geldres Campos, Ricardo

2017 "Los daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional", en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N.° 52, octubre.

2018 "Hacia una interpretación finalista del artículo 1955 del Código Civil peruano", en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N.° 66.

Georgiades, Georgios

2005 Punitive Damages in Europe and the USA: Doctrinal Differences and Practical Convergences, en RHDI, vol. 58.

Giliker, Paula

2017 "Case Note England and Wales, UKSC 4 November 2015, *Cavendish Square Holdings BV. Makdessi; ParkingEye Ltd v. Beavis*", en *European Review of Private Law*, vol. 25, N.° 1.

2017 "The Future of EU Tort Law", en Giliker, Paula (ed.), *Research Handbook of EU Tort Law*, Cheltenham: Edward Elgar.

Gilmore, Grant

[1974] *The Death of Contract*, Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

Gilotta, Andrea Giuseppe

2010 *Le Pene Private e I Danni Punitivi, tesis para optar el grado de doctor, Catalia: Università degli Studi di Catania, Anno Accademico, 2010-2011.*

Gilovich, Thomas y Dale Griffin

2002 "Introduction-Heuristics and Biases: Then and Now", en Gilovich, Thomas, Dale Griffin y Daniel Kahneman (eds.), *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge: Cambridge University Press.

Goetz, Charles J. y Robert E. Scott

1977 "Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach", en *Columbia Law Review*, vol. 77, N.° 4.

Goldberg, John C.P. y Benjamin C. Zipursky

2006 "Seeing Tort Law from the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties", en *Fordham Law Review*, vol. 75, N.° 3.

Gollwitzer, Mario y Markus Denzler

2009 "What makes revenge sweet: Seeing the offender suffer or delivering a message", en *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 45.

Gollwitzer, Mario

2014 *Individual and social functions of revenge: A justice-based approach*, Alemania: Philipps-University Marburg.

Gordley, James

2003 "The universalist heritage", en Legrand Pierre y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gotanda, John Y.

1997 "Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc", en *Harvard International Law Review*, vol. 38, N.° 1.

2007 "Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?", en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45.

Gracia Martín, Luis

2005 "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'derecho penal de enemigo'", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 7, N.° 2.

Gray, Anthony

2009 "Enforcement of Punitive Damages Awards in the Convention on Choice of Court Agreements", en *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, vol. 17, N.° 1.

Green, Michael D. y W. Jonathan Cardi

2015 "Basic Questions of Tort Law from the Perspective of the USA", en Koziol, Helmut (ed.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag.

Greene, Edith y Brian Bornstein

2000 "Precious Little Guidance. Jury Instruction on Damage Awards", *en Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 6, N.° 3.

Greene, Edith; Douglas Woody, William y Ryan Winter

2000 *Compensating Plaintiffs and Punishing Defendants: Is Bifurcation Necessary?*, en *Law and Human Behavior*, vol. 24, N.° 2.

Greenhouse, Linda

2003 "Justices Limit Punitive Damages in Victory for Tort Revision", en *The New York Times*, 8 de abril.

Greenwood, David

2010 "Who's Afraid of Punitive Damages?", en *Blaney McMurtry, Barristers & Solicitors LLP*, Septiembre.

Grondona, Mauro

2017 "Il Problema dei Danni Punitivi e la Funzione degli Istituti Giuridici, ovvero: Il Giurista e la Politica del Diritto", en *Giustizia Civile*, 30 de mayo.

2017 *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

2017 "Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e *punitive damages*", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, vol. 10.

Guarino, Joseph Domenick

2014 "$185 million punitive damages for pregnancy discrimination: what led to the largest single-plaintiff employment award?", en *DLA Piper, Employment Alert*, 4 de diciembre.

Guthrie, Chris; Jeffrey J. Rachlinski y Andrew J. Wistrich

2001 "Inside the Judicial Mind", en *Cornell Law Review*, vol. 86.

2007 "Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases", en *Cornell Law Review*, vol. 93.

Gutiérrez Camacho, Walter y Alfonso Rebaza González

2004 "Artículo 1341 del Código Civil", en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. VI, *Derecho de las obligaciones*, Lima: Gaceta Jurídica.

Habermas, Jürgen

1998 *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: The MIT Press, 1998.

Hall, Kermit L.

2000 *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, New York: Oxford University Press, 2000.

Harder, Sirko

2010 Measuring Damages in the Law of Obligations. UK: Hart Publishing, 2010.

Hastie, Reid; David A. Schkade y John W. Payne

1999 "Juror Judgments in Civil Cases: Effects of Plaintiff's Requests and Plaintiff's Identity on Punitive Damages Awards", en *Law and Human Behavior*, vol. 23, N.° 4.

Hatzis, Aristides N.

2003 "Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law", en *International Review of Law and Economics*, vol. 22.

Hawley, Donna Lea

1980 "Punitive and Aggravated Damages in Canada", en *Alberta Law Review*, vol. 18, N.° 3.

Hay, Peter

1992 "The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany-The 1992 Decision of the German Supreme Court", en T*he American Journal of Comparative Law*, vol. 40, N.° 3.

HENDERSON, Dan Fenno
1991 "Comparative Law in the Japanese Courts: Punitive Damages", en *Law in Japan*, vol. 24.

HESSICK, Carissa Byrne y F. Andrew HESSICK
2011 "Double jeopardy as a limit on punishment", en *Cornell Law Review*, vol. 97, N.° 1.

HOFFMAN, W. Michael
2001 "The Ford Pinto", en W. Michael HOFFMAN; Robert FREDERICK y Mark S. SCHWARTZ (eds.), *Business Ethics. Readings and Cases in Corporate Morality*, Michigan: McGraw Hill.

HOFMANN, Dieter A. y Oliver M. KUNZ
2015 "Switzerland", en PATRICK Doris (ed.), *Enforcement of Foreign Judgments 2016*, London: Law Business Research.

HOGG, M.
2011 "Scotland", en B. WINIGER, H. KOZIOL, B. A. KOCH, R. ZIMMERMANN (eds.) *Digest of European Tort Law, vol. 2: Essential Cases on Damages*, Berlín: De Gruyter.

HOLMES, Oliver Wendell
[1881] *The Path of the Law*, New York: Barnes & Noble.

HONDIUS, Ewoud y André JANSSEN
2015 Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World, en EWOUD Hondius y André JANSSEN (eds.), *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*, New York: Springer.

HUNTER, Martin y Gui CONDE, Silva
2003 "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration", en *The Journal of World Investment*, vol. 4, N.° 3.

HURD, Sandra N. y Frances E. ZOLLERS
1994 "State Punitive Damages Statutes: A Proposed Alternative", en *Journal of Legislation*, vol. 20, N.° 2.

HURTADO POZO, José
2005 *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., Lima: Grijley.

IRIGOYEN-TESTA, Matías
2011 "La no asegurabilidad de los daños punitivos en Argentina. Explicación desde el análisis económico del derecho", en *InDret*, N.° 3.

2015 "Punitive Damages in Developing Countries: The Argentine case", en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, vol. 1, N.° 1.

IRISH LAW REFORM COMMISSION
2000 *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Dublin.

JABLONSKI, Scott R.
2005 "Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts-A Recent Case in the Supreme Court of Spain", en *Journal of Law and Commerce*, vol. 24, N.° 2.

JAFFEY, Peter
1998 "The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages", en *The Modern Law Review*, vol. 61, N.° 6.

JAGUSCH, Stephen y Thomas SEBASTIAN
2013 "Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?", en *Arbitration International*, vol. 29, N.° 1.

JAIN, Neha
2011 "The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law", en *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, N.° 1.

JAKOBS, Günther
1985 "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97, N.° 4.
1997 *Estudios de derecho penal*, Madrid: Civitas.
2000 *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho pena funcional*, Madrid: Civitas.
2004 "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en *Ritsumeikan Law Review*, vol. 21.
2007 "Jan van den Berg, Albert. New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, N.° 2.
2014 "On the Theory of Enemy Criminal Law", en Markus D. DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

JANECEK, Vaclav
2013 "Exemplary Damages: A Genuine Concept?", en *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, N.° 2.

JANKE, Benjamin West y François-Xavier LICARI
2012 "Enforcing Punitive Damages Awards in France after Fountaine Pajot", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 60, N.° 3.

Jansen, Nils y Lukas Rademacher

2009 "Punitive Damages in Germany", en Helmut Koziol y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York: Springer.

Jeffries Jr., John Calvin

1986 "A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages", en *Virginia Law Review*, vol. 72, N.° 1.

Jensen, David

2009 "Naming your Enemies", en Armborst Andreas y David Jensen (ed.), *Retaliation, Mediation and Punishment*, Germany: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law.

Jiménez Vargas-Machuca, Roxana

2005 "Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática", en *Themis*, N.° 50.

Jordano Fraga, Francisco

1987 *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas.

Joseph-Ratineau, Yannick

2017 *La Privatisation de la répression pénale*, t. 1, France: Connaissances et Savoir.

Jung, Kerry A.

1999 "How Punitive Damages Awards Affect U.S. Business in the International Arena: The *Northcon I v. Mansei Kogyo Co.* Decision", en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 17, N.° 2.

Kahneman, Daniel y Amos Tversky

1974 "Judgment under Uncertainty: Heuristic and Biases", en *Science*, vol. 185, N.° 4157.

Kahneman, Daniel; Schkade, David y Cass R. Sunstein

1998 "Shared outrage and erratic awards: The psychology of punitive damages", en *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 16.

Kaino, Michiatsu

2002 "Some Introductory Comments on the Historical Background of Japanese Civil Law", en Dean, Meryll, *Japanese Legal System*, 2.ª ed., London: Cavendish Publishing.

Kanamori, Shigenari

1999 "German Influences on Japanese Pre-war Constitution and Civil Code", en *European Journal of Law and Economics*, vol. 7, N.° 1.

Kant, Immanuel

1887 *The Philosophy of Law. An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, Edinburgh: T&T Clark.

Karner, E.

2011 "Austria", en B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law, Essential Cases on Damages*, vol. 2, Berlín: De Gruyter.

Kelly, J. M.

1967 "The Inner Nature of the Tort Action", en *Irish Jurist*, vol. 2, N.° 2.

Kenefick, Andrew M.

1987 "The Constitutionality of Punitive Damages under the Excessive Fines Clause of the Eight Amendment", en *Michigan Law Review*, vol. 85, N.° 7.

Kile, Nicholas K.

1989 "Constitutional Defenses Against Punitive Damages: Down But Not Out", en *Indiana Law Journal*, vol. 65, N.° 1.

Kitagawa, Zentaro

2007 "Introduction: The Identity of Japanese and German Civil Laws. Chapter 1", en Zentaro Kitagawa y Karl Riesenhuber (eds.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspective*, Berlín: De Gruyter Recht.

Klaben, Matthew J.

1994 "Split-Recovery Statutes: Interplay of the Takings and Excessive Fines Clauses", en *Cornell Law Review*, vol. 80, N.° 1.

Kling, Didier

2006 Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP a l'avant-projet "Catala" et propositions d'amendements.

Klöhn, Lars

2011 "Private versus Public Enforcement of Laws-A Law & Economic Perspective", en Reiner Schulze (ed.), *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich: Sellier European Law Publisher.

Knutson, Brian

2004 "Sweet Revenge?", en *Science*, vol. 305, N.° 5688.

Koch, Bernhard A.

2009 Punitive Damages in European Law, en Helmut Koziol y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York: Springer.

2011 "The Experiences in National Legal Systems and the Perspectives of EU Tort Law", en Reiner Schulze (ed.), *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich: Sellier European Law Publishers.

Koenig, Thomas H.

2008 "Blending U.S. Criminal and Tort Law for Civil Punishment", en *Annals-Belgrade Law Review*, vol. 3.

2008 "Crimtorts: A cure for hardening of the categories", en *Widener Law Journal*, vol. 17, N.° 3.

Koenig, Thomas H. y Michael L. Rustad

1998 "'Crimtorts' as Corporate Just Deserts", en *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 31, N.° 2.

2004 "Toxic Torts, Politics, and Environmental Justice: The Case for Crimtorts", en *Law & Policy*, vol. 26, N.° 2.

Komminos, Assimakis P.

2013 "Private Enforcement in the EU with emphasis on damages actions", en Ioannis Lianos y Damien Geradin (eds.), *Handbook on European Competition Law. Enforcement and Procedure*, Cheltenham: Edward Elgar.

Koteich Khatib, Milagros

2017 "La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, ¿Un retorno a la pena privada del derecho romano?", en Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani (coords), en *Nuevas fronteras del derecho privado en América Latina*, Bogotá: Temis.

Koziol, Helmut

2002 "Some Reflections on Punitive Damages", en *Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale*, N.° 2.

2008 "Punitive Damages-A European Perspective", en *Louisiana Law Review*, vol. 68, N.° 3.

2012 *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag.

2015 "Comparative Conclusions", en Helmut Koziol (ed.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag.

Kull, Andrew

2001 "Disgorgement for Breach, the 'Restitution Interest', and the Restatement of Contracts", en *Texas Law Review*, vol. 79, N.° 7.

Lacroix, Marième

2006 "Pour une Reconnaissance Encadrée des Dommages-Intérêts Punitifs en Droit Privé Français Contemporain, à L'Instar du Modèle Juridique Québécois", en *La Revue du Barreau Canadien*, vol. 85, N.° 3.

Landes, William M. y Richard A. Posner

1987 *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge: Harvard University Press.

Lasso, Anna

2017 "The Civil Wrong between Private Relationships and Social Order", en *The Italian Law Journal*, vol. 03, N.° 2.

Laycock, Douglas

2012 *Modern American Remedies. Cases and Materials*, USA: Wolters Kluwer Law & Business.

Lazzaro, Fortunato y Mauro di Marzio

2010 *Le Spese nel Processo Civile*, Milano: Giuffrè.

León Hilario, Leysser

2004 "La importancia del derecho comparado en la reforma del código civil y en la formación de una verdadera escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)", en Leysser L. León. *El sentido de la codificación civil*, Lima: Palestra, 2004.

2006 "Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos", en *Cuaderno de Trabajo N.° 2, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Perú*.

2007 "Incapacidad de discernimiento e "indemnización equitativa", *en* Leysser L. León. *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas. Segunda edición*, Lima: Juristas.

2017 *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Tercera edición corregida y aumentada*, Lima: Instituto Pacífico.

Licari, François-Xavier

2010 "Prendre les punitive damages au sérieux: propos critiques sur un refus d'accorder l'exequatur à une décision californienne ayant alloué

des dommages-intérêts punitifs", en *Journal du Droit International*, vol. 137.

2011 "La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l' œil de la Cour de cassation?", en *Recueil Dalloz, Études et Commentaires*, N.° 6, 10 de febrero.

Lickel, Brian; Miller, Norman; Stenstrom, Douglas M.; Denson, Thomas F. y Toni Schmader

2006 "Vicarious Retribution: The Role of Collective Blame in Intergroup Aggression", en *Personality and Social Psychology Review*, vol. 10, N.° 4.

Linares Avilez, Daniel

2017 "'¿El dinero cura todas las heridas? Creo que no' Reflexiones sobre el daño moral, en *Themis*, N.° 71.

Liptak, Adam

2008 "Foreign Courts Wary of U.S. Punitive Damages", en *The New York Times*, marzo.

Litvinoff, Saul

1977 "Moral Damages", en *Louisiana Law Review*, vol. 38, N.° 1.

Llamas Pombo, Eugenio

2007 "Prevención y Reparación, las dos caras del derecho de daños", en Juan Antonio Moreno Martínez (coord), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid: Dykinson.

Loewenstein, George; O'Donoghue, Ted y Matthew Rabin

2003 "Projection bias in predicting future utility", en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 118, 2003.

Lorenzo, Richard M.

"The Judicial System of Japan", en *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 6, N.° 2.

Lu, May

2006 "The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England", en *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 23, N.° 3.

Luhmann, Niklas

1988 "The Unity of the Legal Systems", en Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, New York: Walter de Gruyter.

1989 "Law as a Social System", en *Northwestern University Law Review*, vol. 83, N.° 1 & 2.

1995 *Social Systems*, California: Stanford University Press.

2004 *Law as a Social System*, Oxford: Oxford University Press.

Luney, Percy R.

1989 "Jr. Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, N.° 2.

Lunney, Mark; Nolan, Donal y Ken Oliphant

2013 *Tort Law. Text and Materials*, 6.ª ed., Oxford: University Press.

Machnikowski, Piotr

2011 "Damages for the Infringement of Intellectual Property Rights under EU Law", en Reiner Schulze (ed.), *Compensation of Private Losses. The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich: Sellier European Law Publishers.

Macías Castillo, Agustín

2006 "El precio de la intimidad (Reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982)", en Eugenio Llamas Pombo (coord). *Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, España: Wolters Kluwer.

Mackaay, Ejan

2013 *Law and Economics in Civil Law Systems*, Cheltenham: Edward Elgar.

Magnus, U. y M. Martín-Casals (eds.)

2004 *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, New York: Kluwer Law International.

Magnus, Ulrich

2003 "The Reform of German Tort Law", en *InDret*, Working Paper N.° 127.

2010 "Why is US Tort Law so Different?", en *Journal of European Tort Law*, vol. 1, N.° 1.

2012 "Punitive Damages and German Law", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia.

Mahé, Chantal B. P.

2012 "Punitive Damages in the Competing Reform Drafts of the French Civil Code", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia.

Makridou, Kalliopi

2017 "Interpretation and Application of the New York Convention in the Republic of Greece", en George A. Bermann (ed.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, New York: Springer.

Malmberg, Jonas

2011 *Posting post-Laval: Nordic responses, en Marie-Ange Moreau y Iryna Ulasiuk (ed.), Before and After the Economic Crisis. What implications for the 'European Social Model'?*, Cheltenham: Edward Elgar.

Mannion, Thomas P.

1991 "The Constitutionality of Punitive Damages: Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip", en *Akron Law Review*, vol. 25.

Marcos Celestino, Mónica

2000 "La Ley de las XII Tablas", en *Helmantica: Revista de Filología Clásica y Hebrea*, t. 51, N.° 155.

Marcus, Ruth

1991 "Justice Reject Limit on Punitive Damages", en *The Washington Post*, 5 de marzo.

Marín García, Ignacio

2008 "Cláusula penal: la facultad moderadora del juez", en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 1/2008.

2012 "Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties", en *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, N.° 1.

Marseglia, Giuseppe

2007 "Danni nelle fattispecie di responsabilità aggravata", en Viola, Luigi (ed.), *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Milano: Halley Editrice.

Marsh, Norman S.

1950 "Penal Clauses in Contracts: A Comparative Study", en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 32, N.° ¾.

Martens, S. y R. Zimmermann

2011 "German". En B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann (eds.) *Digest of European Tort Law, Essential Cases on Damages*, vol. 2, Berlín: De Gruyter.

Martin, Bernd

1995 *Japan and Germany in the Modern World*, New York: Berghahn Books.

Martin, C. J.

2003 "*Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield*: Judicial Redistribution of Punitive Damages Awards", en *San Diego Law Review*, vol. 40, N.° 4.

Martínez Coco, Elvira

1997 "La cláusula penal y la capitalización de intereses", en Elvira Martínez Coco. *Ensayos de Derecho Civil I*, Lima: Editorial San Marcos.

Mattei, Ugo A.; Antoniolli, Luisa y Andrea Rossato

1995 "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, N.° 3.

1998 *Comparative Law and Economics*, Michigan: The University of Michigan Press.

2000 *Comparative Law and Economics, en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar.

Mazzola, Marcello Adriano

2010 Responsabilità processuale e danno da lite temeraria, Milano: Giuffrè.

McBride, Nicholas J.

1996 "Punitive Damages", en Peter Birks (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford: Clarendon Press, The Society of Public Teachers of Law.

2015 "Restitution for Wrongs", en *University of Cambridge, Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper N.° 23/2015*, abril.

McCullough, Michael E.; Pedersen, Eric J.; Schroder, Jaclyn M.; Tabak, Benjamin A. y Charles S. Carver

2013 "Harsh Childhood Environmental Characteristics Predict Exploitations and Retaliation in Humans", en *Proceedings of the Royal Society Biological Sciences*, vol. 280.

McKenna, J. Frank

2008 "Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison", en *The Critical Path, ReedSmith*, Spring.

McMichael, Benjamin J.

2013 "Constitutional Limitations on Punitive Damages: Ambiguous Effects and Inconsistent Justifications", en *Vanderbilt Law Review*, vol. 66.

McRostie, William
2002 "Punitive Damages Fund", en *The New York Times*, 19 de octubre.

Medina Ortega, Manuel
2005 *La Prohibición de la Fuerza en el Siglo XXI, en Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Meissel, F. y C. Mokrejs
2011 "General Overview", en B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann (eds.) *Digest of European Tort Law, Essential Cases on Damages*, vol. 2, Berlín: De Gruyter.

Meurkens, Lotte
2012 "The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought", en Lotte Meurkens y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia.
2018 *"Axo v. Nosa* from a Dutch Perspective", en *European Review of Private Law*, vol. 5.

Meurkens, Renée Charlotte
2014 *Punitive Damages-The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Deventer: Wolter Kluwer Business.

Michailakis, Dimitris
1995 "Law as an Autopoietic System", en *Acta Sociologica*, vol. 38, N.° 4.

Miller, Ian William
2006 *Eye for an Eye*, New York: Cambridge University Press.

Miller, Lucinda
2004 "Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study", en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, N.° 1.

Mingers, John
1995 *Self-Producing Systems. Implications and Applications of Autopoiesis*, New York: Springer Science+Business Media.

Mitchell, Paul
2005 *The Making of the Modern Law of Defamation*, Great Britain: Hart Publishing.

Moisá, Benjamín
2008 "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la Ley N.° 24.240", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año 10, N.° 8.

Molina González, Yohan
2016 "Derecho penal de enemigo y dignidad humana", en *Revista Verba Iuris*, vol. 36.

Morales Hervias, Rómulo
2004 "¿Indemnización por la no realización del hecho del tercero o resarcimiento por incumplimiento de la promesa del hecho del tercero?", en *Derecho PUCP, Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N.° 57.
2011 "Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge en el Tercer Pleno Casatorio", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 153.

Morse, Judith A.
1986 "Treble Damages under RICO: Characterization and Computation", en *Notre Dame Law Review*, vol. 61, N.° 3.

Moss, Debra Cassens
1993 "The Punitive Thunderbolt. How much should courts curb extraordinary awards?", en *ABA Journal*, vol. 79, N.° 5.

Muñoz Conde, Francisco
2005 "De nuevo sobre el derecho penal de enemigo", en *Revista Penal*, N.° 16.
2008 "¿Es el Derecho penal internacional un 'Derecho penal del enemigo'?", en *Revista Penal*, N.° 21, enero.

Murphy, John W
1984 "Niklas Luhmann and His View of the Social Function of Law", en *Human Studies*, vol. 7, N.° 1.
2010 "The Nature and Domain of Aggravated Damages", en *Cambridge Law Journal*, vol. 69, N.° 2.

Murphy, Kate
2015 "The Futility of Vengeance", en *The New York Times*, 7 de febrero.

Nagareda, Richard A
2010 "Embedded Aggregation in Civil Litigation", en *Cornell Law Review*, vol. 95, N.° 6.

Nagy, Csongor István
2012 "Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe", en *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, vol. 30, N.° 1.

Naveira Zarra, Maita María

2004 *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Coruña: Universidade da Coruña, Facultade de Dereito, Departamento de Dereito Privado.

Nazzini, Renato

2009 "Potency and Act of the Principle of Effectiveness: The Development of Competition Law Remedies and Procedures in Community Law", en Catherine Barnard y Okeoghene Odudu (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oregon: Hart Publishing.

Neves, Marcelo

1996 "De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho", en *Doxa*, N.° 19.

Nielsen, Jessica

2003 "A True Hollywood Story: Alternative Distribution and the Ohio Supreme Court's *Dardinger v. Anthem Blue Cross and Blue Shield*", en University of Cincinnati Law Review, vol. 72, N.° 2.

Oliphant, K. England

2011 "England". En B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann (eds.) *Digest of European Tort Law, Essential Cases on Damages*, vol. 2, Berlín: De Gruyter.

Oppenheimer, Heinrich

1913 *The Rationale of Punishment*, London: University of London Press.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre

2016 "La funcionalidad de la cláusula penal", en *Ius et Praxis*, N.° 47.

Ostoni, Lucía

2005 "Italian Rejection of Punitive Damages in a U.S. Judgment", en *Journal of Law and Commerce*, vol. 24, N.° 2.

Otaola, María Agustina

2013 "Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al Derecho argentino", en *Revista Via Iuris*, N.° 15, julio-diciembre.

2014 "La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino", en *Revista de la Facultad*, vol. V, N.° 1.

Otero Crespo, Marta

2012 "Punitive Damages under Spanish Law: A Subtle Recognition", en Meurkens, Lotte y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia.

Owen, David G.

1976 "Punitive Damages in Products Liability Litigation", en *Michigan Law Review*, vol. 74, N.° 7.

1994 "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform", en *Villanova Law Review*, vol. 39, N.° 2.

Pardolesi, Paolo

2012 *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari: Cacucci.

Parisi, Francesco y Marta Silvia Cenini

2012 "Punitive Damages and Class Actions", en Backhaus, Jürgen G.; Cassone, Alberto y Giovanni B. Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Cheltenham: Edward Elgar.

Parker, Matthew

2013 "Changing Tides: The Introduction of Punitive Damages into the French Legal System", en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 41, N.° 2.

Patti, Francesco Paolo

2015 "Penalty Clauses in Italian Law", en *European Review of Private Law*, vol. 23, N.° 3.

2017 "The New English Law on Penalty Clauses: An Italian Perspective", en *European Law of Private Law*, vol. 25, N.° 1.

Pejovic, Caslav

2001 "Civil Law and Common Law: Two Different Path Leading to the Same Goal", en *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 32, N.° 3.

Pereira, A. y M. Manuel Veloso

2011 "Portugal", en B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann (eds.), *Digest of European Tort Law*. Volume 2: Essential Cases on Damages. Berlin: De Gruyter,.

Pereyra Zaplana, Augusto Emilio

2017 "La cláusula penal en el Derecho Civil peruano y la *liquidated damages* y la *penalty clause*" en el *Common Law* de los Estados Unidos de América", en *Actualidad Civil*, Instituto Pacífico, N.° 36.

Perillo, Joseph M.

2011 "Restitution in a Contractual Context and the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment", en *Washington and Lee Law Review*, vol. 68, N.° 3.

Perrella, Claudio
2014 "The 'Costa Concordia' Case, en Willem H. van Boom y Gerhard Wagner (eds.), *Mass Tort in Europe: Cases and Reflections*, en "Tort and Insurance Law", vol. 34, Berlin: De Gruyte.

Petrelli, Patrizia
2017 "Verso i danni punitivi?", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Año XXXIII, 4/2017.

Petronio, Francesca; Cozzi, Fabio y Francesco Falco
2017 "Italy Admits Punitive Damages", en *Paul Hastings*.

Pfeifer, Stuart
2014 "Jury Awards $185 million to ex-AutoZone worker demoted after pregnancy", en *Los Angeles Times*.

Piantino, Yves P.
1997 "Recognition and Enforcement of Money Judgments between the United States and Switzerland: An Analysis of the Legal Requirements and Case Law", en *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, N.° 1.
1998 "Switzerland's Treatment of U.S. Money Judgments", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, N.° 1.

Pighi, Pierina
2015 "Chapa tu choro´, la peligrosa campaña que busca combatir la delincuencia en el Perú", en *BBC Mundo*.

Polinsky, A. Mitchell y Shavell, Steven
1989 "Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law", en *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 5, N.° 1.
1989 *An Introduction to Law and Economics*. Second Edition. Boston: Little, Brown and Company.
1997 "Are punitive damages really insignificant, predictable, and rational? A comment on Eisenberg et al", en *The Journal of Legal Studies*, vol. 26, N.° S2.
1998 "Punitive Damages: An Economic Analysis", en *Harvard Law Review*, vol. 111, N.° 4.
2000 "Punitive Damages", en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (ed), *Encyclopedia of Law and Economics*. Volume II. Tort Law and Unjust Enrichment. Cheltenham: Edward Elgar.

2014 "Costly litigation and optimal damages", en *International Review of Law and Economics*, Vol 37.

Ponzanelli, Giulio
1992 *La Responsabilità Civile: Profili di Diritto Comparato*, Bologna: Società Editrice Il Mulino.
2007 "Danni punitivi: no, grazie", en *Il Foro Italiano.*.
2017 "Sezioni unite e danni punitivi", en Contratto e impresa. *Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Año XXXIII.

Posner, Richard A.
2011 "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts). An Analytical Framework", en Daniel P. Kessler (ed.), *Regulation vs. Litigation. Perspectives from Law and Economics*. Chicago: The University of Chicago Press.

Posner, Richard A. y Rosenfield, M.
1977 "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis", en *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, N.° 1.

Pozzo, Barbara
2018 "The Enforcement of Foreign Decisions Concerning Punitive Damages", en *European Review of Private Law*, vol. 5.

Pratte, Pierre
1999 "Le rôle des dommages punitifs en droit québécois", en *Revue du Barreau*, t. 59, Automne.

Priest, George L.
1989 "Insurability and Punitive Damages", en *Alabama Law Review*, vol. 40, N.° 3.
1996 "Punitive Damages Reform: The Case of Alabama", en *Louisiana Law Review*, vol. 56, N.° 4.

Quarta, Francesco
2008 "Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto", en *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 31, N.° 2.
2012 "Foreign Punitive Damages Decisions and Class Actions in Italy", en Ducan Fairgrieve y Eva Lein (eds.), *Extraterritoriality and Collective Redress*. UK: Oxford University Press.

2013 *Risarcimento e Sanzione nell'Illecito Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
2017 "Italian Corte di Cassazione", en *The Italian Law Journal*, vol. 03, N.° 02.

Quoidbach, Jordi; Gilbert, Daniel T. y Timothy D. Wilson
2013 "The End of History Illusion", en *Science*, vol. 339.

Ramos Pazos, Rene
1998 *De las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ramos Romeu, Francisco
2004 "Litigation under the Shadow of an Exequatur: The Spanish Recognition of U.S. Judgments" en *The International Lawyer*, vol. 38, N.° 4.

Rathod, Jason y Sandeep Vaheesan
2015 "The Arc and Architecture of Private Enforcement Regimes in the United States and Europe: A View Across the Atlantic", en *University of New Hampshire Law Review*, vol. 14, N.° 2.

Rea, Samuel A. Jr.
1984 "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", en *The Journal of Legal Studies*, vol. 13, N.° 1.

Redish, Martin H. y Andrew L. Mathews
2004 "Why punitive damages are unconstitutional", en *Emory Law Journal*, vol. 53, N.° 1.

Richards, Richard F
1973 "Compensatory and Punitive Damages in Employment Discrimination Cases", en *Arkansas Law Review*, vol. 27, N.° 4.

Riedel, Eva-Maria
2016 "Punitive Damages-Ein Vergleich des englischen, US-amerikanischen und deutschen Rechts", en *Zentrum für Europäische Rechtspolitik*, Universität Bremen, ZERP-Arbeitspapier.

Rietema, Paul B.
2008 "Reconceptualizing Split-Recovery Statutes: *Philip Morris USA v. Williams*", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 31, N.° 3.

Ríos Álvarez, Rodrigo
2012 "El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores", en *Ars Boni et Aequi*, Año 8, N.° 2.

Ripstein, Arthur
2016 *Private Wrongs*. Cambridge: Harvard University Press.

Robbennolt, Jennifer K. y Christina A. Studebaker
1999 "Anchoring in the Courtroom: The Effects on Caps on Punitive Damages", en *Law and Human Behavior*, vol. 23, N.° 3.

Robbennolt, Jennifer K. y Valerie P. Hans
2016 *The Psychology of Torts*, New York: New York University Press.

Roberts, Caprice L.
2016 "Supreme Disgorgement", en *Florida Law Review*, vol. 68, N.° 5.

Robin, Guy
2004 "Les Dommages et Intérêts Punitifs dans les Contrats Internationaux", en *RDAI*, vol. 3.

Rodríguez Tapia, José Miguel
1993 "Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, N.° 2.

Rogers, James Steven
2007 "Restitution for wrongs and the Restatement (Third) of the Law of Restitution and Unjust Enrichment", en *Wake Forest Law Review*, vol. 42, N.° 1.

Rönnmar, Mia
2010 "Laval returns to Sweden: The Final Judgment of the Swedish Labour Court and Swedish Legislative Reforms", en *Industrial Law Journal*, vol. 39, N.° 3.

Rouhette, Thomas
2007 "The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?", en *Defense Counsel* Journal, vol. 74, N.° 4.

Rowan, Solène
2010 "Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, N.° 3.
2012 *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*. New York: Oxford University Press.

Rustad, Michael L.
1992 "In Defense of Punitive Damages in Products Liability: Testing Tort Anecdotes with Empirical Data", en *Iowa Law Review*, vol. 78.

2011 "Torts as Public Wrongs", en *Pepperdine Law Review*, vol. 38, N.° 2.

RUSTAD, Michael L. y Thomas H. KOENIG

2010 "Reconceptualizing *Parens Patriae* as Environmental Crimtorts", en *Suffolk University Law School, Legal Studies Research Papers Series*, 10-43.

2011 "*Parens Patriae* Litigation to Redress Societal Damages from the BP Oil Spill: The Latest Stage in the Evolution of Crimtorts", en *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 29, N.° 1.

RYAN, Patrick S

2003 "Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth from Reality", en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 10, N.° 1.

SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E.

2010 "Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?", en *Themis*, N.° 58.

2010 "Responsabilidad por Lesión del Derecho de Autor. Algunas Consideraciones Preliminares, en *Derecho & Sociedad*", N.° 34.

2016 *Análisis Económico y Comparado del Derecho Privado. Una Introducción*. Lima: Fogueras.

SALES, James B. y Kenneth B. COLE, Jr.

1984 "Punitive Damages: A Relic That Has Outlived Its Origins", en *Vanderbilt Law Review*, vol. 37, N.° 5.

SALVADOR CODERCH, Pablo

2000 "Punitive Damages", en *InDret*, n.° 1.

SCAMMON, Debra L. y Mary Jane SHEFFET

1992 "Market Share Liability: An Analysis since *Sindell*", en *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 11, N.° 1.

SCARCHILLO, Gianluca

2018 "La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai *punitive damages* ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparto", en *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Año XXXIV.

SCARSO, Alessandro

2009 "Punitive Damages in Italy", en Helmut KOZIOL y Vanessa WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York: Springer.

SCHADE, Christian y Philipp KOELLINGER

2007 "Heuristics, Biases, and the Behavior of Entrepreneurs", en Maria MINNITI (ed.), *Entrepreneurship. The Engine of Growth*. Volume 1. People, USA: Praeger Publishers.

SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT

2004 *The Economic Analysis of Civil Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

SCHEIN, A. Irvin

2014 "Canada: The Latest on Punitive Damages in Wrongful Dismissal Cases", en *Minden Gross LLP*.

SCHEUERMAN, Sheila B.

2008 "Two Worlds Collide: How the Supreme Court's Recent Punitive Damages Decisions Affect Class Actions", en *Baylor Law Review*, vol. 60, N.° 3.

SCHUCK, Peter H.

1987 *Agent Orange on Trial. Mass Toxic Disasters in the Courts*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

SCHÜTZE, Rolf A.

1990 "The Recognition and Enforcement of American Civil Judgments Containing Punitive Damages in the Federal Republic of Germany", en *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, vol. 11, N.° 3.

SCHWARTZ, Gary T.

1991 "The Myth of the Ford Pinto Case", en *Rutgers Law Review*, vol. 43, N.° 4.

SCHWARTZ, Victor E. y Leah LORBER

2002 "Twisting the Purpose of Pain and Suffering Awards: Turning Compensation into Punishment, en *South Carolina Law Review*, vol. 54, N.° 1.

SEBOK, Anthony J.

2007 "Punitive Damages: From Myth to Theory", en *Iowa Law Review*, vol. 92, N.° 3.

2009 "Punitive Damages in the United States", en Helmut KOZIOL y Vanessa WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. New York: Springer.

Sebok, Anthony J. y Vanessa Wilcox

2009 "Aggravated Damages", en Helmut Koziol y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. New York: Springer.

Sedgwick, Theodore

2000 *A Treatise on the Measure of Damages*. Volume I. Ninth edition. Washington: Beard Books.

Seidell, Charles y Daniel B. Listwa

2018 "Penalties in Equity: Disgorgement after Kokesh v. SEC", en *Yale Journal on Regulation*, vol. 35, N.° 2.

Seiner, Joseph A.

2008 "The Failure of Punitive Damages in Employment Discrimination Cases: A Call for Change", en *William & Mary Law Review*, vol. 50, N.° 3.

2012 "Punitive Damages, Due Process, and Employment Discrimination", en *Iowa Law Review*, vol. 97.

Sharkey, Catherine M.

2003 "Punitive Damages as Societal Damages", en *The Yale Law Journal*, vol. 113, N.° 2.

2013 "The Future of Classwide Punitive Damages", en *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 46, N.° 4.

Shavell, Steven

1987 *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press.

2004 *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

2007 "Liability for Accidents", en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*. Volume 1. Amsterdam: North-Holland.

Sherrow, Victoria

2010 *Product Liability*. New York: Chelsea House Publishers

Shiomi, Yoshio

2007 "Modernization of German Civil Law and Japanese Civil Law Interpretation", Chapter 3, en Zentaro Kitagawa & Karl Riesenhuber (eds.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspective*. Berlin: De Gruyter Recht.

Silvestri, Elisabetta

2000 "Enforcement of Civil Judgments and Orders in Italy: An Overview", en *Bond Law Review*, vol. 12.

Sirena, Pietro

2006 "Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa", en *Rivista di Diritto Civile*, n.° 6, vol. 52.

Sloane, Lynda A.

1993 "The Split Award Statute: A Move Toward Effectuating the True Purpose of Punitive Damages", en *Valparaiso University Law Review*, vol. 28, N.° 1.

Smith, Lionel D.

1992 "The Province of the Law of Restitution", en *The Canadian Bar Review*, vol. 71, N.° 4.

Soto Coaguila, Carlos

2016 "Cláusula penal: función e inmutabilidad de las penalidades libremente pactadas", en Carlos Soto Coaguila (director). *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.

Sperino, Sandra

2010 "The New Calculus of Punitive Damages for Employment Discrimination Cases", en *Oklahoma Law Review*, vol. 62, N.° 4.

Spiggle, Tom

2015 "What you should know about AutoZone's $185 million pregnancy discrimination case", en *The Huffington Post*.

Stein, Peter G.

1992 "Roman Law, Common Law, and Civil Law", en *Tulane Law Review*, vol. 66, N.° 6.

Steiner, Henry J.

1987 *Moral Argument and Social Vision in the Courts: A Study of Tort Accident Law. Wisconsin*: University of Wisconsin Press.

Stevens, Clay R.

1994 "Split-Recovery: A Constitutional Answer to the Punitive Damage Dilemma", en *Pepperdine Law Review*, vol. 21, N.° 3.

Stiefel, Ernst C., Stürner, Rolf y Astrid Stadler

1991 "The Enforceability of Excessive U.S. Punitive Damage Awards in Germany", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, N.° 4.

Stier, Byron G

2008 "Now it's personal: Punishment and mass tort litigation after *Philip Morris v. Williams*", en *Charleston Law Review*, vol. 2, N.° 2.

Stout, Hilary

2013 "Not Just a Hot Cup Anymore", en *The New York Times*.

Stuart, Reginald

1979 "Making the Case for the Pinto", en *The New York Times*.

Sullivan, E. Thomas y Toni M. Massaro

2013 *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*. New York: Oxford University Press.

Summers, Robert S.

2000 "Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory", en *Robert S. Summers. Essays in Legal Theory*. USA: Springer-Science+Business Media, 2000, pp. 21-42.

Sunstein, Cass R., Kahneman, Daniel y David Schkade

1998 "Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)", en *The Yale Law Journal*, vol. 107, N.° 7.

Sunstein, Cass R.; Hastie, Reid; Payne, John; Schkade, David y W. Kip Viscusi

2002 *Punitive Damages. How Juries Decide*, Chicago: The University of Chicago Press.

Swain, Warren

2015 *The Law of Contracts 1670-1870*. Cambridge: Cambridge University Press.

Swett, Thomas A.

1999 "Merger Terminations after Bell Atlantic: Applying a Liquidated Damages Analysis to Termination Fees Provisions", en *University of Colorado Law Review*, vol. 70.

Tettenborn, Andrew

2003 "Non-Pecuniary Loss: the Right Answer, but Bad Reasoning?", en *Journal of Obligations and Remedies*, vol. 2, N.° 2.

Teubner, Gunther

1988 "Introduction to Autopoietic Law", en Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. New York: Walter de Gruyter.

The Law Commission

1993 *Consultation Paper* N.° 132. UK.

Tilbury, Michael

1996 "Restitutionary Damages", en Robyn Carroll (ed.), *Civil Remedies. Issues and Developments. Sydney*: The Federation Press.

Tolani, Madeleine

2011 "U.S. Punitive Damages before German Courts: A Comparative Analysis with respect to the Ordre Public", en *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 17, N.° 1.

Toyama Miyagusuku, Jorge y Marilú Merzthal Shigyo

2013 "La Libertad Sindical en el Perú: Una revisión a su Desarrollo Jurisprudencial", en *Derecho y Sociedad*, N.° 40.

Traynor, Michael

2011 "The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions", en *Washington and Lee Law Review*, vol. 68, N.° 3.

Treitel, Guenter R.

1976 "Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)", Chapter 16, en Arthur von Mehren (Chief Editor), *Contract in General*. Volume VII. *International Encyclopedia of Comparative Law*, The Hague: Brill.

Triantis, George G.

2000 "Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts", en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*. Vol III. General Contract Law. Cheltenham: Edward Elgar.

Tripp, Thomas M. y Robert J. Bies

1997 "What's good about revenge? The avenger's perspective", en *Research on Negotiation in Organizations*, vol. 6.

Tversky, Amos y Daniel Kahneman

1973 "Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability", en *Cognitive Psychology*, vol. 5, N.° 2.

Urriti, Leonardo Abel

2013 "Los daños punitivos en el proyecto de reformas", en *Revista de Derecho UNS*, Año 2, N.° 2.

Van Boom, Willem H.

2009 "Harmonizing Tort Law. A Comparative Tort Law and Economic Analysis", en Michael Faure (ed.), *Tort Law and Economics*. Volume 1. *Encyclopedia of Law and Economics*. Second Edition. Cheltenham: Edward Elgar.

Van Hoecke, Mark

2002 *Law as Communication*. Oregon: Hart Publishing

VanDrunen, David

2008 "Natural Law, the *Lex Talionis*, and the Power of the Sword" en *Liberty University Law Review*, vol. 2, N.° 3.

Vanleenhove, Cedric

2015 "The Current European Perspective on the Exequatur of U.S. Punitive Damages: Opening the Gate but Keeping a Guard", en *Polish Yearbook of International Law*, vol. 35.

2015 "The use of public policy in the enforcement of American punitive damages in the European Union", en Jan de Bruyne, Michaël de Potter de ten Broeck y Isabelle Van Hiel (eds.), *Policy within and through law*. Antwerpen: Maklu,

2016 "A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional '¡No *Pasarán!*'", en *Vermont Law Review*, vol. 41.

2016 *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, Cambridge: Intersentia.

2017 "Citizen's participation through U.S. punitive damages: Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?", en Niels Appermont y Ulrike Cerulus (eds.), *Participatie van de burger in de rechtsorde. Participation du citoyen à l'ordre juridique*. Brugge: Die Keure.

2017 "Punitive damages in intellectual property law-a private international law outlook", en Flip Petillion (ed.), *Handhaving van intellectuele rechten in België = Respect des droits intellectuels en Belgique-10 jaar implementatie van de Europese richtlijn 2004/48/10 ans depuis la transposition de la directive européenne 2004/48*. Bruselas: Larcier.

2018 "Punitive Damages in the Belgian Perspective", en *European Review of Private* Law, vol. 5.

Vanleenhove, Cedric y Jan de Bruyne

2014 "Liability for Football Injuries and Enforcement in the EU-Will US Punitive Damages be Shown the Red Card in Europe?", en *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, vol. 14, N.° 1.

Varela, F.G.; Maturana, H.R. y R. Uribe

1974 "Autopoiesis: The Organization of Living Systems, its Characterization and a Model", en *Byosistems*, vol. 5, N.° 4.

Vargo, John F.

1993 "The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice", en *The American University Law Review*, vol. 42.

Villavicencio Ríos, Alfredo

2010 *La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, Alcances y Regulación*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Villavicencio Terreros, Felipe

2009 *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

Viscusi, W. Kip

2002 "Overview", en W. Kip Viscusi (ed.), *Regulation through Litigation*. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies.

2002 "Punitive damages: How jurors fail to promote efficiency", en *Harvard Journal on Legislation*, vol. 39, N.° 1.

2004 "The Blockbuster Punitive Damages Awards", en *Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper* N.° 473, 04.

Visscher, Louis

2012 "The Law and Economics of Punitive Damages", en Lotte Meurkens y Emily Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?* Cambridge: Intersentia,

Von Bar, Christian y Ulrich Drobnig

2004 *The Interaction of Contract Law and Tort and Property in Europe. A Comparative Study*. Munich: Sellier European Law Publishers.

Vrellis, Spyridon

2011 *Private International Law in Greece*. The Netherlands: Wolters Kluwer.

WAGNER, Gerhard

2006 "Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmaßung oder legitime Aufgabe", en *Archiv für die civilistische Praxis*, 206. Bd., H. 2/3.

2009 "The Law of Tort in the DCFR", en Gerhard WAGNER (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*. Munich: Sellier European Law Publishers.

2011 "Collective Redress-Categories of loss and legislative options", en *Law Quarterly Journal*, vol. 127.

WALDRON, Jeremy

1992 "Lex Talionis", en *Arizona Law Review*, vol. 34, N.° 1.

WALTHER, David L. y Thomas A. PLEIN

1965 "Punitive Damages-A Critical Analysis: *Kink v. Combs*", en *Marquette Law Review*, vol. 49, N.° 2.

WATSON, Alan

1995 "From Legal Transplants to Legal Formants", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, N.° 3.

WEGEN, Gerhard y James SHERER

1993 "Germany: Federal Court of Justice Decision Concerning the Recognition and Enforcement of U.S. Judgments Awarding Punitive Damages", en *International Legal Materials*, vol. 32, N.° 5.

1993 "Recognition and Enforcement of US Punitive Damages Judgments in Germany-A Recent Decision of the German Federal Court of Justice", en *International Business Lawyer*, vol. 21, N.° 10, 1993, pp. 485-488.

WEINRIB, Ernest J.

1994 "The Gains and Losses of Corrective Justice", en *Duke Law Journal*, vol. 44, N.° 2.

2000 "Restitutionary Damages as Corrective Justice", en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, N.° 1.

2002 "Corrective Justice in a Nutshell", en *The University of Toronto Law Journal*, vol. 52, N.° 4.

2003 "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies", en *Chicago Kent-Review*, vol. 78, N.° 1.

2012 *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.

2012 *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WEISFIELD, James Arthur

1990 "Keep the change: A critique of the No Actual Injury Defense to Liquidated Damages", en *Washington Law Review*, vol. 65.

WELLS, Michael L.

2010 "A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages", en *Louisiana Law Review*, vol. 70, N.° 2.

WESTER-OUISSE, Véronique y Thomas THIEDE

2012 "Punitive Damages in France: A New Deal? A Commentary on Cour de Cassation (France), 1st civil chamber, 1 December 2010, case n.° 1090", en *Journal of European Tort Law*, vol. 3, N.° 1.

WIEMANN, Joachim

2010 "Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)", en *German Law Journal*, vol. 11, N.° 10.

WILCOX, Vanessa

2009 "Punitive Damages in England", en KOZIOL, Helmut y Vanessa WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. New York: Springer.

WILSON, Timothy D. y Daniel T. GILBERT

2003 "Affective Forecasting. Knowing What to Want", en *American Psychology Society*, vol. 14, N.° 3, 2003, pp. 131-134.

WINIGER, B.; FLEURY, P.; FEHR, P-E y P. AVRAMOV

2011 "Switzerland", en B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law. Volume 2: Essential Cases on Damages*. Berlin: De Gruyter

WONG, Adrian.

1998 "Damages for Non-Pecuniary Losses in Contract Law: A New Horizon", en *Singapore Law Review*, vol. 19.

WURMNEST, Wolfgang

2005 "Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany", en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23, N.° 1.

ZAGREBELSKY, Gustav

2009 *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.

ZAMIR, Eyal y Doron TEICHMAN

2015 *Law, Psychology and Morality. The role of loss aversion*. New York: Oxford University Press.

2018 *Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.

Zekoll, Joachim

1992 "The Enforceability of American Money Judgments Abroad: A Landmark Decision by the German Federal Court of Justice", en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 30, N.° 3.

Zervogianni, Eleni

2015 "Disgorgement of Profits in Greece", en Ewoud Hondius y André Janssen (eds.), *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*. New York: Springer.

Zeynalova, Yuliya

2013 "The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Is It Broken and How Do We Fix It?", en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 31, N.° 1.

Zimmermann, Reinhard

1996 *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.

2018 "Agreed Payment for Non-performance", en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford: Oxford University Press.

Zipursky, Benjamin

2005 "Theory of Punitive Damages", en *Texas Law Review*, vol. 84, N.° 1.

Publicado: Abril 2019

Este libro se terminó de imprimir
en abril del 2019 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú