

NOTAS DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO: LA INDEMNIZACIÓN PUNITIVA DEL DERECHO CIVIL COMO CATEGORÍA AFÍN A LA PENA DEL DERECHO PENAL

JUAN JOSÉ BENTOLILA *

Resumen: En este trabajo queremos subrayar la relación entre los daños punitivos y la finalidad del castigo en el derecho penal, a través de la teoría general del Derecho, para encontrar así ciertos elementos que permitan una construcción coherente del sistema normativo.

Palabras claves: Teoría general del Derecho - Daños punitivos - Sanción penal.

Abstract: In this paper we wanted to highlight the relationship between the punitive damages and the idea of punishment in criminal law, through the general theory of Law, in order to find certain elements that allow a coherent construction of the normative system.

Key words: General theory of Law - Punitive damages - Criminal punishment.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el establecimiento, desde la teoría general del Derecho, de posibles líneas comparativas entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, a través de la categoría de la indemnización punitiva civil que, entendemos, revela algunas afinidades en relación a la idea de pena del Derecho Penal.

La relevancia de la indagación propuesta, creemos, es significativa, toda vez que el ordenamiento normativo está signado por la pretensión de coherencia, que sólo puede ser apreciada en tanto se corroboren las diversas vinculaciones existentes entre sus institutos particulares.

Así, la necesidad de evitar un fraccionamiento excesivo se revela en su más dramática evidencia cuando se pretenden brindar respuestas aisladas, desentendidas de las referidas por las restantes áreas. Más aun en el objeto de estudio que abordamos, puesto que la relativa distancia establecida entre las zonas jurídicas seleccionadas para realizar la comparación en cuestión, hace

* Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la UNR.

que en múltiples ocasiones no se atiende debidamente a la idea de conjunto que debe imperar en el ordenamiento normativo¹.

II. La teoría general del Derecho

Se ha sostenido, en posición que compartimos, que la teoría general del Derecho² puede referirse a “lo común” o a “lo abarcativo” de todos los fenómenos jurídicos.

Tradicionalmente se ha relacionado la expresión en cuestión con el primero de los despliegues, lo cual, creemos, constituye un cierto reduccionismo en torno a la complejidad de “lo jurídico”. Por eso es que nos sumaremos a quienes advierten la necesidad de comprender, también, dentro del estudio de la teoría general del Derecho a “lo abarcativo”, haciendo énfasis en los rasgos esenciales de los institutos involucrados, cuya relación se propugna a través de la comparación de las diferentes áreas jurídicas.

Entendemos que la perspectiva de cada institución del Derecho puede verse altamente enriquecida sobre la base de una adecuada contrastación. De hecho, se ha afirmado que “Si no se tiene sentido del complejo, el conocimiento de alguna rama en particular no satisface el respectivo conocimiento del Derecho”³.

Claro está, la mentada vinculación debe enmarcarse en un sistema que se construya con respeto a las particularidades que se reconocen, que no deben, en modo alguno, ser soslayadas por la pretensión generalizadora.

Es que, bajo la intención de combatir la excesiva fragmentación del conocimiento del Derecho⁴, puede arribarse a una indefinición de las fronteras de cada rama, produciendo una visión que no permita la nitidez al momento de delinear correctamente las diversidades presentes.

1 En relación al tema, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Una nota de teoría general del Derecho: comparación entre el Derecho civil y el Derecho penal por la noción de delito”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 16, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, págs. 53 y ss.

2 Sobre los alcances de la expresión analizada, puede c. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de teoría general del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, págs. 33 y ss.

3 Íd., pág. 38.

4 Fragmentación que impide la visión de conjunto necesaria para la promoción de la táctica y estrategia jurídicas. Al respecto, v. CIURO CALDANI, “La teoría general del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación...” cit., N° 32, págs. 25 y ss.

Sobre tal delicado equilibrio, es que pretenderemos dar cuenta de ciertos aspectos que, creemos, permiten realizar un análisis comparativo entre dos áreas jurídicas, con advertencia de similitudes y asimetrías, a los fines de lograr una mejor comprensión del ordenamiento normativo en su totalidad. Ello, claro está, requerirá de la generación de planteos con grado de profundidad filosófica, que admitan una indagación precisa de los elementos considerados.

III. La pena como instituto del Derecho Penal

Comenzaremos por indicar que, a lo largo de la tradición histórica del Derecho, múltiples teorías han intentado dar cuenta de la pena como institución propia del Derecho Penal, fincando diferencias con otras sanciones jurídicas (a saber: indemnización, restitución, nulidad, inadmisibilidad) en los más diversos argumentos.

En un primer término, debe destacarse que tales doctrinas pueden diferenciarse fundamentalmente en dos grandes vertientes⁵:

a) quienes sostienen que la pena es un fin en sí (la pena se aplica *punitur quia peccatum est*), enrolados en las denominadas teorías absolutas;

b) quienes advierten que la pena es un medio tendente a otros fines (la pena se aplica *ne peccetur*), que se posicionan en las conocidas como teorías relativas;

c) en fin, quienes argumentan que la pena considera, a la vez, ambos aspectos, sosteniendo por ende una teoría mixta⁶.

En relación a las primeras, se advierte que “[e]l pensamiento común que caracteriza estas teorías es el de juzgar a la pena como una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque el delito debe ser reparado, ya porque debe ser retribuido. (...) Ninguna consideración de carácter utilitario o externo a esa necesidad puede valer para impedir la aplicación de la pena; su razón está toda en el delito cometido”⁷.

Dentro de esta clase de doctrinas, existen voces para las cuales el delito es algo que puede repararse, y la pena es el medio único de reparación. Mas también hay quienes sostienen que el delito es un mal definitivo e irreparablemente incancelable, a ellos les corresponde pensar que la pena es una forma

5 SOLER, Sebastián, “Derecho Penal argentino”, Bs. As., La Ley, 1945, t. II, págs. 371 y ss.

6 Sostienen esta postura Carrara, Merkel y Binding.

7 SOLER, op. cit., pág. 373.

ineludible de retribución (ya sea con fundamento religioso, político, moral o jurídico).

En lo atinente a las segundas, se refiere que “éstas no consideran a la pena desde el punto de vista estricto de la retribución, y como algo justificado en sí y por sí mismo. La pena no es un fin sino que tiene un fin. Su justificación no se encuentra, pues, en ella misma, sino en otro principio. (...) la pena no se explica por un principio de justicia, entendida ésta en el sentido del equilibrio o retribución, sino que la hace justa su necesidad social. La pena es un medio necesario para la seguridad social, o para la defensa social. La seguridad social es lo que da sentido a la represión; ésta, en consecuencia, no mira al delito como causa de la pena, sino como ocasión de aplicarla”⁸.

En correlación con esta posición, encontramos las teorías contractualista, de la prevención mediante la ejecución, de la prevención mediante la coacción psíquica, de la defensa indirecta, de la prevención especial, correccionalista, y positivista.

Sentado lo antedicho, se ha pretendido arribar a la conceptualización de la pena, con independencia de las diversas posiciones reseñadas. Así, se entendió que la pena “es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos”⁹.

Por el contrario, otros autores advierten que sólo puede conceptualizarse en clara vinculación a las posiciones filosóficas subyacentes, afirmándose con más claridad, pues, que la pena es “un mal impuesto a los que han incurrido en delito. La pena bajo este punto de vista implica un sufrimiento físico o moral que se aplica al delincuente. Bajo otro aspecto, la pena es la medida de defensa que toma la sociedad contra la persona que ha demostrado, a causa de sus actos, condiciones de inadaptabilidad. Los dos conceptos se encuentran vinculados a las escuelas penales fundamentales, pues el uno supone devolución de mal a causa del daño cometido y el otro simplemente medida de precaución. La pena, para quienes aceptan el criterio más moderno, implica defensa y prevención, desde que tiende a que se coloque al sujeto peligroso fuera de las condiciones en que pueda dañar”¹⁰.

8 Íd., pág. 377.

9 Íd., pág. 399.

10 MORENO, Rodolfo (h.), “El Código Penal y sus antecedentes”, Bs. As., H. A. Tommasi, 1922, t. I, pág. 305.

Ocurriendo a la norma positiva, en nuestro ordenamiento¹¹ las penas previstas¹² son: a) reclusión; b) prisión; c) multa; y d) inhabilitación.

IV. La indemnización punitiva

En lo referente a la indemnización punitiva¹³, ella se trata de una reacción del ordenamiento jurídico, con consecuencias económicas gravosas contra el responsable de la causación de un daño, que exceden la reparación del mismo. Ello tiene fundamento en la existencia de un enriquecimiento, por parte del agente dañoso, que supera el resarcimiento del daño en particular.

Las funciones que satisface, son tres:

- a) sancionar al agente causal del daño;
- b) prevenir sucesos lesivos similares;
- c) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa.

Se ha dicho que la última función es la más significativa del instituto en cuestión, puesto que el resarcimiento (punto a) “restituye a la víctima a la situación ex ante pero, si el dañador se queda con ventajas, no son paliados todos los efectos del hecho ilícito. La indemnización punitiva es reputada como una pena civil”¹⁴.

11 Art. 5, Código Penal.

12 De modo principal, que también existen algunas penas accesorias, como ser, v. gr. la pérdida de los instrumentos del delito.

13 Al respecto, puede c. ANDRADA, Alejandro D. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “Reflexiones sobre las llamadas penas privadas”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, t. 2000, pág. 39; DÍAZ, Juan C., ELÍAS, José y GUEVARA, Augusto M. (h.), “¿Los ‘daños punitivos’ aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2003-II, pág. 974; GALDÓS, Jorge Mario, “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, t. 1999, pág. 205; KRAUT, Alfredo Jorge, “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1989-III, pág. 909; NOVELLI, Mariano H., LATTARI LUQUE, Jélica y PERUGINI, Joana Sol, “Los daños punitivos en la complejidad del mundo jurídico”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 157 y ss.; SOBRINO, Augusto R., “Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1996-III, págs. 981 y ss.

14 ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo Martín, “Indemnización punitiva”, en BUERES, Alberto Jesús y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.),

El importe es destinado a la víctima, a los fines de promover la interposición de litigios que, usualmente, son económicamente irrelevantes para los casos en particular. Ello ha sido motivo de discusión por parte de algún sector de la doctrina¹⁵.

En cuanto a la prevención, se sostiene que la condena al pago de indemnización punitiva tiene un impacto psíquico que se constituye como disuasión a la realización de lesiones análogas¹⁶.

Así, en determinados casos (v. gr.: daños causados por productos elaborados en que puede resultar menos oneroso oblar los montos resarcitorios a los consumidores que afrontar controles de calidad; daños inferidos a través de medios masivos de comunicación en los que el resarcimiento por difamación es inferior a las ganancias por la venta de una noticia; daños al medio ambiente en los que las empresas contaminan porque las multas son menos gravosas que las ganancias obtenidas), los tribunales del common law, con independencia de las indemnizaciones por el daño (compensatory damages), condenan al pago de otras sumas (punitive damages) a título de punición.

Y si bien suele reconocerse que tal instituto es ajeno al Derecho de raíz europea continental¹⁷, de lege ferenda suele propugnarse la posibilidad de incorporación de la figura¹⁸. Máxime cuando se piensa que la misma suele evidenciarse tras las condenas por indemnización de daño moral, cuya valuación suele estar librada a la discrecionalidad de los Tribunales.

Los requisitos de procedencia de la indemnización por daño punitivo, son similares a los usualmente tratados para la procedencia de la responsabilidad civil en general¹⁹, con una adición: la demostración de la obtención de beneficios económicos con motivo del hecho ilícito²⁰.

“Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, pág. 189.

15 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Algo más sobre los llamados ‘daños punitivos’”, en “La Ley”, t. 1994-D, págs. 863 y ss.

16 TRIGO REPRESAS, Félix A., “Daños punitivos”, en ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.), “La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, págs. 285 y ss.

17 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en “La Ley”, t. 1994-B, págs. 1243 y ss.; FRANZONI, Máximo, “Il Diritto Privato Oggi”, Milano, Giuffrè, 1996, pág. 715.

18 ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA, op. cit.

19 Al respecto, puede v. BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 8ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993.

20 V. LORENZETTI, Ricardo Luis, “Las Normas Fundamentales del Derecho Privado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 391.

V. La indemnización punitiva del Derecho Civil como categoría afín a la pena del Derecho Penal

En un primer término, podemos realizar la comparación buscando las similitudes entre los dos institutos en cuestión.

Y encontramos que, tanto la pena del Derecho Penal, como la indemnización por daño punitivo del Derecho Civil:

- a) constituyen formas de retribución por el daño causado;
- b) tienen por objeto la prevención de nuevos daños;
- c) procuran impedir un indebido enriquecimiento del agente causante del daño²¹.

En un segundo término, pueden establecerse algunas diferencias significativas, que estarán basadas en las particularidades de los sendos sistemas en que los institutos se encuentran insertos.

En tal sentido, puede referenciarse que, mientras en el Derecho Penal rige el principio de tipicidad con las características derivadas por el hecho de tratarse de un sistema normativo formal, en el Derecho Civil, por su parte, el carácter de sistema normativo material²² permite la integración del ordenamiento normativo, no requiriéndose una descripción normativa exacta del instituto, pudiendo extraerse el mismo, por ejemplo, de los principios generales del Derecho o de normas análogas²³.

En otro orden de ideas, también puede apuntarse que “mientras que las penas públicas se definen en función prioritaria de la gravedad de la falta y del mal causado (...) [en la indemnización punitiva] también es fundamental la medida de los lucros ilícitos. En otras palabras: si bien la grave antijuridicidad de la conducta es un requisito de la institución, no constituye una pauta evaluativa del monto”²⁴. Con lo cual, la determinación normativa de la sanción efectiva a aplicar, obedece, en cada uno de los dos casos, a razones diversas.

21 Nótese que en el Derecho Penal está previsto el decomiso de los bienes objeto de delito.

22 Sobre las diferencias entre sistema normativo formal y material, puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 336 y ss.

23 Arg. art. 16, Código Civil.

24 ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA, op. cit., pág. 193.

VI. Conclusiones

A manera de conclusión, queremos destacar la importancia fundamental de establecer parangones entre diversos institutos jurídicos, a los fines de conocer acabadamente y en profundidad los rasgos definitorios de cada uno de ellos.

De esta manera, se pueden extraer determinados perfiles que mejoran la conjetura de las diversas respuestas jurídicas que, en cada caso, son susceptibles de darse.

Por otra parte, la posibilidad de que tales comparaciones se articulen con instituciones provenientes del Derecho comparado, enriquecen el panorama de la elaboración de normas, abriendo cauce al análisis de posibilidades de incorporación, reforma o supresión.

Entendemos que la oportunidad de pensar la idea de sanción a través del Derecho Civil, genera el deber intelectual de denunciar las tensiones presentes en el diálogo que se construye. Posiblemente sea el único camino para evitar las perplejidades que pueden producirse de realizar la lectura de uno de los institutos a la luz del otro, sin tomar en consideración la relativa independencia de las áreas involucradas, cada una con sus principios rectores altamente específicos.