

## PUNITIVE DAMAGES

Pablo SALVADOR CODERCH  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Pompeu Fabra

### I. TRES DUALIDADES BÁSICAS: INDEMNIZACIONES Y SANCIONES; *COMMON LAW Y CIVIL LAW*; *PUNITIVE DAMAGES Y MULTIPLE DAMAGES*

LOS *Punitive damages* son una institución del *Common Law* de origen británico [Mörsdorf-Schulte (1999), p. 127, quien cita dos casos de 1763] que hoy resulta arquetípicamente norteamericana. William Prosser ofreció una definición clásica:

Such damages «are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching him no to do again, and of deterring others from following his example» [Prosser (1971), p. 9].

Parecidamente, John Fleming dejó escrito que:

«Punitive or exemplary damages focus not on injury to the plaintiff but on outrageous conduct of the defendant, so as to warrant an additional sum, by way of penalty, to express the public indignation and need of deterrence or retribution» [Fleming, (1998), pp. 271-272].

En el *Civil Law*, en cambio, un juez civil, en un proceso de esta misma naturaleza, puede condenar al demandado a pagar una indemnización compensatoria del daño causado, pero, por lo general, no puede imponerle sanciones. Por ello, suele afirmarse que la institución de los *Punitive damages* es ajena a la cultura jurídica europea continental cuando no contraria al principio de que los Estados europeos –pero no sus ciudadanos– detentan, en sus territorios respectivos, el monopolio de

---

AFDUAM 4 (2000), pp. 139-152.

la imposición y cobro de sanciones (no sólo) pecuniarias: los *Punitive damages* no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias –a veces, muchas– veces superior al de la indemnización puramente compensatoria.

En España, la STC 20/1992, de 14 de febrero, F. J. 1.º, rechazó el recurso de amparo interpuesto por el editor y director de un periódico condenados a pagar una indemnización de 20.000.000 de pesetas a dos arquitectos por haber publicado que convivían juntos y que uno de ellos padecía el SIDA y señaló que, con base en los artículos 14 y 24.1 CE, el Tribunal no podía discutir el *quantum* de la indemnización, cuya estimación no puede controvertirse en (el cauce del amparo constitucional) sino *cuando resulte –lo que aquí, desde luego no ocurre– manifiestamente irrazonable o desproporcionada*. Sobre el tema ha vuelto, en un caso similar, la reciente STC 134/1999, de 22 de septiembre (información sobre la maternidad biológica de adoptados ofrecida por la presunta madre; diez millones de pesetas de indemnización; se rechaza el recurso de amparo interpuesto por los demandados y condenados), F. J. 8.º (con cita de la anterior, así como de la STC 59/1997, de 18 de marzo, F. J. 2.º y AATC 458/1984, F. J. 3.º, y 314/1985, F. J. 4.º).

En Alemania, el pasado 1 de junio de 1999 entró en vigor la Ley de derecho internacional privado en materia de relaciones obligatorias extracontractuales y de relaciones reales (*Gesetz zum Internationalem Privatrecht für außerverträgliche Schuldverhältnisse*, BGBI I, 1026). Merece destacarse la esperada reserva a las reglas generales sobre derecho de daños que incorpora el nuevo artículo 40 III EGBG y según la cual las pretensiones ejercitadas según un derecho extranjero no pueden superar esencialmente lo que venga exigido por un resarcimiento adecuado de la víctima (*angemessene Entschädigung des Verletzten*) ni pueden servir manifiestamente a fines distintos a los del mencionado resarcimiento [Spickhof (1999), p. 2209].

Sin embargo, y como muestran los ejemplos siguientes, las cosas no están tan claras:

a) En España, todas las prestaciones a que tiene derecho un trabajador que sufre un accidente laboral o padece una enfermedad profesional pueden ser incrementadas entre un 30 y un 50 por 100 si el accidente o la enfermedad traen causa en una infracción de normas sobre seguridad e higiene en el trabajo. Este incremento corre a cargo del empresario y no es susceptible de aseguramiento (art. 123 TRLGSS):

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Incidentalmente, en los casos de negligencia y de accidentes fortuitos, la prohibición de asegurar el recargo contraría los intereses de los trabajadores que los autores de la regla creyeron tutelar. En particular, en empresas pequeñas y medianas, una regla permisiva abarataría los costes de la mano de obra e incrementaría la oferta de empleo.

b) En Alemania, la Sociedad de Autores –*Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA)*– tiene reconocida por una jurisprudencia muy antigua la posibilidad de reclamar a quien ha violado los derechos de propiedad intelectual derivados de una obra musical el importe de una indemnización por la explotación indebida de derechos de autor [la remuneración percibida de haberse autorizado la explotación (*Lizenzgebühr*)] y otro tanto, es decir, tiene una pretensión por *double damages*. Parecidamente, el Tribunal Supremo federal (*Bundesgerichtshof*), en una sentencia de 15 de noviembre de 1994 (BGHZ 128, 1 y ss., «Carolina de Mónaco», publicación de entrevista falsa) estableció que la fijación de la cuantía de la indemnización por lesión del derecho general de la personalidad debía tener en cuenta no sólo los aspectos de la compensación y satisfacción de la víctima sino también los de prevención y, por lo tanto, podían superar la estimación del daño causado [Salvador/Castiñeira (1997), p. 171]: en el caso, la sentencia de instancia anulada por el Tribunal Supremo federal había condenado a pagar una indemnización de 30.000 DM; la segunda sentencia concedió un importe seis veces superior, 180.000 DM).

c) En Francia, el juez civil puede imponer al deudor que se niega a cumplir con sus obligaciones judicialmente declaradas como exigibles una multa pecuniaria (*astreinte*) por cada día de retraso cuyo importe se paga al acreedor.

Conviene resaltar que los ejemplos citados se diferencian de los *Punitive damages*, por lo menos, en dos aspectos: i) el supuesto de hecho de aquéllos es establecido por una instancia estatal muy centralizada (por ley o por sentencia de un tribunal estatal); ii) su respectiva consecuencia de derecho suele ser también bastante limitada, en el sentido de que no permite al titular de la decisión de adoptar la imponer una condena por un importe muchas veces superior al daño causado por el demandado. No son *Punitive damages* en sentido amplio sino, a lo más, una subespecie de los mismos caracterizada por la definición legal o casacional del supuesto de hecho y la delimitación cuantitativa de las consecuencias de derecho.

Esta distinción existe también en el derecho norteamericano, pues es la que media entre los *Punitive damages* y una subclase de los mismos, los *multiple damages*: en relación a los primeros, el *Common Law*, recibido en 45 de los 50 Estados de la Unión, permite que un jurado, en un proceso civil, pueda apreciar el dolo o la crasa negligencia del demandado y dictar un veredicto de *Punitive damages* por un importe muchas veces superior al de la indemnización compensatoria. En cambio, tanto en Estados Unidos como en Europa continental, leyes puntuales

o los propios tribunales supremos estatales, en casos concretos y bien definidos, permiten imponer condenas de pagos extracompensatorios a favor de los demandantes y por un importe que suele ser igual a una fracción o a un múltiplo muy reducido de la indemnización compensatoria (Brockmeier, 1999). Ya hemos citado algunos ejemplos europeos. En el derecho norteamericano, ejemplos paralelos son:

a) En derecho de la competencia, la *Clayton Act*, de 1914, permite al demandante dañado por el ilícito competencial del demandado, obtener una indemnización tres veces superior al importe del daño (*treble damages*). La regla estimula la aplicación descentralizada del derecho, en descargo de las agencias gubernamentales y sin coste público.

b) En derecho penal económico, la *Organized Crime Control Act*, de 1970, permite también que el perjudicado por la criminalidad organizada (*RICO: Racketeering Influenced and Corrupt Organisations*) ejerza una acción por el triple de los daños realmente sufridos. De nuevo, se trata de complementar la represión pública y centralizada de la criminalidad con acciones particulares.

A medio camino entre la cultura legal norteamericana y la europea continental, los británicos, inventores de los *Punitive damages*, casi los abolieron cuando, en 1964, una sentencia de la Cámara de los Lores [Rookes v. Barnard (1964), AC (1129)] excluyó los *Punitive damages* por considerarlos incompatibles con la naturaleza estrictamente compensatoria de la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo mantuvo su posibilidad, i) en todos los casos autorizados expresamente por la ley; ii) contra actos del gobierno y sus agentes que resultaran opresivos, arbitrarios o inconstitucionales, y iii) para expropiar al demandado los eventuales beneficios de su conducta (*disgorgement*).

Recientemente, un informe de una *Law Commission* sobre indemnizaciones por daños y perjuicios ejemplares y graves ha recomendado la recuperación de los *Punitive damages* con el objeto de colmar las lagunas que deja el derecho penal en muchos ámbitos: según el *report*, el juez –nunca un jurado– debería poder imponer una condena a pagar *Punitive damages* «... if the defendant's conduct showed a deliberate and outrageous disregard of the plaintiff's rights and the other remedies awarded would be inadequate to punish the defendant for his conduct». Sin embargo, no se podría superponer una condena por *Punitive damages* a otra condena penal por los mismos hechos y contra la misma persona.

Los *Punitive damages* deben en todo caso distinguirse de:

a) *Restitutionary damages (restitution for a wrong)*: en *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* (1991) 2 AC 548, la Cámara de los Lores aceptó por vez primera un principio general de enriquecimiento injusto: i) *Autonomous (by subtraction)*, y ii) *Dependent (by wrongdoing)*. En el primer caso, no es precisa la comisión de ningún ilícito y la acción se concede en la medida del empobrecimiento y dentro de los límites del enriquecimiento; en el segundo, el demandado ha cometido un ilícito y se trata de evitar que haga suyas las ganancias obtenidas con ello: la restitución es sólo uno de los remedios posibles. El objeto de los *restitutionary damages* son las ganancias: excluyen la indemnización compensatoria y, a diferencia de los *Punitive damages*, no se conceden si no hubo beneficio.

*b) Aggravated damages*, que compensan a la víctima de la angustia mental (*mental distress*) originada por las circunstancias en que fue causado el daño o por el comportamiento subsiguiente del dañador.

## II. LÍMITES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES A LOS *PUNITIVE DAMAGES*

En el derecho estadounidense de los *Punitive damages*, criterios constitucionales federales y límites legales o jurisprudenciales eventualmente impuestos al *Common Law* por cada Estado limitan el alcance de la figura.

En *BMW of Northamerica Inc. v. Ira Gore* [116 S. Ct. 1589 (1996)], un caso de *Punitive damages* en derecho contractual, el vendedor demandado había vendido a la compradora demandante un automóvil nuevo sin informarle de que había sido parcialmente repintado. Un jurado de Alabama dictó un veredicto condenatorio a favor de la demandante por 4.000.000 de dólares en concepto de *Punitive damages*. Aunque el Tribunal Supremo de Alabama redujo la indemnización sancionatoria a la mitad, el Tribunal Supremo Federal, en ponencia del Magistrado John Stevens, resolvió que esta última cantidad era claramente exorbitante dados el reducido grado de reprochabilidad de la conducta del demandado y la proporción o ratio de 500 a 1 entre una indemnización de 2.000.000 de dólares y un daño real de 4.000 dólares. El Tribunal estableció tres criterios muy generales para valorar la constitucionalidad de un veredicto de *Punitive damages*:

- a) El grado de reprochabilidad de la conducta del demandado.
- b) La razonabilidad de la relación entre el importe de los *Punitive damages* y los *Compensation damages*.
- c) El alcance de las sanciones penales establecidas por las leyes para conductas comparables.

En el apéndice del voto particular formulado por la Magistrada Ruth Bader Ginsburg, el lector encontrará un resumen de las distintas técnicas adoptadas por las legislaciones estatales americanas para limitar los *Punitive damages* [igualmente, véase Brockmeier (1999)]. Dejando aparte los Estados que los excluyen con carácter general (Massachusetts, Nebraska, New Hampshire, Washington, así como Louisiana) salvo que una ley expresamente establezca otra cosa, las limitaciones son de tres tipos:

- a) Baremos (16 Estados, Texas y Florida entre ellos): típicamente, los *Punitive damages* no pueden superar el triple de la indemnización compensatoria (Delaware, Florida, Illinois) o los ingresos anuales brutos del demandante o 5.000.000 de dólares (Kansas), o han de mantener una relación razonable con la indemnización compensatoria (Minnesota).
- b) Atribución de parte de su importe a una agencia estatal o a un fondo especial (13 Estados, Texas e Illinois, entre otros): entre un 50 y un 75 por 100 (excluidas las costas judiciales, extrajudiciales y honorarios de abogado), es lo usual.

c) Bifurcación de las resoluciones sobre compensación y sanción, a solicitud del demandado y en distintas fases del proceso (13 Estados, California entre ellos).

Además, los *Punitive damages* engloban conceptos compensatorios –como los intereses (en Europa: legales), así como las costas judiciales y extrajudiciales del pleito, incluidos los honorarios del abogado (en América no suele haber condena en costas)– y no se consideran como una indemnización compensatoria a efectos del impuesto de la renta de las personas físicas [vide O’Gilvie *et al.*, *minors v. United States*, 519 S. Ct. 79 (1996)].

### III. LOS PUNITIVE DAMAGES EN LA PRÁCTICA: RESONANCIA MEDIÁTICA Y ANÁLISIS EMPÍRICOS

Los veredictos multimillonarios de *Punitive damages* suelen ser objeto de mucha atención por parte de los medios de comunicación, especialmente cuando 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.

A inicios del verano de 1999, un jurado de California dictó un veredicto en concepto de *Punitive damages* por importe de 4,9 millardos de dólares estadounidenses contra General Motors. En el día de Nochebuena de 1993, Patricia Anderson y dos familiares suyos sufrieron horribles quemaduras en más del 60 por 100 del cuerpo al colisionar e incendiarse su *Chevrolet Malibu*, un viejo modelo, cuyo depósito de gasolina estaba situado muy próximo al parachoques trasero. La indemnización compensatoria importaba 107 millones de dólares, 47 veces inferior a la anterior (*The Economist*, July 17<sup>th</sup> 1999, p. 14). El debate procesal se centró en un estudio coste-beneficio realizado en 1973 por Edward Ivey, un ingeniero de GM, en el cual, tras haber asignado un valor de 200.000 dólares a cada vida humana, se llegaba a la conclusión de que costaría únicamente 2,40 dólares transigir los casos de accidente, pero 8,59 dólares modificar el diseño y ubicación del depósito de gasolina. La compañía reconoció la autenticidad del documento, pero negó que su contenido hubiera sido compartido por los colegas de Ivey. No se permitió a los abogados de la compañía demandada informar al jurado sobre la circunstancia de que el conductor del otro automóvil involucrado en la colisión estaba ebrio en el momento del accidente –algo probablemente irrelevante en un litigio cuyo objeto era la seguridad pasiva del diseño del *Malibu*– ni sobre las estadísticas de accidentes sufridos por el modelo en cuestión –una información que venía ciertamente al caso–. El veredicto del jurado –Némesis de los expertos en análisis coste-beneficio, en particular, y de los cultores del *Law & Economics* en general– manifiesta un aspecto consustancial a la cultura de las condenas a pagar elevados *Punitive damages*: los veredictos expresan disgusto y horror en grados sumos.

El 24 de marzo de 1989, el *Exxon Valdez*, un petrolero propiedad de Exxon Corporation, embarrancó en Blight Reef y una marea negra de 40.000 toneladas de petróleo invadió el Golfo de Alaska. El capitán del barco, Joseph Hazelwood, había bebido alcohol en exceso en el momento del accidente. Hasta la fecha, Exxon ha pagado 3 millardos de dólares en gastos de limpieza

de la costa y otros 900 millones en indemnizaciones a los afectados, pero también ha conseguido apelar un veredicto dictado en 1994 por un jurado que condenó a la compañía a pagar otros 5 millardos más en concepto de *Punitive damages* (*The Economist*, March 20<sup>th</sup> 1999, p. 59). Vaya un caso por el otro: algunos de los mejores trabajos que se citan en esta página han sido financiados por Exxon, circunstancia que sus autores se encargan de dejar clara en la primera página.

Mas la resonancia mediática puede conllevar serias disonancias cognitivas. Por ello, al analizar la praxis de los *Punitive damages*, conviene aludir a la frialdad de algunos análisis rigurosos: Michael L. Rustad publicó en 1998 un resumen de los nueve estudios empíricos más conocidos sobre *Punitive damages* realizados en los once años anteriores [Rustad (1998)]. Resumen del resumen: primero, los *Punitive damages* se conceden raramente; segundo, ningún dato empírico apunta a crisis alguna del remedio; tercero, muchos casos se transigen.

En detalle:

a) Todos los estudios coinciden en que la proporción y el importe de los veredictos condenatorios de *Punitive damages* son bajos (así, el segundo informe del departamento de justicia los sitúa en el 6 por 100 de todos los veredictos de jurados, y sólo el 2 por 100 en responsabilidad de fabricante y el 3 por 100 en negligencias médicas. La proporción es notablemente mayor en los casos de dolo, 19 por 100; difamación, 30 por 100; fraude, 21 por 100; derecho laboral, 27 por 100; derecho de contratos, 12 por 100.

b) El importe de la indemnización sancionatoria covaría con la gravedad del daño.

c) El número e importe de las indemnizaciones por *Punitive damages* varía significativamente en función de la jurisdicción.

d) Los mayores incrementos en los veredictos condenatorios tienen lugar en pleitos contra empresas por pérdidas puramente económicas causadas dolosamente y no en casos de litigación por daños corporales.

e) Los veredictos son frecuentemente objeto de revisión judicial (sólo la mitad resultan confirmados en apelación).

f) Uno de los informes estudiados por Rustad averiguó que la media aritmética de las indemnizaciones en los casos de reclamaciones contra empresas doblaba a la media de los casos contra particulares.

g) Los *Punitive damages* sancionan conductas antisociales (por lo general no se conceden en casos de simple negligencia).

h) Hay una relación significativa entre su importe y el rol social del demandado (hay más hombres que mujeres en las reclamaciones contra los excesos o maltratos policiales, y más mujeres que hombres en los pleitos por lesiones médicas; y, en derecho de producto, la mayor parte de demandados son sociedades).

En otro estudio reciente, Theodore Eisenberg y otros [Eisenberg *et al.* (1997)] han sostenido que los *Punitive damages* sólo se conceden en el 6 por 100 de los juicios con jurado en los que las pretensiones de los actores son estimadas en todo o en parte (un 50 por 100 del total): un 3 por 100 de los juicios con jurado. A ello objeta Mitchell Polinsky [Polinsky (1997)] que, en los casos en los que existe la amenaza de ser condenado a pagar *Punitive*

*damages*, la probabilidad de transacción es mayor que en aquellos en los que sólo está en juego una condena a pagar una indemnización estrictamente compensatoria.

Por su parte, W. Kip Viscusi, en un trabajo financiado por el Harvard Olin Center for Law and Economics y la Exxon Corporation [Viscusi (1998a)], ha sostenido que, al menos en accidentes relacionados con productos químicos tóxicos, la institución de los *Punitive damages* carece de efectos preventivos: el autor analizó los 34.000 accidentes (2.000 con resultado de muerte o daños corporales) registrados y ocurridos en los 50 Estados de Estados Unidos entre 1988 y 1992 y comparó su número, en proporción con la población para cada Estado. Resultado: no hay correlación estadísticamente significativa entre posibilidad legal de imponer *Punitive damages* o desconocimiento de la institución –entre los Estados del *Common Law USA*, es el caso de Michigan, Nebraska, New Hampshire y Washington– y nivel de daños. Ulteriormente, el estudio da razón de distinciones importantes como, por ejemplo, la establecida entre los estados que permiten y los que prohíben expresamente la asegurable del riesgo de ser condenado a pagar *Punitive damages* (16): no hay diferencias estadísticamente significativas entre las primas que se pagan en los Estados sin *Punitive damages* y aquellos que los conocen y permiten su aseguramiento. Parecidos resultados se obtienen en relación a las tasas de accidentes médicos fatales (que se mueve en torno al 0,89 por 100.000 habitantes). El trabajo de Viscusi ha dado lugar a una amplia polémica: véanse, por ejemplo, Eisenberg (1998) y Luban (1998), así como la respuesta de Viscusi (1998b). En su contra, Lempert (1999).

#### IV. ¿PREVENCIÓN, SÍMBOLO O CASTIGO? LA LECCIÓN DE LOS *PUNITIVE DAMAGES*

Los *Punitive damages* se imponen para prevenir, *pero también para castigar y enseñar* (Prosser); para prevenir *tanto como para retribuir y expresar indignación* –dicho positivamente: *reafirmar la confianza en el derecho violado y hacer justicia*– (Fleming). Sin embargo, algunas resoluciones judiciales o tesis doctrinales recientes sobre *Punitive damages* se han centrado en sólo alguna de las funciones anteriores y han prescindido de las demás.

Así, ya hemos visto cómo, en *BMW v. Gore*, el Tribunal Supremo de Alabama había considerado que una condena de *Punitive damages* 500 veces superior al importe de los daños realmente causados era razonable: claramente prevalecieron en esta fase del proceso las funciones sancionatoria y expresiva de los *Punitive damages*, pero, recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo Federal apreció el fallo tras considerar que el importe era excesivo por desproporcionado.

En el otro extremo, Steven Shavell y Mitchell Polinsky [Shavell y Polinsky (1998)] en un artículo publicado en 1998, han construido un modelo normativo de *Punitive damages* centrado exclusivamente en la idea de prevención. En efecto, si lo único que se pretende con ellos es conseguir niveles adecuados de prevención –es decir, obligar a los agentes sociales a pagar sólo el daño que genera su conducta–, entonces deberán ser concedidos si y sólo si los demandados tienen oca-

sión de evitar responder por el daño causado. Y si suponemos entonces que conocemos la probabilidad de que el demandado escape a su responsabilidad, el importe de la condena por *Punitive damages* deberá ser entonces igual al daño causado,  $D$ , multiplicado por el cociente entre la probabilidad de no ser descubierto,  $1-p$ , y la de serlo efectivamente,  $p$ .

«*Punitive damages* should be awarded if, but only if, an injurer has a chance of escaping liability for the harm he caused», escriben Shavell y Polinsky [(1998), p. 8]. El modelo asume que todo demandante que solicitara una condena a pagar *Punitive damages* debería configurar el objeto de su pretensión de forma tal que incluyera una estimación razonablemente acertada de la probabilidad de que, antes de que se presentara la demanda, tenía el causante del accidente de ser efectivamente demandado, así como de resultar finalmente condenado a pagar por todos los daños causados. Es mucho suponer.

El modelo exclusivamente preventivo de Shavell y Polinsky deja a un lado la reprochabilidad de la conducta del demandado como factor de determinación del importe de los *Punitive damages*. Los autores asumen que, en principio, los beneficios obtenidos por el dañador derivados de su conducta perjudicial se computan en el bienestar social de la comunidad.

«Should reprehensibility per se affect the imposition of punitive damages, given the goal of deterrence?... it generally should not», escriben (p. 45). Esta asunción es razonable para las conductas de las que se responde objetivamente o por negligencia simple, pero no es plausible para las gravemente negligentes y dolosas, en particular cuando el beneficio del dañador consiste precisamente en la causación del daño. Conscientes del problema, Shavell y Polinsky excepcionan los casos en los cuales los dañadores obtienen satisfacción del hecho mismo de dañar, como sucede en los casos de sadismo o en los delitos sexuales. En ellos, la sociedad no computa semejante satisfacción como un sumando más en las cuentas del bienestar social. Sin embargo, y como los autores también reconocen, la ciencia económica no alcanza a identificar qué categorías de utilidad resultan socialmente intolerables (pp. 44 y ss.): para su caracterización hay que remitirse a un juicio empírico. Pero una función extrapreventiva de los *Punitive damages* es ayudar a formular y divulgar ese juicio.

Autores más próximos a la reflexión jurídica tradicional, pero también sensibles al análisis económico, como Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, y David Schkade [Sunstein *et al.* (1998)], han destacado la función estrictamente penal y retributiva de los *Punitive damages*. Partiendo de un estudio realizado sobre 899 habitantes de un condado de Texas capaces de integrar un jurado y elegidos al azar, comprobaron que, en los casos de daños corporales los juicios morales básicos de la gente coinciden en lo fundamental, pero que este consenso básico quiebra a la hora de asociar a cada uno de los juicios de desaprobación una escala numérica de indemnizaciones económicas. Resulta entonces que los veredictos de *Punitive damages* son más útiles para identificar las conductas socialmente consideradas

como indignas y muy reprochables que para determinar el grado de su peligrosidad y la probabilidad de aplicar la ley en cada caso.

De su estudio resultaría además que los jurados también tienen muchas dificultades a la hora de distinguir entre casos que no están comparando directamente, es decir, un jurado generaliza muy mal.

La conclusión de los autores es que los *Punitive damages* establecidos por jurados funcionan bien para identificar y divulgar los estándares sociales básicos de moralidad sin necesidad de llevar a cabo una encuesta. Mas, si además se intenta que la institución se use como instrumento de prevención eficiente de daños en un sentido económico, los jurados no están estructuralmente preparados para desarrollar correctamente esta función y sería mejor recurrir a un sistema centralizado de derecho público (administrativo y penal) sancionador como el europeo continental.

Está por ver, sin embargo, que los sesgos de los jurados reales se correspondan con los de los candidatos a formar parte de un jurado concreto, así como que se distribuyan normalmente en torno a un valor central: si sucediera esto último o si el sesgo se produjera siempre en el mismo sentido, bastaría con adecuar a él las instrucciones dirigidas al jurado: un arma que siempre desvía el tiro hacia un agrupamiento determinado es fácil de afinar.

Más generalmente, Robert Cooter ha puesto de manifiesto la relación entre los *Punitive damages* y las normas sociales [Cooter (1998)]: se impone una sanción (no sólo para retribuir sino) «*pour décourager les autres*», pero es igualmente importante resaltar que las expresiones y manifestaciones de emociones por parte de jueces y jurados muestran a todos –¡hacen público!– su compromiso con el cumplimiento de la ley y el restablecimiento de la legalidad violada: la percepción comunitaria de este compromiso puede contribuir efectivamente a configurar las expectativas de los ciudadanos y alterar su comportamiento, a veces, de manera radical.

Conforme a una distinción que ha devenido clásica [Calabresi/Melamed (1972)], un derecho de propiedad está protegido por una regla de propiedad (*property rule*) si un tercero sólo puede ejercer facultades sobre el objeto del derecho si cuenta con el consentimiento de su titular, mientras que está tutelado por una regla de responsabilidad (*liability rule*) si el tercero puede entrometerse con tal que pague al titular un precio equivalente a los costes o daños derivados de su conducta [Salvador (1999)]. Así, por ejemplo, un conductor de automóviles no puede excluir a los demás del uso de la carretera pública a que tiene derecho, pero puede pedirles una indemnización por los daños que eventualmente le causen: el derecho a conducir en los caminos públicos está protegido por una regla de responsabilidad, pero no por otra de propiedad. Ahora bien, esta limitación de la protección del derecho en cuestión sólo se predica de las violaciones fortuitas o simplemente negligentes: en ningún país han tenido jamás los terceros derecho alguno a conducir de manera gravemente negligente o –mucho menos– dolosa a cambio de pagar a sus víctimas el coste de los accidentes que causan. Quienes así se comportan, vulneran una prohibición: no pueden comprar *ex post* su injerencia gravemente

negligente, desconsiderada o dolosa. Frente a la negligencia grave y el dolo, el derecho reacciona no sólo con una regla de responsabilidad sino con reglas de propiedad, es decir, con prohibiciones en sentido estricto.

Por ello no es fácil establecer una equivalencia entre «reglas de responsabilidad» y «derecho de la responsabilidad civil» (ni probablemente, reducir la funcionalidad de los *Punitive damages* a la simple prevención eficiente de accidentes): de existir, la equivalencia en cuestión alcanza únicamente al ámbito de los comportamientos fortuitos por los que se debe responder, así como al de los simplemente negligentes. Pero el derecho a no sufrir un daño causado con dolo o con grave negligencia no está tutelado sólo con una regla de responsabilidad, sino, claramente, con otra de propiedad. A la pretensión estrictamente indemnizatoria se suman las posibilidades de pedir una indemnización extracompensatoria (*Punitive damages* o, por lo menos, *multiple damages*) o de ejercer una acción negatoria o cuasinegatoria (en el derecho español de la responsabilidad civil es tradicional que, en los casos en que los daños puedan volver a causarse, la demanda de la víctima comprenda, además de la pretensión indemnizatoria, otra pretensión de abstención por la que se pide al tribunal que ordene al demandado abstenerse de causar en el futuro daños similares), o bien y claramente, una pretensión penal: de hecho, *cuesta concebir un supuesto de hecho de causación dolosa de daños que no sea subsumible en un tipo penal*. Obsérvese entonces que la pretensión por *Punitive damages* o *multiple damages*, cuando existe, no se limita a corregir los déficit de prevención derivados de las ocasiones en que el causante de daños escapa a su responsabilidad. Además de eso, la pretensión –de triunfar– cumple otras funciones:

a) Establece un punto de discontinuidad entre los comportamientos socialmente admisibles y los intolerables, así como en la función de costes a la que se enfrenta el dañador potencial: si hay dolo o negligencia crasa, sus costes se multiplican.

b) Envía una señal, un mensaje a toda la comunidad por el que se manifieste que el derecho se establece, se aplica y se desarrolla para reforzar las normas sociales básicas [Cooter (1998)] o, como, se ha escrito en Europa, para reforzar la confianza de quienes confían en la Ley [*Die Bestätigung der auf Normen Vertrauenden in ihrem Vertrauen*, Jakobs (1993) 1.1 E. 15, p. 13].

¿Qué resulta entonces preferible, el sistema norteamericano de justicia descentralizada y civil con juicio de jurado que puede dictar un veredicto de *Punitive damages* o el sistema europeo continental de indemnizaciones civiles estrictamente compensatorias y que incluye supuestos concretos y reglados de *multiple damages*, pero refiere la potestad sancionatoria a instancias centrales y más o menos sujetas al principio material de legalidad y a su aplicación en procesos penales o administrativos?

En 1992, una muy citada sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (HBGHZ 118, 312) respondió en el segundo sentido, pues declaró que el reconocimiento de una sentencia de un tribunal estadounidense que condenaba a pagar *Punitive damages* era contraria al orden público (parágrafo 328 I *Zivilprozeßordnung*), aunque el tribunal añadió que condenas limitadas a indemnizar daños presuntos o a expropiar los beneficios obtenidos por el causante no serían objetables. El fallo debe además relacionarse con el caso que resuelve: el demandado había

sido previamente condenado por un tribunal penal por agresiones sexuales a un menor de edad.

Otra sentencia posterior del Tribunal Constitucional de aquel país (HBVerfGE 91, 335) negó, en relación con el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado al extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales, que la solicitud de auxilio judicial en un caso de reclamación de *Punitive damages* lesionara el principio general de libertad de actuar (*allgemeine Handlungsfreiheit*) del artículo 2I de la Constitución alemana [véase Brockmeier (1999), p. 99]. Y ahora, véase el citado artículo 40 III EBGB.

Mas quizá la pregunta está mal planteada desde su principio, pues presupone que, en Europa continental, el derecho de daños está regido por un principio compensatorio, de reparación integral de daños que éste se aplica efectivamente. No es así: de hecho, los datos disponibles apuntan a que el sistema concede indemnizaciones que quedan muy por debajo de los costes sociales de los daños causados.

En 1997, la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo español resolvió 101 casos de recursos sobre responsabilidad civil extracontractual. En 92 de ellos disponemos de información sobre la cuantía indemnizatoria que el Tribunal decidió finalmente conceder, convalidar o denegar: en 62 hubo indemnización, y su importe total fue de 664.462.567 pesetas, es decir, 3.993.500 euros, unos 10.717.138 pesetas, 64.411 euros, de promedio. Debe recalarse que la muestra no es muy representativa de la práctica real del derecho civil español de daños: sólo considera los casos que se han litigado y que han llegado a la casación civil.

Los *Punitive damages* tienen varias funciones: preventiva, sancionadora y simbólica. La negativa, frecuente en la doctrina continental, a aceptar que el *Civil Law* pueda admitir esta institución olvida, demasiadas veces, que rechazar su aspecto sancionador no debería hacer olvidar sus funciones preventivas y simbólicas.

Con compensación y competencia perfectas no habría necesidad de *Punitive damages* –como no fuera en el sentido propuesto por Shavell y Polinsky (1998)–. Pero la realidad no suele ser así y, por ejemplo, no siempre los precios incorporan información sobre los defectos de los productos ni siempre se litiga ni siempre que se litiga con razón se obtiene una compensación igual al daño sufrido: en un marco de infracomensación y sin competencia perfecta, observan Daugherty y Reinganum (1997) un mínimo nivel de *Punitive damages* incentivaría a las empresas a situarse en un equilibrio con revelación de cualidades y, por tanto, de defectos. La apuesta por los *Punitive damages* lo es por una aplicación descentralizada y privada del derecho, algo que, desde hace milenios, no es congenial a la cultura del *Civil Law*.

## BIBLIOGRAFÍA

- BROCKMEIER, Dirk (1999), *Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- CALABRESI, Guido, y MELAMED, A. Douglas (1972), *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View from the Cathedral*, 85 Harvard Law Review, 1089.
- COOTER, Robert (1997), *Punitive damages, Social Norms and Economic Analysis*, 60 Law and Contemporary Problems, 73 (Summer 1997) y <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>
- DAUGHERTY, Andrew F.; REINGANUM, Jennifer F., *Everybody Out of the Pool: Products Liability, Punitive damages, and Competition*, 13 The Journal of Law, Economics, & Organization 410 (1997).
- EISENBERG, Theodore; GOERDT, John; OSTROM, Brian; ROTTMAN, David, y WELLS, Martin T. (1997), *The predictability of Punitive damages*, 26 Journal of Legal Studies, p. 623.
- EISENBERG, Theodore, *Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages*, 87 The Georgetown Law Journal 347 (1998).
- FLEMING, John G. (1998), *The Law of Torts*, 9<sup>th</sup> ed., Sydney, The Law Book Co.
- JAKOBS, Günther (1993), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch. 2, neuarbeitete und erweiterte Auflage. Studienausgabe. De Gruyter, D-10785, Berlin, New York.
- LEMPERT, Richard (1999), *Juries, Hindsight, and Punitive Damage Awards: Failures of a Social Science Case for Change*, 48 DePaul Law Review 867 (1999).
- LUBAN, David (1998), *A Flawed case Against Punitive Damages*, 87 The Georgetown Law Journal 359 (1998).
- MÖRSDORF-SCHULTE, Juliana (1999), *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages*, Tübingen. Mohr Siebeck.
- POLINSKY, Mitchell (1997), *Are Punitive damages Really Insignificant, Predictable and Rational? A comment on Eisenberg et al.* 26 Journal of Legal Studies, p. 667.
- PROSSER, William Lloyd (1971), *The Law of Torts*, 4<sup>th</sup> ed., Lawyer's edition, St. Paul, West.
- RUSTAD, Michael L. (1998), *Unraveling Punitive damages: Current Data and Further Inquiry*, 15 Wisconsin L. Rev.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, y CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (1997), *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, y SOLÉ I FELIU, Josep (1999), *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*. Madrid, Marcial Pons.
- SHAVELL, Steven, y POLINSKY, A. Mitchell (1998), *Punitive damages: An Economic Analysis*, 111 Harvard Law Review 1 (1998).
- SPICKHOF, Andreas, *Au â ervertragliches Schuld-und Sachenrecht*, NJW 1999, 31, s. 2209.
- SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel, y SCHKADE, David (1998), *Assessing Punitive damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 Yale Law Journal 2071. Los autores utilizan una teoría descriptiva de la psicología de los veredictos sobre *Punitive damages* Authors: *The Outrage Model*. See. 16 J. Risk and Uncertainty, April 1998.
- VISCUSI, W. Kip (1998a), *The Social Costs of Punitive damages against Corporations in Environmental and Safety Tort*, 87 The Georgetown Law Journal 285 (1998).
- W. Kip (1998b), *Why There is No Defense of Punitive Damages*. 87 The Georgetown Law Journal 381 (1998).
- Law Commission's report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages. Item 2 of the Sixth Programme of Law Reform: Damages*. LAW COM No 247. London: The Stationery Office, 1997.

## **LISTA DE CASOS CITADOS**

### **Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional español**

Decisión: STC 20/1992, Sala Primera, de 14 de febrero («BOE» de 17 de marzo de 1992). Magistrado Ponente: excelentísimo señor don Francisco Tomás y Valiente. Partes: «Prensa Nova, S. A.», y Miguel Serra Magraner c. STS (1.ª) de 18 de julio de 1988.

Decisión: STC 59/1997, Sala Primera, de 18 de marzo («BOE» de 17 de abril de 1997). Magistrado Ponente: excelentísimo señor don Enrique Ruiz Vadillo. Partes: Manuela García Cámara c. SAP Córdoba, de 5 de junio de 1995.

Decisión: STC 134/1999, Sala Primera, de 22 de septiembre («BOE» de 18 de agosto de 1999). Magistrado Ponente: excelentísima señora doña María Emilia Casas Baamonde. Partes: «Publicaciones Heres, S. A.», c. STS (1.ª) de 7 de diciembre de 1995.

Decisión: ATC 458/1984.

Decisión: ATC 315/1985, Sala Primera («BOE» de 18 de noviembre de 1985). Magistrado Ponente: excelentísimo señor don Francisco Rubio Llorente. Partes: Francisco Gómez Tomás c. Auto TS (1.ª) de 22 de marzo de 1985.

### **Sentencias de los Tribunales Constitucional y Supremo de la República Federal de Alemania**

Sentencia: BGH de 15 de noviembre de 1994. Referencia: BGHZ 128, 1 y ss.

Sentencia: BverfGE de 7 de diciembre de 1994. Referencia: BVerfGE 91, 335.

### **Sentencias del *Common Law***

Caso: *Rookes v. Barnard*. Referencia: 1964, AC 1129.

Caso: *MW of Northamerica Inc. v. Ira Gore*. Referencia: 116 S. Ct. 1589 (1996).

Caso: *O'Gilvie et al. Minors v. United States*. Referencia: 519 S. Ct. 79 (1996).