

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Legal change & Legal transplants: ¿ilusión o realidad?

El caso de los *punitive damages* y los “daños punitivos” a través del V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional en el Perú

Tesis para obtener el título profesional de Abogada que presenta:

María Fernanda Gómez Bazán

Asesor:

Hector Campos García


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, Héctor Campos García, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la Tesis titulada ***Legal change & Legal transplants: ¿ilusión o realidad? El caso de los punitive damages y los “daños punitivos” a través del V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional en el Perú***, de la autora María Fernanda Gómez Bazán, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 16%. Así lo consigna el reporte del software *Turnitin* el 01/06/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como la Tesis, y no se advierten indicios de plagio
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Milano, 1 de junio de 2024

Asesor: Campos García Héctor Augusto	
DNI: 44780513	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4032-4419	

A Dios,

Por brindarme la fuerza y sabiduría para emprender este proyecto.

A mis padres, Natasha y Jorge,

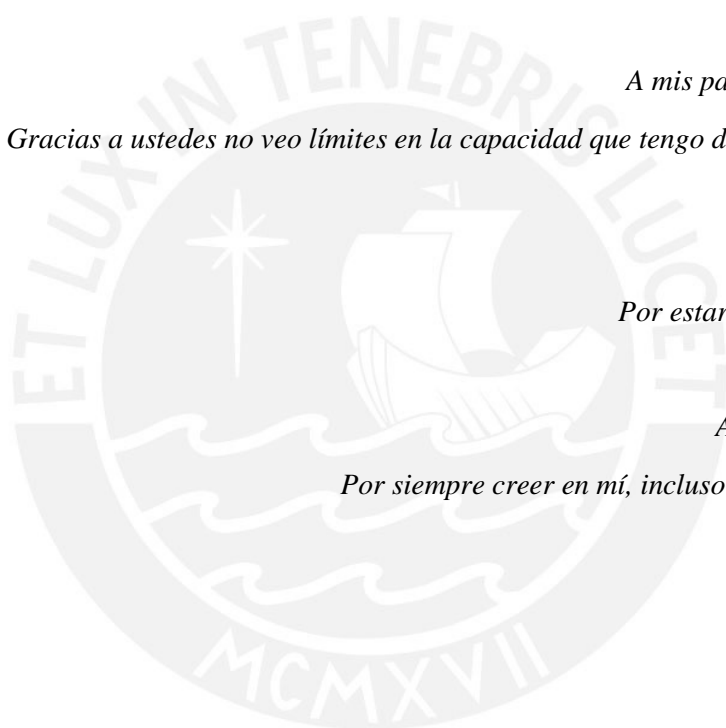
Gracias a ustedes no veo límites en la capacidad que tengo de inspirar a los demás.

A Lolita,

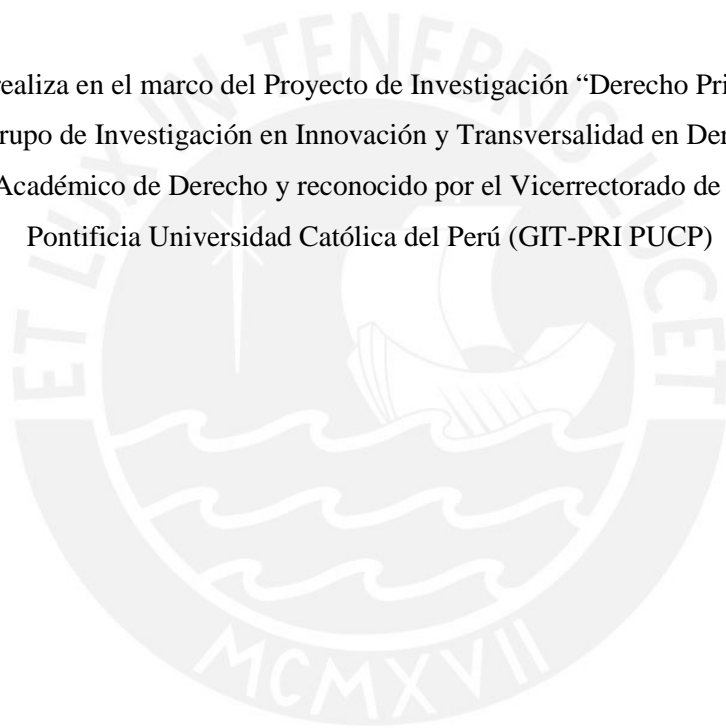
Por estar siempre con nosotros.

A mis amigas y amigos,

Por siempre creer en mí, incluso cuando yo no lo hago.



La presente tesis se realiza en el marco del Proyecto de Investigación “Derecho Privado latinoamericano y Comparado” del Grupo de Investigación en Innovación y Transversalidad en Derecho Privado adscrito al Departamento Académico de Derecho y reconocido por el Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú (GIT-PRI PUCP)



“No legal system is entirely a prisoner of its own past traditions”

T.T. Arvind



Resumen

La presente investigación aborda un análisis de Derecho Comparado Privado entre Perú y Estados Unidos, principalmente en la figura de los *punitive damages* y su potencial implementación en el sistema legal peruano. A través del fenómeno del *legal transplant* y el *legal change* se identificarán las principales diferencias entre las tradiciones jurídicas del *Civil Law* y el *Common Law* para examinar la regulación de la responsabilidad contractual en el ordenamiento peruano y norteamericano. Se discute respecto a la prohibición general de *punitive damages* en casos de *breach of contract* para los Estados Unidos de América como una regla desfazada y se establece la incorporación de aquello que los Plenos Jurisdiccionales Laborales llamaron “daños punitivos” como el inicio de un efectivo proceso de transformación legal. Asimismo, se propone la tropicalización de los *punitive damages* en Perú bajo el concepto de indemnizaciones punitivas, considerando la opresión contractual como el criterio objetivo para su implementación. Este estudio sugiere que la introducción de la indemnización punitiva, de acuerdo a un trabajo de comparación acertado, puede mejorar la justicia y eficiencia respecto a objetivos de punición, disuasión y compensación en la responsabilidad civil peruana, ello siempre que se establezcan límites claros para evitar abusos de la institución.

Palabras Clave: Derecho Privado Comparado, punitive damages, daños punitivos, legal transplants, legal change, Contract Law/Tort Law

Abstract

This research addresses a Comparative Private Law analysis between Peru and the United States, primarily focusing on the punitive damages and their potential implementation in the Peruvian legal system. Through the phenomenon of legal transplant and legal change, the main differences between the legal traditions of Civil Law and Common Law will be identified to examine the regulation of contractual liability in the Peruvian and American legal systems. The discussion revolves around the general prohibition of punitive damages in cases of breach of contract for the United States, seen as an outdated rule, and the incorporation of what the Labor Jurisdictional Plenums called "daños punitivos" as the beginning of an effective legal transformation process. Additionally, the tropicalization of punitive damages in Peru is proposed under the concept of “indemnizaciones punitivas”, considering contractual oppression as the objective criterion for their implementation. This study suggests that the introduction of “indemnizaciones punitivas”, based on a thorough comparison work, can enhance justice and efficiency regarding the goals of punishment, deterrence, and compensation in Peruvian civil liability, provided that clear limits are established to prevent abuses of the institution.

Keywords: Private Comparative Law, punitive damages, daños punitivos, legal transplants, legal change, Contract Law/Tort Law

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: El sistema de responsabilidad contractual en el <i>Common Law</i> y el <i>Civil Law</i>: Estados Unidos de América y Perú	7
1.1 Un paso previo: las principales diferencias entre la tradición jurídica del <i>Common Law</i> y el <i>Civil Law</i>	7
1.1.1. La tradición jurídica del <i>Civil Law</i>	7
1.1.2. La tradición jurídica del <i>Common Law</i>	11
1.1.3. El contraste entre las dos familias jurídicas: diferencias y similitudes	16
1.2 <i>Breach of contract</i> : la responsabilidad contractual según el ordenamiento norteamericano.....	24
1.2.1. ¿Cuándo se concede una indemnización en los casos de <i>breach of contract</i> ?	24
1.2.2. La teoría del incumplimiento eficiente o <i>efficient breach of contract</i>	29
1.2.3. Los criterios de cuantificación en las indemnizaciones de <i>breach of contract</i>	33
1.2.4. Limitaciones a la cuantificación del daño en <i>breach of contract</i>	37
1.2.5. Entonces ¿qué es y qué no es <i>breach of contract</i> ?.....	40
1.3 Inejecución de obligaciones: la responsabilidad contractual según el ordenamiento peruano	43
1.3.1. ¿Cuándo se concede una indemnización en los casos de inejecución de obligaciones?.....	43
1.3.2. Los criterios de cuantificación en las indemnizaciones de responsabilidad por inejecución de obligaciones	51
1.3.3. El sistema de responsabilidad contractual peruana es un sistema tributario.....	56
CAPÍTULO II: Los <i>punitive damages</i> en el ordenamiento norteamericano	61
2.1 La ubicación sistemática de los <i>punitive damages</i> en el sistema del <i>breach of contract</i> (<i>Contract Law</i>)	61
2.1.1. Breve recuento del desarrollo histórico de los <i>punitive damages</i> : ¿dónde y cómo se originaron?	61
2.1.2. La ubicación sistemática dentro del <i>breach of contract</i> : ¿qué son? ¿cómo funcionan? ¿cuál es su relación dentro del <i>breach of contract</i> ?	67
2.2 Las diferencias operativas entre los <i>punitive damages</i> comprendidos dentro del <i>Tort Law</i> y el <i>Contract Law</i>	77
2.2.1. Los criterios de aplicación de los <i>punitive damages</i> en <i>Tort Law</i>	77
2.2.2. Los criterios de aplicación de los <i>punitive damages</i> en <i>Contract Law</i>	99

CAPÍTULO III: Los “daños punitivos” en el ordenamiento peruano	133
3.1 La incorporación de los “daños punitivos” realizada por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral previsional.....	133
3.2 La (re)incorporación de los “daños punitivos” realizada por el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral previsional.....	144
3.3 El debate actual de la academia peruana sobre la incorporación de los “daños punitivos” en nuestro ordenamiento.....	151
3.3.1. El debate doctrinal respecto de los “daños punitivos”	151
3.3.2. El debate jurisprudencial respecto de los “daños punitivos”	171
CAPÍTULO IV: De la ilusión a la realidad ¿existió alguna vez un trasplante legal de los <i>punitive damages</i> en el Perú?	188
4.1 Pautas para comprender el concepto de <i>legal transplant</i> o trasplante legal desde el Derecho Privado Comparado.....	188
4.1.1. El fenómeno del <i>legal transplant</i> a través del tiempo: ¿es relevante medir su éxito o fracaso?	199
4.2 Análisis del caso: ¿hubo un trasplante legal en el V Pleno Jurisdiccional Laboral?.....	206
4.2.1. <i>Tertium comparationis</i> : comparando comparables	206
4.2.2. Criterio de Kahn-Freund	210
4.2.3. Criterio de Milhaupt & Pistor	212
4.2.4. ¿Cuál es el mejor Derecho entre los <i>punitive damages</i> y los “daños punitivos” del V Pleno?	213
4.3 Análisis del caso: ¿hubo un trasplante legal en el VI Pleno Jurisdiccional Laboral?	216
4.3.1. <i>Tertium comparationis</i> : comparando comparables	216
4.3.2. Criterio de Kahn-Freund.....	216
4.3.3. Criterio de Milhaupt & Pistor	218
4.3.4. ¿Cuál es el mejor Derecho entre los <i>punitive damages</i> y los “daños punitivos” del VI Pleno?	221
4.4 El paso de la ilusión hacia la realidad: la necesidad de tropicalización en un proceso de <i>legal change</i> y <i>legal transplant</i> como el del caso peruano	223
4.4.1. Una propuesta de tropicalización para las indemnizaciones punitivas peruanas	227
CONCLUSIONES	243
BIBLIOGRAFÍA	250
REFERENCIAS	257

INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, en alguna clase de Derecho, llamé profundamente mi atención el conocido caso norteamericano *Liebeck v. McDonald's*, se trata de la señora Liebeck, una mujer de casi 80 años, quien sufrió graves quemaduras de tercer grado tras haber recibido un café ridículamente caliente y haberlo colocado entre sus piernas para servirse crema y azúcar. Aunque el gigante de McDonald's alegó que no podría ser responsable por tal hecho, dado que la señora Liebeck estaba manejando y no fue cuidadosa; se demostró que la víctima de los daños no solo no estaba manejando al momento del accidente, sino que ni siquiera se estaba moviendo. Así, se pudo comprobar que el café vendido por McDonald's no estaba solo caliente, sino que su temperatura excedía los parámetros normales y estaba dentro de lo considerado como extremadamente peligroso (lo suficiente como para hospitalizar a la víctima y llegar al punto de necesitar injertos de piel en la zona pélvica).

Lo que cautivó mi atención no fue solo la gravedad del asunto —y el hecho de que no todos los días vemos a grandes empresas afrontar la justicia— sino también la condena que McDonald's terminó recibiendo tras negarse a conciliar: \$160,000.00 en indemnización compensatoria y \$2.7 millones en *punitive damages* (aunque luego fueron reducidos a \$480,000.00). ¿Qué eran los *punitive damages*? ¿Por qué representaban una suma tan exorbitante? Y sobre todo ¿por qué nunca había escuchado de algo similar en Perú? O por lo menos en algún país del *Civil Law*.

Años después, específicamente en el 2019, McDonald's volvió a llamar mi atención, pero esta vez no se sintió como un caso lejano que parecía sacado de una película; se trataba del triste fallecimiento de Gabriel Campos y Alexandra Porras, dos jóvenes menores que yo en ese entonces, trabajadores de la empresa, que murieron electrocutados trapeando los pisos de un local de la famosa cadena de comida rápida. En los últimos meses de este año se reveló, como parte de la investigación fiscal, que los jóvenes habrían informado a los administradores del local que una de las máquinas tenía problemas de fuga de corriente. Lamentablemente, nadie hizo nada y todo parece indicar a que ninguno de los trabajadores de McDonald's contaba con los implementes de seguridad necesarios para las labores que realizaban. Aún recuerdo que todos los restaurantes de McDonald's en Lima cerraron por dos días en señal de “luto”, y en medio de una profunda indignación colectiva respecto a las precarias condiciones laborales de nuestro país, no pude evitar preguntarme: ¿Qué acaso este no sería prácticamente un caso de laboratorio —como dicen los profesores de Derecho— para los famosos *punitive damages*? Pienso que sí.

La presente investigación no pretende plantear que la incorporación de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano podría haber evitado un terrible accidente como el de la joven pareja, pero sí se plantea una interrogante de principio ¿es que acaso existe demanda concreta porque la responsabilidad civil en el Perú asuma la imperante necesidad de mayores medidas de protección en el mercado peruano?

Considero que sí también. En ese sentido, el tema de esta investigación es un análisis comparado de las reglas de funcionamiento de los *punitive damages* en el ordenamiento de los Estados Unidos de América para casos de responsabilidad contractual y la recepción jurisprudencial de los “daños punitivos” que se realizó en nuestro país a través del V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional.

La importancia de enmarcar la investigación sobre los *punitive damages* en casos de responsabilidad contractual recae en que el ordenamiento estadounidense no reconoce, por regla mayoritaria, la exigibilidad de los *punitive damages* en casos de *Contract Law* (responsabilidad contractual). Por lo que, cuenta con una tendencia histórica de solo admitirlos en acciones de *Tort*, es decir, acciones de responsabilidad extracontractual por agravio causado a las víctimas. Sin embargo, la jurisprudencia consuetudinaria demuestra su progresiva flexibilidad por aceptar la aplicación de *punitive damages* en casos de responsabilidad contractual siempre que se cumplan circunstancias muy particulares, por ejemplo, cuando el evento de incumplimiento contractual se haya cometido con una intención fraudulenta o medie un mal intencional agravado por una conducta maliciosa, deliberada y opresiva.

Asimismo, considero que el debate original sobre los “daños punitivos” y su incorporación se basó en una comparación que fallaba en el método, es decir, no llegaba a responder al paso previo necesario para cuestionar o no su incorporación y esto es el análisis del fenómeno de *legal transplant*. En función de un correcto estudio de Derecho Comparado es que podríamos responder a la siguiente pregunta: ¿La figura de los “daños punitivos” propuesta por el V y el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral es compatible con las reglas de funcionamiento de los *punitive damages* aplicados a casos de responsabilidad contractual en el ordenamiento norteamericano?

La hipótesis inicial de esta investigación fue que los “daños punitivos” peruanos del VI Pleno Jurisdiccional eran compatibles con las reglas de funcionamiento de los *punitive damages*, pues compartían elementos de fundación, como una definición idéntica, una naturaleza jurídica similar, los mismos objetivos y requisitos de aplicación equiparables. Por otro lado, consideré que los “daños punitivos” peruanos del V Pleno Jurisdiccional fueron una simple desnaturalización de la institución americana y un fallido intento de trasplante legal o *legal transplant*. Con lo cual, se sostuvo que, para este caso, ni siquiera era posible hablar de un trasplante legal, sino de un simple recurso retórico; mientras que para el VI Pleno sí podíamos afirmar la presencia de un proceso de *legal transplant*.

Para comprobar esta interesante hipótesis se empleó un método exegético para analizar las normas previstas por el ordenamiento peruano respecto a la responsabilidad civil contractual, se empleó el método de análisis jurisprudencial consistente en la revisión sistemática de los fundamentos y razonamientos

expuestos en la jurisprudencia importante de ambos países. En el caso de Perú, centrándonos en el V y el VII Pleno Casatorio en material laboral, así como la jurisprudencia emitida en función de dichos Plenos para evaluar la aplicación que se realizó de los mismos; mientras que, en el caso de Estados Unidos, se abordaron diversos *lead cases* (casos importantes y destacados) que contribuyeron a comprender mejor la regulación de la responsabilidad contractual y la figura de los *punitive damages*. En adición a ello, se utilizó un método doctrinal de investigación, es decir, la utilización de teoría pura recogida en libros, artículos y *papers* elaborados por reconocidos abogados, jueces y catedráticos tanto en los Estados Unidos como en Perú y, finalmente, de manera transversal y como metodología principal de este trabajo, se utilizó la herramienta del Derecho Comparado.

En ese sentido, a modo de lograr comprobar la hipótesis originalmente propuesta, se presentarán los elementos de investigación de la siguiente manera: primero se identificarán las principales diferencias entre las tradiciones jurídicas del *Civil Law* y el *Common Law*. Luego, se examinará cómo se regula la responsabilidad contractual en el ordenamiento peruano y norteamericano, para así poder exponer la lógica del *breach of contract* y los criterios de cuantificación en dicho sistema de responsabilidad. De la misma forma, se expondrá la lógica de la responsabilidad por inejecución de obligaciones y los criterios de cuantificación empleados en el Perú. Todo ello nos permitirá, posteriormente, explicar el funcionamiento de los *punitive damages* en el sistema del *breach of contract* y contrastar sus criterios operativos para *Tort* y para *Contract*. A continuación, se establecerá la incorporación de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano a través de los dos Plenos Jurisdiccionales estudiados y se sistematizará el debate doctrinal y jurisprudencial peruano que suscitó respecto a la particular materia. Finalmente, se explicará el concepto de *legal transplant* para proceder a contrastar la realidad y la ilusión de la transformación legal en el Perú mediante la incorporación y adaptación de las indemnizaciones punitivas.

Adelantamos a las y los lectores de esta investigación que el principal objetivo no es determinar a ciencia cierta los métodos exactos por los cuales los *punitive damages* a la peruana deberían consolidarse; sino plantear en qué medida pueden ser comparables ambas instituciones a través del enfoque del Derecho Privado Comparado (si es que realmente lo son). Esta propuesta, que particularmente considero no se ha desarrollado a cabalidad aún en nuestra doctrina, nos puede llevar a cuestionarnos sobre los alcances de los procesos de *legal change* o transformación legal que actualmente atravesamos y algunas veces se quieren negar o desconocer. Esta clase de trabajos nos permitirá, principalmente, cuestionarnos si la forma en cómo se hacen las cosas en nuestro país y nuestro Derecho realmente está de cara a la realidad de nuestros problemas, o si es que solo se trata de la repetición sin crítica de antiguos dogmas jurídicos.

CAPÍTULO I

El sistema de responsabilidad contractual en el *Common Law* y el *Civil Law*: Estados Unidos de América y Perú

Este capítulo se enfocará en examinar cómo se regula la responsabilidad contractual en el *Civil law* y en el *Common Law*. Para ello, primero es necesario identificar las principales diferencias entre ambas tradiciones jurídicas, lo cual implica realizar un breve y panorámico recuento histórico sobre su origen y una descripción de sus características más resaltantes. Luego, se examinará cómo se regula la responsabilidad contractual, señalando específicamente los casos del Perú y de los Estados Unidos.

1.1. Un paso previo: las principales diferencias entre la tradición jurídica del *Common Law* y el *Civil Law*

1.1.1 La tradición jurídica del *Civil Law*

Una de las principales y más difundidas tradiciones jurídicas en el mundo corresponde al sistema del Derecho romano germánico, conocido también por su traducción al inglés como *Civil Law*. El origen de la tradición romano germánica se remonta a las bases de la sociedad europea, es decir, al imperio romano de occidente. De acuerdo a Brague, esta sociedad se fundamentó en “(...) los pilares del pensamiento filosófico, científico y artístico griego, del Derecho romano, de las instituciones germánicas y de la ética social cristiana” (como se citó en Fernández de Buján, 2016, p. 277). De esta manera, la sociedad que nutría de contenido al *Civil Law*, estaba fuertemente sostenida por la influencia de los romanos, su idiosincrasia, sus costumbres y su fe cristiana.

Sin embargo, tras la caída del imperio romano de occidente en el año 476 d.C., la vida y, en consecuencia, también el Derecho, atravesaron un proceso de sincretismo cultural importante que definiría el devenir del *Civil Law* en los próximos años. Así, Fernández de Buján (2016) comenta que los pueblos germánicos invasores de los territorios romanos en occidente, experimentaron un proceso de “romanización”. Esto nutrió abundantemente sus costumbres y sus instituciones jurídicas. Es gracias a este proceso que las raíces del Derecho germánico se integraron definitivamente en el pensamiento jurídico europeo. En otras palabras, en este punto de la historia el Derecho romano realmente no desapareció, sino que evolucionó a través del fenómeno de la vulgarización.

Por otro lado, el imperio romano de oriente continuó existiendo hasta el año 1453 d.C. y se vio influenciado por la cultura jurídica bizantina (Fernández de Buján, 2016). Uno de los personajes más

importantes de este periodo fue el emperador Justiniano, quien tuvo como principal objetivo durante su mandato recuperar las tierras invadidas del imperio y compilar los más importantes escritos jurídicos romanos que —hasta el año 533 d.C.— no se aplicaban de manera uniforme (Islas, 2009).

Los esfuerzos de Justiniano permitieron elaborar una de las recopilaciones más significativas en toda la historia del *Civil Law*: el *Corpus Iuris Civiles*. Tal como comentan Campillo y Restrepo (2016), el *Corpus Iuris Civiles* fue una recopilación que incluía cinco textos, entre ellos el Codex, el Digesto, las Institutas, el Codex Iustinianus y las Novelas. Estos eran libros compilatorios de las principales prácticas e instituciones jurídicas del Derecho romano, por lo que permitieron uniformizar su estudio.

Sin embargo, la gran hazaña de Justiniano no rindió los frutos que él esperaba —por lo menos no en el imperio bizantino— y aunque se hizo referencia al *Corpus Iuris* en la capital del imperio y algunas de las universidades de Derecho más importantes, como Constantinopla, Berito y Alejandría, el impacto práctico fue mínimo (Margadant, 1986, p. 63). De hecho, en palabras del autor:

Esto se explica por la inercia de la vida social, por el nivel modesto de la cultura general y por la creciente orientalización de la vida. Resulta interesante que una obra práctica tan dudosa en su propia época, haya llegado a tener una autoridad tan aplastante bajo otro cielo, muchos siglos después (1986, p. 63).

En su momento, la obra de Justiniano no logró revitalizar de importancia a las instituciones del Derecho romano al nivel que él pretendía. Eso no significa que el Derecho romano haya quedado definitivamente relegado; cada uno de los intentos en la historia por redescubrir las fuentes del Derecho romano serían fundamentales para la llegada de un acontecimiento que definiría el *Civil Law* como lo conocemos hoy. Cuando Margadant hace alusión a que la labor de Justiniano gozaría de autoridad muchos siglos después, se refiere al periodo llamado “la segunda vida del Derecho romano”.

Esta segunda vida se identifica con la recepción del Derecho romano que realizan los pueblos bárbaros de occidente a raíz del descubrimiento del Digesto —la sección más importante del *Corpus Iuris*— por parte de Irnerio en el siglo XII (Bernal, 2010, p. 107). Como señala la autora (2010, p. 107), todo indica que Irnerio fue un juez del tribunal de justicia de la condesa Matilde en Italia y, tras instalarse en la Universidad de Bolonia, en el año 1070 fundó la Escuela de Glosadores. Los glosadores son los personajes, entre ellos juristas y académicos del Derecho, que se encargaron de comentar y explicar las instituciones del Derecho romano que identificaron en el Digesto. Básicamente, los glosadores permitieron aquello que Justiniano tanto anhelaba: la resignificación del ordenamiento jurídico romano.

La recepción del Derecho romano fue un proceso “(...) lento, paulatino y generalmente inconsciente, de asimilación del Derecho de un pueblo por otro” (Bernal, 2010, p. 108). Con lo cual, la labor de los glosadores fue fundamental para expandir la aplicación del *Corpus Iuris*. Esta labor consistió específicamente en elaborar glosas que interpretaban y aclaraban los textos jurídicos contenidos en la obra de Justiniano desde una perspectiva dogmática, es decir, los glosadores tenían el objetivo de adaptar el Derecho romano a su época para convertirlo nuevamente en un Derecho vigente (Bernal, 2010, p. 108). Es por este motivo que a esta época del *Civil Law* se le llama como su “segunda vida”, pues el Derecho romano comenzó a recobrar relevancia una vez que los glosadores interpretaron y adaptaron sus instituciones al contexto en donde vivían. Es, de alguna manera, una nueva etapa de sincretismo cultural por la que atraviesa el Derecho romano y que le permite iniciar su consolidación en Europa como la principal tradición jurídica.

Así, Fernández de Buján llega a la siguiente conclusión:

Lo que se produce a finales del siglo XI en Bolonia es el definitivo desarrollo de la ciencia jurídica europea, la comunicación entre pueblos y naciones independientes de Europa, que se cohesionan a través del gran tronco que supone primero el Derecho Romano, considerado como el Derecho natural o la razón escrita, y con posterioridad el Derecho canónico, que nace con pretensiones de universalidad y de autoridad moral. La unión de ambos derechos (*utrunque ius*) es lo que se denomina Derecho común (*ius commune*) (2016, p.279).

El estudio del *Corpus Iuris* se expande por los siglos XIV y XV gracias a la aplicación directa que realizaron los tribunales como un Derecho vigente, la influencia que tuvo en las legislaciones y juristas encargados de documentar los usos sociales de la época (Fernández de Buján, 2016, p. 281). Finalmente, este proceso desembocó en la recepción por parte de Francia y Alemania, quienes luego se convertirían en los principales exportadores de la codificación para el mundo occidental gracias a la elaboración del Código Civil francés en 1804 y el Código Civil alemán en 1900. Al respecto, Dainow agrega lo siguiente:

During the ensuing centuries and in the Middle Ages, the Roman law was eclipsed in many parts of Europe. However, it reappeared different times and in various ways, it was modified and reinterpreted, and by the eighteenth and nineteenth centuries it had acquired the profound appreciation of European jurists and scholars. Roman law was at one of the peaks of its prestige when the several political unifications of Western Europe led to the unification of the private law in the national movements of codification, especially in France and in Germany. [Durante los siglos siguientes y en la Edad Media, el Derecho romano fue eclipsado en muchas partes de Europa. Sin embargo, reapareció en diferentes épocas y de diversas formas, fue modificado y reinterpretado, y en los siglos XVIII y XIX había adquirido el profundo aprecio de los juristas y estudiosos europeos.

El Derecho romano se encontraba en uno de los picos de su prestigio cuando las diversas unificaciones políticas de Europa Occidental llevaron a la unificación del Derecho privado en los movimientos nacionales de codificación, especialmente en Francia y en Alemania] (1967, p. 421).

En ese sentido, la razón de que el sistema romano germánico sea también la tradición jurídica predominante en todo Latinoamérica obedece a la recepción realizada por Francia y Alemania, principalmente. En el caso peruano, es de basto conocimiento que, adicionalmente, se recibió influencia de la tradición española e italiana, y todo ello responde a un proceso complejo que se conoce como *legal transplant*, del cual nos ocuparemos en esta investigación. De manera general, los principales códigos latinoamericanos, como lo son el chileno (1857) y el brasilero (1859), se basaron en el Code Civile napoleónico y el BGB, respectivamente.

Al respecto, Fernández de Buján (2016, p. 293) sostiene que, en la Francia de los siglos XVII y XVIII, los romanistas Domat y Pothier influenciaron la codificación napoleónica y, a través de ella, al resto de codificaciones europeas. El Código de Napoleón está basado en el Derecho romano, la costumbre de París y el Derecho germánico. En palabras del autor: “El Derecho civil emanado del Código fue considerado <nuevo, uniforme y monolítico> para toda la nación” (2016, p. 294). Ello es así, pues, su redacción fue pensada como para ser accesible y entendible por cualquier ciudadano francés, independientemente de su nivel de educación. Naturalmente, la recepción final que realiza cada uno de estos países con respecto al sistema romano germánico, se ve muy nutrida de sus propias circunstancias políticas y sociales. Tal es así que, con la obra jurídica de Napoleón, se consolidó en Francia el liberalismo. De modo que, el Código francés se basó en la propiedad privada, la libertad contractual y la autonomía de la familia patriarcal (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 238).

Por otro lado, De Maekelt y Madrid (2003, p. 296) comentan que la recepción del Derecho romano en Alemania llegó de la mano de la Escuela Histórica del Derecho, fundada por Savigny, quienes se ocuparon de justificar la recepción del sistema legal romano. De manera similar a lo que sucedió en Francia, la escuela Pandectista —continuada de la Escuela de Savigny— se encargó de adaptar este Derecho a la sociedad germánica. Sin embargo, el excesivo formalismo jurídico con el que se llevó a cabo dicha labor ocasionó que el Código Civil alemán (BGB) fuera bastante técnico y, en consecuencia, poco accesible al pueblo. De tal forma que, el BGB fue un código que también adaptaba el sistema romano germánico a sus propias circunstancias, pero pensado más bien para el entendimiento de los juristas y académicos alemanes. De cualquier forma, ello no evitó que el BGB se convierta en el segundo código más importante del Derecho romano germánico y, en palabras de las autoras a las que se ha hecho referencia previamente:

El BGB supone importantes innovaciones respecto al Código de Napoleón, en la medida en que recoge soluciones propias de la tradición jurídica germánica, pero continúa teniendo una fuerte base romanística, mayor todavía que la propia del Código civil francés, dado que (...) el principal inspirador (...) también impulso del código alemán fue un romanista Pandectista: Windscheid (2003, p. 297).

En síntesis, el proceso por el cual el *Civil Law* se volvió una de las principales tradiciones históricas en el mundo responde a dos factores: primero, la evolución histórica que le es intrínseca permitió que sus bases, esto es, el Derecho romano y las instituciones germánicas, no se estancaran en ninguna etapa de la historia. A pesar de que se suele hablar solo de una segunda vida, lo cierto es que el sistema romano germánico ha permanecido vivo en numerables ocasiones gracias al constante sincretismo cultural que atraviesa desde la vulgarización de los pueblos bárbaros, hasta la recepción por parte de Francia y Alemania y su posterior exportación a territorios del nuevo mundo, que no es otra cosa que un gran ejemplo de proceso de trasplante legal. Segundo, y en íntima relación con lo anterior, la exportación de este sistema a través de fenómenos históricos como la colonización del Latinoamérica, ha permitido que su presencia no se vea limitada al territorio europeo. Este es definitivamente un elemento que le permitió seguir expandiéndose y nutriéndose cada vez más de diferentes culturas e idiosincrasias.

1.1.2 La tradición jurídica del *Common Law*

Ahora bien, la segunda tradición jurídica más importante corresponde a la familia del Derecho común anglosajón, también conocido como el *Common Law*. Aunque sus raíces se remontan a territorios muy cercanos de lo que fue el imperio romano, el origen del *Common Law* tiene particularidades que lo diferencian desde sus inicios con el *Civil Law*. Esto es así, pues, el mundo anglosajón no fue muy romanizado y, de acuerdo a Van Caenegem, esto supuso un alejamiento progresivo de la cultura y del Derecho romano. Con lo cual, el Derecho común es propiamente inglés (como se citó en Fernández de Buján, 2016, p. 291).

De hecho, en palabras de De Maekelt y Madrid (2003), el *Common Law* recibió una influencia del sistema romano germánico durante la ocupación romana hasta principios de la ocupación normanda, pero para el siglo XIII el *Common Law* se desarrolló de manera completamente independiente. Es probable que la autonomía con la que se desarrolló el *Common Law* se deba a una conjunción de diversos factores sociales y políticos, entre ellos, principalmente, el hecho de que los habitantes de los territorios que hoy conocemos como el Reino Unido, tenían una cultura y forma de vida muy distinta a la de los pueblos romanos; sumado a la dificultad que tuvo el imperio romano en defender la provincia de Britania de las invasiones bárbaras en un territorio de ultramar.

De acuerdo a las historiadoras, el *Common Law* halla sus orígenes incluso antes de la invasión normanda en el siglo XI. Al respecto, De Maekelt y Madrid (2003, p. 242) comentan que se trataba de un Derecho primitivo, muy similar a las leyes bárbaras, con la única diferencia de que se escribía en inglés y no en latín. Tras la ocupación de los romanos en el siglo I —una ocupación que duraría cuatro siglos— no se impuso su sistema legal en el territorio inglés, lo cual también explicaría que los pueblos hayan mantenido su Derecho consuetudinario. Esto es lo que se puede llamar el primer periodo del *Common Law*, una etapa del Derecho rudimentaria, muy nutrida de las formas de vida anglosajona.

Posteriormente, en el año 1066, los normandos, dirigidos por Guillermo el Conquistador, invaden Britania y surge así el segundo periodo del *Common Law*, que duró hasta el año 1485 con la culminación de la dinastía de los Tudor (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 242). Es a partir de esta época que se desarrolla verdaderamente lo que hoy se conoce como *Common Law*, debido a la unificación que realiza Guillermo en todo el territorio. Las autoras agregan lo siguiente al respecto:

En efecto, luego de la victoria de Guillermo el Conquistador, se impone un régimen judicial centralizado que en la práctica respeta las costumbres judiciales locales, sometiendo ciertas materias a un Derecho impuesto por la corona que se aplica en forma <<común>> a todo el reino de Inglaterra (2003, p. 242).

En palabras de Gonzales (2006, p. 380), el Derecho inglés surge tras la comparación de los elementos comunes que Guillermo el Conquistador ordenó que se hiciera tras identificar similitudes en los reinos sajones. Morineau señala que, como resultado de ello, se constituyó la “comune ley”, esto es, el Derecho común que los tribunales debían aplicar en todo el territorio (como se citó en Gonzales, 2006, p. 380). En ese sentido, cobran importancia los tres tribunales reales —también llamados tribunales del *Common Law*— la *Court of Exchequer*, *Court of King’s Bench* y *Court of Common Pleas*. Estos tribunales debían buscar lo común entre las costumbres locales y unificar el Derecho, este fenómeno histórico da nacimiento a la institución que conocemos como *Common Law* (Gonzales, 2006, p. 381). Por tanto, el *Common Law* es un sistema jurídico que sirvió como una compilación de todas las prácticas que los habitantes anglosajones ya habían establecido en sus territorios. Más importante aún, el hecho de que las cortes hayan sido las principales encargadas de la unificación del Derecho desde sus inicios, puede explicar el rol activo y preponderante que tienen los tribunales del *Common Law* en la creación del Derecho, incluso hasta nuestros días.

En esa línea, De Maekelt y Madrid (2003) agregan que el Derecho del *Common Law* es una obra de las Cortes Reales de Justicia, los tribunales de Westminster que se basaban en el Derecho feudal, y de las jurisdicciones eclesiásticas basadas en el Derecho canónico. Así, pues, el *Common Law* nace de la

actividad judicial, ya que los soberanos confiaron a los jueces la labor de administrar justicia. Para poder acudir a estas cortes se debía acudir a un *Chancellor*, un funcionario real que redactaba un *writ*. Este documento daba lugar al pago de tasas para los procedimientos solicitados y llegaba al Rey, quien luego daría dicho *writ* a la Corte para que llamen al demandado a conocer la controversia (2003, p. 242).

Cada *writ* representaba un Derecho y si no se podía amoldar la situación de hecho a lo preestablecido por el *writ*, entonces no se tenía Derecho. Para evitar que el *Chancellor* cree demasiados *writs* nuevos en el ordenamiento y legislen a través de sus creaciones, se limitó su actividad a través del *Statute of Westminster*. Este estatuto estableció que solo podrían crearse *writs* similares a los existentes y, de no ser posible, los *writs* tendrían que ser creados por el legislador (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 243).

Para el siglo XV, el *Common Law* enfrenta una crisis ya que es severamente cuestionado por dos sistemas que convivían con él y eran menos formalistas. El primer sistema, llamado *Equity*, lo lideraba el *Chancellor* y este basaba sus decisiones en el Derecho natural, para lo cual usaba los recursos de la equidad. Por otro lado, el segundo sistema se ejercía por la Corte de Cancillería y se basaban en los precedentes (*case Law*) para dar respuesta a los conflictos (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 243). Esta crisis representa un momento cumbre en la historia del *Common Law*, puesto que la *Equity* no solo era una opción más atractiva para que la gente pueda resolver sus conflictos, sino que pasará a integrar el ordenamiento jurídico del *Common Law* como fundamento. Eso significa que muchas de las instituciones hoy vigentes, encuentran sustento en la Equidad, por ejemplo, tal como se verá más adelante: los *punitive damages*.

González indica que la *Equity* nace en el siglo XIV, ante el descontento de la población al no poder obtener justicia de los tribunales reales o los tribunales del *Common Law*:

De esta manera, los particulares llevaban sus quejas directamente al rey y este delegaba en los Cancilleres (...) la tarea de determinar la solución más justa, la equitativa (*Equitable*). En la *Equity* se tomaba en cuenta las circunstancias especiales del caso y sobre todo se tomaba más la intención que la forma. La Equidad pasó a ser parte de la estructura del Derecho inglés, convirtiéndose en otra la de creación del Derecho o de soluciones jurídicas (...) (2006, p. 382).

Es importante tener en cuenta la conclusión de la autora (2006, p. 382) y es que la *Equity* no surge independientemente del *Common Law*, sino que es parte de su sistema. Es decir, son complementarios el uno con el otro. Si la equidad desapareciera, el *Common Law* seguiría existiendo, pero no a la inversa. Entonces, el tercer periodo del *Common Law* surge cuando, entre 1832 y 1833, se decide entre uno de estos dos sistemas y optan por favorecer el sistema de *Equity* (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 243).

Ahora bien, es en el cuarto periodo que se unifican ambos sistemas, ya que durante las *Judicature Acts* de 1873 a 1875 se decide que el *Common Law* y la *Equity* debían ser administrados por los mismos tribunales y son ambas leyes las que logran la unificación judicial del Reino Unido (Gonzales, 2006, p. 384). Al respecto, De Maekelt y Madrid agregan lo siguiente:

La unificación judicial se consolida con la creación de la Corte Suprema de la Judicatura, con lo cual se unifica también el Derecho, y se resuelve el conflicto entre *Law* y *Equity*, dándose preferencia, en caso de contradicción, a las sentencias de las cortes de equidad. Esta consolidación también trae como consecuencia la eliminación de los *Writs* (2003, p. 244).

El *Common Law* se extiende a través de los países que pertenecen al *Common Wealth* de la corona inglesa. De modo que, el desarrollo particular del *Common Law* en los Estados Unidos de América es uno de los más representativos de esta tradición jurídica en el mundo. Al respecto, es interesante abordar brevemente cómo adoptó el vecino norteamericano el ordenamiento de la corona inglesa, pues lo cierto es que el *Common Law* inglés rigió las trece colonias inglesas desde 1608 hasta 1722 (Maekelt y Madrid, 2003, p. 245).

González (2006, p. 386) señala que el Derecho inglés no se adaptó muy bien a las colonias americanas, pues en pocas ocasiones era útil para las condiciones de vida y los problemas que surgían en una tierra por colonizar. Los fundamentos del *Common Law* inglés evidentemente parecían lejanos a las circunstancias de vida en América, un lugar en donde los colonos aún no habían establecido las bases de su sociedad. Tal como explica Oyarce-Yuzzelli (s/f, p. 12), en un principio los colonos no aplicaron estrictamente las leyes inglesas porque la necesidad de tribunales no era una de sus prioridades, sino la lucha por adaptarse a su nuevo entorno y los indios nativo-americanos. Así, en Massachusetts y Pennsylvania las controversias se resolvían principalmente basándose en la religión. Esto empezó a cambiar a inicios del siglo XVIII, cuando las colonias se involucraron comercialmente con Inglaterra y los manuales de Derecho inglés tuvieron mayor difusión en América.

La separación entre el *Common Law* inglés y el Derecho estadounidense se da de manera definitiva desde mitades del siglo XVIII con el nacimiento del movimiento independentista, cuando los colonos notaron que el Derecho inglés no ofrecía todas las respuestas a los problemas jurídicos específicos de la sociedad estadounidense. Así, “(...) en convivencia con el *Common Law*, se va desarrollando en las trece colonias un Derecho bastante primitivo, en el que la jurisprudencia será con frecuencia la fuente de referencia jurídica (...)” (Maekelt y Madrid, 2003, p. 245).

Es importante explicar la manera en que el Derecho americano se diferenci6 del Derecho ingl6s para comprender la evoluci6n del representante m6s contempor6neo del *Common Law*. Y es que, a raiz del movimiento independentista, Estados Unidos decidi6 modernizar el Derecho ingl6s y lo depur6 de los elementos feudales, de esta manera opt6 por una estructura de separaci6n de poderes inspirada en Montesquieu y consagrada en una constituci6n escrita (Maekelt y Madrid, 2003, p. 245). Adem6s, el Derecho del *Common Law* americano se diferencia por ser menos flexible a la adaptaci6n de normas codificadoras organizadas en compilaciones. Seg6n las autoras citadas (2003, p. 245), ello se explica por la tendencia a la simplificaci6n que tiene fundamento en el car6cter liberal de la sociedad estadounidense. En otras palabras, la impregna del liberalismo como caracteristica inherente de la sociedad norteamericana fue tal, que el *Common Law* estadounidense consider6 en sus inicios que la codificaci6n y compilaci6n de normas obstru6 el libre desarrollo del Derecho por parte de los tribunales.

Asimismo, en Estados Unidos el sistema jur6dico es federal, es decir, cada unidad territorial tiene un ordenamiento independiente del resto, donde prevalece el Derecho federal en estricto. En adici6n a ello, la regla del precedente es aplicada de manera m6s flexible que en Inglaterra y la ley es concebida de manera distinta tambi6n: mientras que en el Derecho ingl6s la ley escrita se entiende como excepcional, en Estados Unidos la gu6a de su ordenamiento es una ley escrita, esto es, la Constituci6n (Maekelt y Madrid, 2003, p. 247). Es importante disipar una posible confusi6n en este punto: la prevalencia de una ley escrita conocida como la Constituci6n norteamericana, no significa que el sistema estadounidense sea contradictorio frente a su rechazo de la codificaci6n de normas. La libertad con la que cuentan los tribunales de poder desarrollar seg6n su buen juicio el Derecho, no responde a normas preestablecidas en c6digos donde ya se hayan estipulado los remedios disponibles. Sin embargo, s6 se ve limitada por los derechos fundamentales establecidos en su Constituci6n, los cuales se configuran como principios esenciales que rigen el ordenamiento y la vida en la sociedad norteamericana.

En resumen, hasta este punto hemos recorrido brevemente la historia de los pueblos anglosajones de la provincia de Britania, hasta lo que hoy en d6a conocemos como el Reino Unido. De modo que, se puede constatar que el proceso evolutivo del *Common Law* responde a una serie de momentos cruciales en la historia que permiti6 unificar distintas costumbres de un pueblo que, aunque manten6a una identidad heterog6nea; encontraron mayores similitudes entre ellos mismos que con los romanos. Luego, de manera similar a la expansi6n del *Civil Law*, la importancia del Derecho com6n en el mundo contempor6neo responde a los procesos de colonizaci6n de la corona inglesa y, pese a que cada una de las colonias brit6nicas adopt6 a su propia manera el *Common Law* ingl6s, la recepci6n norteamericana no deja de ser una de las m6s interesantes a la fecha. Encontr6ndose los colonos en el nuevo mundo, enfrentaron una crisis despu6s de recibir un sistema jur6dico que pocas veces hab6a enfrentado los problemas que los puritanos en tierras

indígenas llegaron a conocer: la colonización de tierras desconocidas, habitadas por los nativos americanos y la necesidad de establecer una sociedad desde cero en sus territorios. Estos factores llevaron a que el *Common Law* evolucione a una versión muy particular en los Estados Unidos a través de un necesario proceso de tropicalización del Derecho inglés.

1.1.3 El contraste entre las dos familias jurídicas: diferencias y similitudes

Ahora que se ha esbozado las diferencias inherentes al desarrollo evolutivo del *Civil Law* y el *Common Law*, se podrá realizar un análisis un poco más detallado sobre sus principales diferencias en función de las características más resaltantes de ambas tradiciones jurídicas. Esta labor de identificación paralela se realizará en función de los siguientes dos criterios: las fuentes del Derecho y su jerarquía, así como el rol de la codificación.

Respecto a las fuentes del Derecho, la tradición del *Civil Law* se caracteriza por otorgar un rol protagónico a la ley escrita. De tal forma que, en el sistema romano germánico, la ley es la forma general para crear el Derecho. Por esta razón, en el *Civil Law* los jueces solo aplican el Derecho ya creado previamente por el legislador. De esta manera, surge como pilar de estos ordenamientos el principio de legalidad, por el cual toda decisión judicial debe tener una base legal (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 248).

Las normas que aplica el juez de los sistemas del *Civil Law*, se caracterizan por ser generales y abstractas. Esto significa que dichas normas se basan en los principios declarados por el legislador que fundamentan el deber ser del comportamiento humano, es decir, estamos frente a un Derecho con una fuerte presencia del factor de moralidad social (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 248-249). Particularmente, agregaría que esto no significa que el sistema romano germánico base su ordenamiento en meras premisas sobre la moral de cada sociedad, sino que hay un consenso en la mayoría de países herederos de este sistema sobre los principios que deben guiar al Estado y al Derecho, por ejemplo, la libertad, la vida, la propiedad, entre otros principios liberales de la sociedad occidentalizada. En virtud de ello, el sistema del *Civil Law* parte de una concepción racionalista, donde es necesario emplear un método deductivo de elaboración de ideas generales que luego se aplicarán como principio general a los hechos de un caso.

En segundo lugar, la jurisprudencia también es fuente de Derecho en el *Civil Law*, pero no se le reconoce como obligatoria para los tribunales de inferior jerarquía. En palabras de Tetley: “(..) is only a secondary source of law of explanation” [(..) es solo una fuente de Derecho secundaria de explicación] (2000, p. 702). La razón de ser de esta forma de aplicar el Derecho, es que se busca proteger la separación de poderes, esto es, la concentración de poder excesivo en el juez. Por lo que, en esta tradición jurídica, los

pronunciamientos judiciales no pueden imponerse como criterio de resolución a casos futuros y surten efectos solo para el caso que se esté resolviendo en concreto (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 250).

Sin embargo, autores como Dainow, cuestionan la afirmación de que el juez del sistema romanista solo aplica la ley; por el contrario, el autor indica que cuando las cortes aplican la ley necesariamente la interpretan. Con lo cual, el juez termina “creando” Derecho eventualmente en alguna medida. Esto, a su vez, significa que cuando se utilizan precedentes, los jueces se basan en la interpretación creada anteriormente respecto de las normas escritas en discusión (1967, p. 426). Esto no significa que se carezca de la figura de los precedentes judiciales, pero definitivamente su presencia se ve sometida a un meticuloso análisis de parte de los altos tribunales para evitar que dichos pronunciamientos violen los principios consagrados en la codificación o la uniformidad del Derecho. Esta es una apreciación muy interesante porque nos permite aseverar que la creación del Derecho no se limita a literalmente crear nuevas normas para determinadas situaciones de hecho, sino también a nuevas interpretaciones de los principios y normas existentes que permitan otorgar a los ciudadanos nuevas y distintas salidas a sus conflictos.

Además, en la práctica jurídica de este sistema, las propias resoluciones emitidas por los altos tribunales son consideradas como fuentes confiables de precedentes que deben replicarse ante casos que presenten situaciones análogas. De Maekelt y Madrid sostienen lo siguiente al respecto: “La razón primordial descansa en el propio centro del sistema jurídico: la necesidad de una certeza y previsibilidad razonable, la demanda elemental de justicia según la cual casos parecidos han de ser tratados de manera parecida” (2003, p. 252).

En tercer lugar, la costumbre también es reconocida como fuente de Derecho en los sistemas del *Civil Law*. Sin embargo, es considerada como de menor importancia, por lo que se le atribuye la característica de complemento de la ley, nunca con suficiente fuerza como para derogarla (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 252). Precisamente por esta naturaleza es que discrepo de la idea de que los ordenamientos romano germánicos tienden a legalizar su moral porque, de ser el caso, la costumbre tendría un rol mucho más protagónico dentro de la jerarquía de las fuentes del Derecho. Lo cierto es que, de alguna manera la moral de cada sociedad siempre quedará impregnada en el Derecho que la rige, y por ello mismo, aunque la costumbre no tenga prioridad en el *Civil Law*, continúa siendo una fuente Derecho de todas formas.

En contraste, los principios generales del Derecho juegan un rol primordial dentro de este sistema legal, pues cumplen la función de afirmar los ideales de política legislativa que inspiran el Derecho positivo creado por el legislador. Así, las autoras señalan que: “Deben ser entendidos, desde el punto de vista dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla formado por ellos” (2003, p. 254). En consecuencia, tal como indican David

& Brierly, el *Civil Law* es considerado como un sistema “cerrado”, toda vez que los principios ya presentes en cada ordenamiento sirven para resolver cada potencial escenario que conflicto que surja (como se citó en Tetley, 2000, p. 706).

En quinto lugar, De Maekelt y Madrid (2003, p. 254) concluyen que la doctrina es considerada como fuente auxiliar de Derecho en el *Civil Law*. Ello, pues, como se aprecia del origen y surgimiento del sistema romano germánico, su propio nacimiento está extremadamente vinculado a la elaboración de jurisconsultos romanos y posteriores comentarios realizados por glosadores durante la Edad Media. En otras palabras, los comentarios a la ley realizados por estudiosos de la materia es una fuente que nace de la mano con el surgimiento del *Civil Law*. En ese sentido, la doctrina cumple un rol, aunque auxiliar, fundamental para desarrollar y esclarecer los principios generales del Derecho presentes en las diferentes normas y codificaciones. De acuerdo a David & Brierly, la función de la doctrina en el *Civil Law* es obtener las reglas y principios que clarificarán y descartarán elementos impuros de la materia de análisis, proveyendo una guía para solucionar casos particulares en el futuro (como se citó en Tetley, 2000, p. 701).

Por otro lado, respecto a la codificación, el *Civil Law* ordena sus normas de acuerdo a diversos códigos completamente esquematizados. Así, Tetley indica que los códigos del sistema romanista son el núcleo de este sistema legal, pues los principios generales del Derecho se sistematizan y ordenan en estos códigos (2000, p. 703). En adición a ello, Dainow (1967, p. 423) comenta que los códigos del *Civil Law* tienen el objetivo de abarcar exhaustivamente una figura jurídica y todo lo relacionado a ella a partir de los principios que la constituyen, no de sus definiciones o detalles. Lo cual es cierto, y es posible evidenciarlo en diferentes conceptos abarcados por los códigos civiles del Derecho romano germánico y la clase de definiciones que históricamente han brindado a instituciones como la propiedad o el negocio jurídico. Por este motivo, Dainow (1967, p. 423) considera que los códigos de este sistema no son cuerpos de reglas, sino cuerpos de principios.

Ahora bien, corresponde evaluar los mismos factores esta vez respecto al *Common Law*. Respecto a sus fuentes de Derecho, la jurisprudencia es considerada como la fuente principal y de mayor jerarquía. Ello se explica con la forma en cómo históricamente nació el *Common Law*. En palabras de Dainow: “During the formative period of English legal history, there was no strong central legislative body, but there were the powerful king’s courts” [Durante la etapa formativa de la historia legal inglesa, no existió un cuerpo legislativo central, pero sí existieron las poderosas cortes de los reyes] (1967, p. 424). Con lo cual, es posible explicar la predominancia de la jurisprudencia en esta tradición jurídica dado que se trata de un sistema que surge inherentemente relacionado a las reglas que los tribunales iban estableciendo. Es decir,

es un Derecho que se fue construyendo a la par que la jurisprudencia también crecía; a diferencia del *Civil Law* que se remitía desde siempre a las leyes escritas en cuerpos compilatorios.

La jurisprudencia goza de una posición protagónica porque el precedente jurisprudencial es entendido como una manifestación de los principios de la razón y del Derecho natural (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 250). Como consecuencia de ello, los precedentes tienen fuerza vinculante debido a una concepción mucho más rígida sobre su importancia. En otras palabras, los precedentes en el *Common Law* no son simplemente formas en las que otros tribunales resolvieron un caso, sino que representan la aplicación pura y viva del Derecho común a una controversia de la vida real. Así pues, la regla de obligatoriedad del precedente judicial es lo que se conoce como la regla *stare decisis* (González, 2006, p. 384).

Como explica González, para dar cumplimiento al *stare decisis*, se realizan reportes judiciales llamados *Law Reports*. En estos documentos se publican los casos para que puedan ser consultados por abogados y los jueces cuando necesiten consultar cómo han resuelto otros tribunales determinados casos. En el *Common Law*, la regla del *stare decisis* se desarrolla a través de los siguientes preceptos:

1. Las decisiones de la Cámara de los Lores constituyen precedentes obligatorios, a cuya doctrina deben atenerse todas las jurisdicciones.
2. Las decisiones de la Court of Appeal constituyen precedentes vinculantes para todas las jurisdicciones, inferiores jerárquicamente a este tribunal, incluida la propia Court of Appeal.
3. Las decisiones de High Court of Justice se imponen sobre las decisiones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un alto valor de persuasión, y a ellas se atienden, por regla general, las diferentes divisiones de la propia High Court of Justice (González, 2006, p. 384-385).

Para profundizar al respecto, Godoy (2019, p. 519) explica la regla del *stare decisis* señalando que la base del precedente es la certeza y el concepto de justicia en la ley, ya que no existe un único texto, sino una recopilación de sentencias que han fungido como laboratorio de Derecho. Esto es interesante porque, a diferencia de lo visto en el sistema del *Civil Law*, la certeza jurídica no la brinda un código o una ley escrita en papel, sino la misma actividad cotidiana de los jueces y tribunales. Una ley es justa y se tiene la certeza de cómo se aplicará en el *Common Law*, no porque así lo determine un texto de carácter jurídico oficial, sino porque así se ha comportado el Derecho a través de las cortes en un determinado periodo de tiempo y bajo determinadas circunstancias, como las que explicaba anteriormente González.

En adición a ello, es importante agregar y explicar los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta* en la formación de jurisprudencia del *Common Law*. Godoy menciona que la *ratio decidendi* es la opinión necesaria para el fallo final de la sentencia, por lo que es vinculante para cualquier tribunal, incluso si no está de acuerdo. Por otro lado, las *obiter dicta* son las opiniones adicionales que cada juez aporta a los razonamientos expuestos y, aunque pueden ser persuasivas, no son vinculantes (2019, p. 521). Por tanto, forma parte del precedente vinculante lo que sea considerado como la *ratio decidendi* que explica el razonamiento principal bajo el cual se soluciona un caso.

Es necesario precisar que esta característica del *Common Law* se ha visto flexibilizada en la recepción realizada por los Estados Unidos. De Maekelt y Madrid señalan lo siguiente: “En diferentes circunstancias, el *stare decisis* del *Common Law* norteamericano es, como en el *Civil Law*, no una regla sino simplemente un aspecto del comportamiento judicial al cual hay que atender” (2003, p. 252). De acuerdo a la definición de las autoras del *stare decisis*, esta es una regla formal que implica que la decisión de un tribunal de mayor jerarquía solo se vuelve obligatoria para un tribunal de menor jerarquía cuando los hechos y el Derecho que se discuten en los casos sean similares (2003, p. 252). Por tanto, es posible argumentar que —sobre este punto— el *Civil Law* y el *Common Law* norteamericano comparten un acercamiento relativamente similar, por lo menos en teoría, respecto a la vinculatoriedad de un precedente judicial.

En esa línea, Gonzáles (2006, p. 393) comenta que, aunque los pronunciamientos de los jueces pueden tener un efecto importante sobre el Derecho norteamericano, no todos los pronunciamientos tendrán la capacidad para lograrlo. La autora menciona que, solo cuando la situación de hecho controvertida requiera una declaración del Derecho con el fin de poder resolver el conflicto, el pronunciamiento de Derecho que haga el tribunal será determinante respecto al Derecho que se deberá aplicar para otros casos. En atención a ello, McKeever hace una precisión fundamental sobre cómo funciona la jurisprudencia en el *Common Law* estadounidense: “Realmente para el Derecho norteamericano, el análisis de la jurisprudencia constituye el núcleo de la actividad del jurista. Ni los veredictos de un jurado ni las resoluciones de los jueces que atañen a los hechos, forman parte de la jurisprudencia” (como se citó en Gonzáles, 2006, p. 393).

Con lo cual, si bien el *Common Law* norteamericano tiene un acercamiento más flexible respecto a la regla del *stare decisis*, el precedente es vinculante en tanto ha desarrollado un acápito necesario del Derecho que se encuentra en controversia. Es decir, no toda la jurisprudencia de este sistema se volverá vinculante, sino solo aquella que ha explicado o desarrollado una aplicación necesaria del Derecho ante un hecho controvertido. Es en ese momento que la resolución del tribunal se vuelve determinante para que otros tribunales sepan cómo aplicar el Derecho a un caso con circunstancias similares. Lo importante, al

final, no es la manera en cómo una corte analizó los hechos del caso, sino cómo le dio respuesta a un problema poco claro a través del Derecho. En palabras sencillas: como si se tratase de desanudar un nudo que se presenta por primera vez ante los ojos del juez.

Continuando con la descripción de la jerarquía de las fuentes del Derecho en el sistema del *Common Law*, la ley es una forma excepcional de crear el Derecho. Por lo que, se interpreta restrictivamente y, en consecuencia, no existe un principio de legalidad. Por el contrario, la ley escrita es entendida como una derogación del Derecho común. En este sistema legal es ampliamente aceptado que es precisamente a través de las sentencias de los jueces que se crea el Derecho (De Maekelt y Madrid, 2003, p. 248). Lo cual, naturalmente es coherente con la explicación de cómo y por qué la jurisprudencia es la principal fuente del Derecho en el *Common Law*.

Tal como comentan las autoras (2003, p. 249), en el *Common Law* las normas suelen ser concretas y particulares y esto se debe a su naturaleza casuística. Es decir, dado que el Derecho del *Common Law* busca resolver conflictos como objetivo principal, la tarea primordial de la jurisdicción ha sido pragmática a la hora de crear y administrar el Derecho. En otras palabras, este sistema parte de una concepción netamente pragmática, en donde el método empleado por el juez es inductivo y concreto a resolver el caso particular que se le presenta¹. Además, agrega Tetley (2000, p. 703), estas características en las normas del *Common Law* se deben a la propia función que cumplen los estatutos en el sistema. Dado que las cortes restringen las reglas a los hechos específicos que necesitan abordar, los estatutos necesitan ser —y de hecho son— precisos.

Por el contrario, en los Estados Unidos el Derecho legislador es la fuente principal, obviamente este cuerpo legal dependerá de la interpretación judicial que realicen los precedentes vinculantes. Por lo que, además de encontrar una ley, se tiene que analizar la interpretación judicial de la misma siempre. La autora explica que, dado que en existe una variedad importante de leyes que se publican por el Congreso, al final de cada periodo se compilan las leyes aprobadas en orden cronológico en el *United States Statutes at Large* y se mandan a publicar junto a la interpretación judicial que se les dio, para ambos luego formar el *United States Code* (USC) (González, 2006, p. 402).

De acuerdo a Tetley (2000, p. 703), esto se explica debido a que los estatutos en el *Common Law* complementan a los precedentes, toda vez que estos últimos son los que contienen la esencia de todas las leyes expresadas a través de reglas específicas a supuestos de hecho particulares. Tetley agrega:

¹ Esto no es excluyente de reconocer que en este sistema también existen cuerpos normativos dirigidos a regulación específica de ciertos sectores del mercado, pero ello no resta la evidente prevalencia en el *Common Law* que tiene el papel del juez y la jurisprudencia a la hora de resolver casos que se presentan en el día a día.

It is not surprising that the English word “law” means all legal rules whatever their sources, while the French word “loi” refers only to written statutory rules. The word “droit” in the French civil law is the equivalent of “law” in the English common law. [No es de extrañar que la palabra inglesa "law" signifique todas las normas legales independientemente de su origen, mientras que la palabra francesa "loi" se refiere únicamente a las normas legales escritas. La palabra "droit" en el Derecho civil francés es el equivalente de "Derecho" en el Derecho consuetudinario inglés] (2000, p. 703).

Ahora bien, la costumbre en el *Common Law* también tuvo mucho protagonismo pues, durante el desarrollo temprano del Derecho criminal y el Derecho de familia inglés, fue la principal fuente empleada para resolver casos (De Maekelt y Madrid, 2003). De hecho, Glendon, Gordon y Osakwe comentan que “en la actualidad pocas normas consuetudinarias existen separadas del *Common Law*, la mayoría de ellas ha sido modificada por costumbres generales, las cuales, a su vez, han sido integradas al *Common Law*” (como se citó en De Maekelt y Madrid, 2003, p. 253). Esta es una diferencia importante porque, como se explicó en la sección anterior, en el *Civil Law* la costumbre nunca podría modificar una norma. Sin embargo, en el *Common Law* se observa que la costumbre es una fuente primigenia del Derecho.

Luego, la doctrina en el *Common Law* es una fuente a la que, en principio, no se le presta mucha atención ya que este sistema es activamente creado y desarrollado por las decisiones de los jueces y, como tal, los operadores del Derecho se basan en la práctica judicial antes que en la opinión de la doctrina. No obstante, De Maekelt y Madrid (2003) señalan que, hoy por hoy, cada vez es más empleada y aplicada, Esto se evidencia por el aumento de citas a fuentes doctrinales de parte de los jueces en sus fallos. Además, según Glendon, Gordon y Osakwe, la doctrina es útil a estudiantes, abogados y jueces para organizar y analizar sistemáticamente el *case law* (como se citó en De Maekelt y Madrid, 2003, p. 255). Con lo cual, podríamos concluir que la doctrina cumple un rol similar tanto en el *Civil Law*, como en el *Common Law*.

Finalmente, respecto a la codificación en el *Common Law*, lo cierto es que este sistema se rige por su naturaleza práctica y consuetudinaria, ignorando casi por completo los sistemas de codificación. En la cuna del *Common Law* –el Reino Unido– hay una poderosa oposición a la tendencia de codificar pues, el *Bar* y la *Law Society*, es decir, los organismos representantes de la profesión legal inglesa, son un lobby de postura conservadora que ha retrasado y se ha opuesto en diversas oportunidades a las propuestas de codificación. En palabras de De Maekelt y Madrid: “También existe la errónea creencia según la cual, cuando la Ley es reducida a la forma de un código, se hace disponible al público quien por ende dejará de tener la necesidad de solicitar ayuda de expertos o consejeros legales” (2003, p. 263).

La suerte que el proceso de codificación ha seguido en el *Common Law*, especialmente en Inglaterra, responde a una importante diferencia en el método que emplean los países de tradición romano

germánica y los países del *Common Law*: aunque ambos traten de sistematizar sus normas, el producto final será diferente en ambos casos. De acuerdo a Denis Tallon, la razón de esto es la diferencia del método declarativo de principios que sigue el *Civil Law* y el método pragmático que se siguen en el *Common Law* (como se citó en De Maekelt y Madrid, 2003, p. 264). Es decir, el *Civil Law* tiende a declarar explícitamente los principios generales del Derecho que regirán el ordenamiento jurídico y esto explica el vasto sistema de codificación con el que cuentan los herederos de la tradición romana germánica.

Por otro lado, un sistema que no recurre a principios generales, sino al Derecho consuetudinario de las cortes, naturalmente no obtendrá el mismo resultado a la hora de sistematizar sus normas. De hecho, De Maekelt y Madrid (2003, p. 264) hacen una precisión importante respecto a la codificación en los Estados Unidos, y es que pertenece a los pocos países del *Common Law* que actualmente han optado por crear códigos, o cuerpos legales similares, para regular ciertas materias. Sobre este punto resulta interesante retomar el punto de los *Restatement Acts* ya que, ciertamente han sido identificados como participes de una tendencia codificadora en Norteamérica. Al respecto, Gonzáles (2006, p. 399) señala que efectivamente estos documentos buscan exponer de la manera más exacta posible, todas las soluciones armónicas que puedan encontrar en el *Common Law* americano y que han sido resueltas de forma general por los tribunales. Para David y Jauffret-Spinosi “son una especie de Digesto, de cada rama del Derecho, ya que contienen las decisiones judiciales, ordenadas sistemáticamente, por materia” (como se citó en Gonzáles, 2006, p. 399).

No obstante, como agrega la autora (2006, p. 399), es importante diferenciar la naturaleza de un *Restatement* y la de un Código. El *Restatement* es una obra privada y su autoridad se reconoce en función de sus compiladores, quienes varían de acuerdo a cada edición, por lo que es razonable que la fiabilidad de cada edición varía de acuerdo al compilador a cargo, dependiendo de su prestigio y reputación. Con lo cual, aunque podría asemejarse a la actividad codificadora de los países pertenecientes al *Civil Law*, existe una diferencia fundamental: los códigos y compilaciones del *Civil Law* responden a ediciones oficiales emitidas por los órganos de gobierno, no por casas editoriales privadas. Por tanto, Gonzáles llega a la conclusión de que bajo ningún caso Estados Unidos emplea los *Restatements* como un Código (al menos no de la misma manera en como los países del *Civil Law* emplearían uno de sus códigos de Derecho).

En suma, lo cierto es que en el *Common Law* la falta de codificación no representa un problema para los jueces a la hora de tener que resolver un caso donde no exista previamente una norma que dé solución al conflicto. Tal como señala Dainow (1967), el juez del *Common Law* simplemente debe tomar la decisión de encontrar o crear una regla que resuelva el caso. Naturalmente, para ello no resulta imprescindible contar con un cuerpo normativo por escrito, como sí sucede en el *Civil Law*.

En resumen, las principales diferencias del *Civil Law* y el *Common Law* radican, como era de esperar, en el propio origen y contexto que vio a cada uno de estos sistemas jurídicos surgir en la historia. El *Civil Law* propiamente como un fruto de la reivindicación de las fuentes del Derecho romano de parte de juristas alemanes y el *Common Law* es producto de la unificación de tierras anglosajonas bárbaras con costumbres y un idioma completamente diferente. Las diferencias no hacen sino más que agudizarse respecto a las características principales de ambas tradiciones jurídicas. De tal forma que, particularmente, encuentro más representativa la diferencia sustancial en el rol que se le otorga a lo que cada sistema considera como la fuente de Derecho principal: la ley escrita vs. la jurisprudencia. Fuera de ello, considero que la forma de ser del Derecho contemporáneo (infectado por la globalización) y la adopción del Derecho común por parte de un país mucho más cercano a Latinoamérica como lo es Estados Unidos, ha permitido que las barreras —otrora fuertemente delimitadas— ahora parezcan mucho más difusas.

1.2. *Breach of contract*: la responsabilidad contractual según el ordenamiento norteamericano

Ahora bien, una vez entendidas las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*, corresponde señalar concretamente cómo funciona el sistema de la responsabilidad civil contractual en el *Common Law* de los Estados Unidos de América. Naturalmente, al ser esta una tradición jurídica que guarda diferencias importantes con el Derecho peruano, como hemos presentado, se profundizará en las premisas que explican esta institución norteamericana. Para ello, primero se expondrá lo lógica del *breach of contract* en el *Common Law* norteamericano; luego se especificarán los criterios de cuantificación que se utilizan para otorgar las indemnizaciones que corresponden como remedio, esto es, los llamados *damages*; finalmente, se definirá con mayor precisión la diferencia histórica entre el *Contract Law* y el *Tort Law*. Particularmente, nos centramos en el caso de Estados Unidos porque, como se verá más adelante, la popularización de los *punitive damages* se dio en este ordenamiento del *Common Law* y la mayor parte de referencias a esta figura se realizan de parte del sistema americano.

1.2.1. ¿Cuándo se concede una indemnización en los casos de *breach of contract*?

La responsabilidad contractual norteamericana se enmarca dentro de lo que el *Common Law* conoce como *Contract Law*, por su traducción literal al castellano, Derecho de los contratos. Birmingham (1970, p. 274) comenta que el *Contract Law* americano se sustenta en las ideologías económicas sobre el emprendimiento que surgieron alrededor del siglo XVIII y XIX. En otras palabras, el autor explica que las reglas del *Contract Law* son un producto del curso natural de la Revolución Industrial. Por este motivo, los postulados fundamentales del Derecho de los contratos están inevitable e íntimamente relacionados a las premisas del sistema de la libre empresa (1970, p. 274).

Farnsworth (1970, p. 1146) explica que en los Estados Unidos de América el diseño de la responsabilidad contractual se sostiene sobre un sistema de remedios que se activa frente a la responsabilidad objetiva y no la responsabilidad basada en la culpa. Es decir, aquí es irrelevante evaluar la conducta del causante para determinar el alcance de su responsabilidad. El hecho de que la responsabilidad civil se active frente a la responsabilidad objetiva significa que el mero incumplimiento que ocasione un daño, hace responsable al causante.

Esto implica que el sistema legal estadounidense apunte, no hacia la obligación de las partes por evitar y prevenir incumplimientos (*compulsion*); sino hacia el alivio de los contratantes una vez que el incumplimiento ya sucedió (*relief*) (Farnsworth, 1970, p. 1147). Entonces, Farnsworth concluye que en este sistema la pregunta no es ¿qué podemos hacer para que las personas cumplan sus promesas?, sino ¿cómo podemos incentivar a las personas a lidiar con aquellos que hacen promesas? Con lo cual, esta es una diferencia importante en el enfoque de la responsabilidad civil como sistema entre Perú y los Estados Unidos: el *Civil Law*, como regla general, busca prevenir los incumplimientos y responde a través de remedios que resarcen a la víctima cuando ese incumplimiento le haya causado daño. Por el contrario, en el *Common Law* norteamericano, existe un enfoque que le permite al causante incumplir (a veces lo incentiva) y le da una serie de opciones con las que luego puede aliviar el daño causado por su incumplimiento.

El correcto planteamiento de esta pregunta (¿cómo podemos incentivar a las personas a lidiar con aquellos que hacen promesas?) es muy importante para entender cómo funciona realmente la responsabilidad contractual en los Estado Unidos. De hecho, como señala Farnsworth (1970, p. 1147), esta forma de entender el sistema se sostiene en la libertad contractual como principio del Derecho estadounidense, toda vez que uno no solo tiene la libertad de celebrar contratos, sino también una libertad considerable para romperlos. Esta libertad, evidentemente, también existe en los países que se rigen por el *Civil Law*, pero, como se empieza a constatar, el enfoque entre ambos sistemas cambia el protagonismo que se le da a cada una de las partes. En los Estados Unidos, existen remedios que surgen como respuesta a las alternativas que se le presentan a la parte incumplidora; mientras que, en Perú, los remedios surgen priorizando a la víctima, o sea, a la parte que sí cumplió sus obligaciones en la relación contractual.

Ahora, para responder a la pregunta de cómo podemos incentivar a que las personas lidien con aquellos que prometen cosas y luego las incumplen, debemos precisar ciertos conceptos. De acuerdo a Cooter (1985, p. 1435), el concepto *injury*, que se traduce literalmente a lesión, puede tener dos significados: por un lado, habrá lesión cuando el sujeto esté peor a como hubiera estado si el contrato se hubiera cumplido; por otro, habrá lesión cuando el sujeto esté peor a como lo estaría si nunca hubiera

pactado un contrato. En el primer escenario, el interés que se protege es conocido como *expectation interest* (interés en las expectativas), mientras que el segundo escenario recoge un *reliance interest* (interés en la confianza depositada).

Estas dos acepciones corresponden a dos objetivos distintos de las indemnizaciones previstas por la responsabilidad contractual. La indemnización de expectativas busca colocar a la víctima en la posición en la que estaría si el contrato se hubiera cumplido. Por el contrario, la indemnización de la confianza depositada busca colocar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba antes de realizar el contrato.

Entonces, a la pregunta formulada anteriormente, el ordenamiento estadounidense responde de la siguiente manera: se busca proteger las expectativas de la parte afectada en caso de incumplimiento contractual. De tal forma que, el objetivo principal es colocar al contratante en la misma posición en la que estaría si es que el contrato se hubiera cumplido. Tal como explica el autor, esto se alcanza a través de ofrecerle al contratante un remedio basado en sus expectativas defraudadas, el cual se calcula mediante la ganancia neta que hubiera obtenido si la promesa se hubiera cumplido (Farnsworth, 1970, p. 1147).

En palabras de Alpa (2014, p. 31) los *expectation damages* están dirigidos al resarcimiento del *loss of bargain*, es decir, al lucro cesante. Este está constituido por el daño inmediato causado por el incumplimiento de la prestación pactada y por el daño derivado como consecuencia directa de dicho incumplimiento. Así, el interés que se protege en los casos de responsabilidad contractual es el “*expectation interest*”, es decir, la expectativa que tenía la parte cumplidora de que su contraparte ejecute las obligaciones a su cargo. En palabras de Fuller y Perdue, este interés se basa en algo que el contratante en realidad nunca tuvo, pero es solo justificable reponerlo para incentivar y proteger la confianza en las promesas (como se citó en Farnsworth, 1970, p- 1148). Ello, pues, este es un interés superior que se sostiene en la subsistencia del mercado mismo: podemos realizar transacciones y negocios precisamente porque confiamos en que los demás cumplirán sus promesas. Con lo cual, el ordenamiento norteamericano considera fundamental otorgar un remedio que proteja la confianza de las personas que interactúan en el mercado.

Existe un caso principal en los Estados Unidos que permite ilustrar prácticamente cómo se calculan las indemnizaciones a través del *expectation interest* y cómo se calcularía en un sistema que priorice el *reliance interest*. Este es el caso *Hawkins v. McGee*, comentado por Cooter de la siguiente manera:

Un cirujano promete a un niño dejar su mano herida en condiciones perfectas. Bajo la concepción de las expectativas, la situación sin lesión es el paciente en caso el cirujano cumpla su promesa. Asumamos que después de la operación, la condición de la mano era 25% mejor. La indemnización

por expectativas se calcula con el monto de dinero necesario para que ese porcentaje alcance el 100% de la perfección que le fue prometida.

Ahora, bajo la concepción de la confianza depositada la situación sin lesión es el paciente en caso en caso nunca hubiera contratado con el doctor. En este caso, imaginemos que si el niño nunca hubiera tenido contacto con el cirujano, su mano sería solo un 50% perfecta, mientras que después de la operación la condición de su mano disminuye a un 25%. Mediante la compensación de la confianza depositada la indemnización se calcula con el monto de dinero necesario para que la mano vuelva a estar en una condición de 25% (1985, p. 1437).

Evidentemente, cuando los daños se calculan sobre la base del interés en las expectativas el monto de la indemnización será mayor (75%) al monto que podrá recibir una víctima del incumplimiento si la concepción adoptada fuera la de la confianza depositada en el contrato (25%). Asimismo, emplear el criterio de las expectativas para calcular el monto de indemnización ante un incumplimiento contractual implica que el sistema rechaza el concepto de obligar a los sujetos a cumplir por obligación sus contratos, esto es, de ser un sistema que apunte hacia la *compulsion*, tal como explicamos líneas antes.

El concepto de *breach of contract* —o incumplimiento contractual por su traducción literal al castellano— ha sido definido, general y tautológicamente, como el no cumplimiento de un deber legal establecido en un contrato. Para evitar esta definición tautológica, Burton (1980, p. 374), se propuso graficar el *breach of contract* desde el análisis económico de cómo funcionan las promesas explícitas y válidas en el mercado. Así, una promesa ha sido tradicionalmente entendida como el compromiso de que, en el futuro, existirá una transferencia de bienes, servicios o dinero; mientras que el destinatario de esta promesa se encuentra justificado de confiar en ella desde que surge, hasta que efectivamente se cumple.

Por lo que, es razonable decir que la observancia y ejecución de las promesas resultan ser buena herramienta para distinguir los bienes del presente y los bienes prometidos en el futuro. Además, permite que, a la expectativa del destinatario de la promesa de recibir bienes en el futuro, se le otorgue la cualidad de propiedad en el presente (Fuller y Perdue, como se citó en Burton). Con lo cual, explica Burton, cuando se requiere que la parte incumplidora compense la expectativa defraudada de la contraparte, se está promoviendo la seguridad en las relaciones contractuales y la confianza en las promesas que hace la gente (1980, p. 374). En realidad, la posibilidad de que las expectativas puedan ser protegidas a través de una indemnización es el único elemento que sostiene la confianza en la palabra de las demás personas y permite que los contratos tengan hoy en día el rol fundamental que tienen en la contratación. En tal escenario, las expectativas han dejado de ser simples ideas en la cabeza de las personas que deciden vincularse

contractualmente y se transforman en una suerte de propiedad semi tangible que merece protección por parte del ordenamiento.

Burton explica el *breach of contract* tomando como base que todas las acciones —contratar, no contratar, cumplir o incumplir— tienen un costo y este debe ser reconocido “(...) as the value of the next best opportunity necessarily forgone by taking that action.” [(...) como el valor de la oportunidad perdida por haber tomado cierto curso de acción.] (1980, p. 375). Esto siempre será así porque los recursos, los servicios, el dinero y las oportunidades en general son escasos y cuando se plasman expectativas sobre bienes futuros en un contrato, el costo de contratar y el costo de cumplir se disipan en el tiempo (en el presente y el futuro, respectivamente). Sin embargo, para que las expectativas puedan adquirir la cualidad de propiedad en el presente, se necesita disipar esa diferencia en el tiempo sobre los costos implicados en la acción de contratar y de cumplir.

El autor (1980, p. 375) utiliza un ejemplo sencillo para graficar esto: imaginemos que el costo de contratar a una persona para que nos construya una piscina es \$3000. En este ejemplo, solo construir una piscina en realidad cuesta \$500. El restante, es decir, \$2500, es dinero que se paga conforme el trabajo va avanzando. Entonces, los \$500 iniciales tendrían que poder incluir los costos de recabar información para evaluar oportunidades alternativas de negocio, de negociar, de preparar el contrato, y también el valor de todas las otras oportunidades perdidas ya que los recursos se destinaron a esta piscina (por ejemplo, la oportunidad de que otra persona diseñe la piscina deseada, de construir una cancha de tenis, o de comprar un auto, etc).

Como se aprecia, si mantenemos íntegra la diferencia entre el costo de contratar en el presente (\$500) y el costo de cumplir en el futuro (\$2500), nunca se podría asumir los costos en su totalidad, por lo que —para asegurar la confianza en las promesas— el *expectation interest* requiere que “(...) enforceable promises for an exchange in the future be given present effect.” [(...) las promesas exigibles por un intercambio en el futuro tengan un efecto en el presente] (1980, p. 375). Por tanto, al costo de contratar se le debe agregar, en el presente, el costo de cumplir. Eso significa que el costo legal de contratar a una persona para que construya una piscina por \$3000 es, consecuentemente, \$3000.

Este fenómeno fue antiguamente llamado *presentiation*² por los juristas americanos: “Presentiation is thus a recognition that the course of the future is bound by present events, and that by those events the

² Es un verbo transitivo obsoleto que viene del “*to presentiate*”, literalmente significa hacer presente algo en tiempo o espacio.

future has for many purposes been brought effectively into the present.” [Presentificar³ algo es reconocer que el compromiso futuro está obligado por eventos presentes, y a través de esos eventos el futuro ha sido por diferentes objetivos efectivamente traído al presente] (MacNeil, 1974, p. 589). El autor sugiere que, aunque este fenómeno está presente todo el tiempo en la vida cotidiana, rara vez se habla de él explícitamente.

No obstante, el sistema contractual es una de las mejores expresiones intelectuales de *presentiation* (1974, p. 591). Esto es así precisamente por lo explicado en los apartados anteriores, los contratos son la herramienta que tenemos para hacer presente algo que en realidad aún no ha sucedido y, en teoría, no es posible saber si sucederá. De hecho, la libertad de las personas es lo único que puede frustrar este fenómeno porque esa libertad es un limitante para saber cómo actuarán en el futuro. Entonces, señala MacNeil, el concepto de *presentiation* es útil para entender el *Restatement (Second) of Contracts* porque este compendio, en vista de que la libertad y el libre albedrío de las personas puede ser una limitación, se basa en la manifestación del consenso mutuo (1974, p. 591).

1.2.2. La teoría del incumplimiento eficiente o *efficient breach of contract*

Hasta este punto se ha identificado brevemente las principales características de la responsabilidad civil contractual en los Estados Unidos; sin embargo, existe un aspecto teórico en el que vale la pena profundizar porque será útil para comprender la figura de los *punitive damages* más adelante: la teoría del incumplimiento contractual eficiente. Un elemento interesante de la responsabilidad contractual norteamericana es la *theory of efficient breach of contract*. Esta teoría, según lo explica Scalise, sostiene que en algunas circunstancias incumplir un contrato es tan rentable para el deudor, que será capaz de compensar luego a la parte afectada. De esta manera, ninguno de los dos se verá perjudicado económicamente respecto a cómo se encontraría de haberse cumplido el contrato. En estos casos, la teoría del incumplimiento contractual eficiente sostiene que el Derecho no debe castigar el incumplimiento, sino incentivarlo (2007, p. 722).

Scalise propone el siguiente ejemplo para entender esta teoría y cómo funciona en la práctica (2007, p. 724): supongamos que Alice puede producir widgets a \$1 cada uno y contrata con Bob para venderle 100 widgets a \$2 cada uno ya que Bob los necesita para hacer funcionar el piñón de su máquina. Alice puede cerrar el contrato de venta y generar una ganancia de \$100, mientras que Bob podrá usar los widgets en su máquina y generar una ganancia de \$50 con ello. Así, la ganancia total de Alice y Bob es \$150. Ahora

³ Es la traducción literal en castellano de este verbo inglés desfazado, implica hacer presentado algo del pasado.

supongamos que Alice, después de contratar con Bob, pero antes de entregar los bienes, recibe una oferta de Carl de comprar los mismos 100 widgets a \$3 cada uno.

De acuerdo a la teoría del incumplimiento contractual eficiente, Alice debería romper el contrato con Bob y venderle a Carl para obtener una ganancia de \$200 (\$300 el precio de venta menos \$100 del costo de producción), en lugar de honrar el contrato inicial con Bob y percibir solo la ganancia de \$100. Este incumplimiento es incluso deseable para la sociedad, pues ahora Alice es \$200 más rica y puede compensar a Bob los \$50 que hubiera ganado de haber cumplido el contrato. En atención a ello, Scalise concluye que, para que la teoría del incumplimiento eficiente sea aplicable, la nueva oferta debe ser lo suficientemente buena como para que la parte incumplidora pueda compensar a la parte afectada y, aún así, obtener una ganancia. Por tanto, solo en estos escenarios podremos decir que el incumplimiento es eficiente (2007, p. 725). Entonces ¿cómo funciona la teoría del incumplimiento eficiente en *breach of contract*?

En primer lugar, Scalise sostiene que esta teoría solo funciona en caso de que la respuesta institucional ante el incumplimiento contractual sea los *damages*, es decir, cuando el remedio ofrecido a la parte afectada sean indemnizaciones monetarias. Ello, pues, solo cuando la parte afectada recibe una indemnización dineraria podemos hablar de eficiencia en términos económicos. Si el sistema norteamericano estuviera orientado a ordenar el cumplimiento como remedio, por ejemplo, ordenar que Alice entregue los widgets a Bob, la aplicación de esta teoría sería un sinsentido. Afortunadamente, concluye el autor, los sistemas anglo-americanos en general, ofrecen como único remedio a los incumplimientos contractuales, una acción de indemnización monetaria (2007, p. 726).

En segundo lugar, el autor comenta que el tipo de indemnización que se recibe es también importante para sostener la existencia de la teoría del incumplimiento eficiente. Así, en los Estados Unidos no solo se concibe como remedio ante el incumplimiento una indemnización dineraria, sino que esta será de tipo compensatorio. Es decir, estará fundamentada en proteger el interés de la expectativa a título del acreedor (2007, p. 734).

En tercer lugar, la teoría del incumplimiento eficiente solo tiene utilidad cuando el sistema tenga como principio la previsibilidad. Solo de esta manera el costo de las indemnizaciones podría ser menor a las ganancias obtenidas de incumplir el contrato. Precisamente, esta es la situación de la responsabilidad contractual norteamericana ya que la previsibilidad –como se verá posteriormente– es un límite para calcular los daños de la parte afectada. Como menciona Scalise, esta característica se encuentra presente incluso en el primer *Restatement of Contracts*: “in awarding damages, compensation is given for only those injuries that the defendant had reason to foresee as a probable result of his breach when the contract was made” [a la hora de otorgar indemnizaciones, la compensación se otorga solo para aquellos daños que el

demandado pudo haber previsto razonablemente como una probable consecuencia de su incumplimiento a la hora de firmar el contrato] (2007, p. 739).

Por último, el momento desde el que se calculan los daños y el monto de la indemnización también puede ser un incentivo o desincentivo para la existencia de esta teoría. Scalise señala que su aplicación tiene cabida en la responsabilidad contractual norteamericana porque los daños se calculan generalmente al momento en que una parte rompe el contrato o cuando la otra toma conocimiento de este hecho (2007, p. 744). Esto le permite a la parte en falta calcular con mayor certeza cuánta ganancia tendría que obtener para compensar adecuadamente a su acreedor. Con lo cual, retomando el ejemplo de Alice: si ella tuviera que calcular el monto de los daños en el futuro, como a la hora del juicio, entonces tendría menos certeza sobre cuánto podría deberle a Bob (2007, p. 745).

Ahora bien, el problema con la teoría del incumplimiento eficiente reside en las presunciones que necesita para funcionar. Como explica Curtis (1986, p. 165), se asume que la víctima de un incumplimiento siempre detectará dicho incumplimiento y demandará a su contraparte por los daños. Este punto es bastante importante porque implica el ejercicio forzoso de nuestra profesión por hacer un *cross-check* entre lo que dicen los formantes doctrinarios y lo que sucede en la práctica. Esto solo tiene sentido en una relación contractual donde todas las partes involucradas conocen a la perfección y a detalle absolutamente todas las cláusulas y términos contractuales que forman parte del vínculo que las une. Sin embargo, es sabido que eso difícilmente sucede en todas las relaciones contractuales del mercado. El escenario ideal en donde uno siempre sabe exactamente cuándo se ha incurrido en incumplimiento contractual implica que no solo se conocen muy bien todas las cláusulas, sino que también se cuenta con una buena asesoría legal a la mano dispuesta a asesorarnos y permitirnos demandar a la parte incumplidora.

Curtis señala, sin sorpresa alguna, que evidentemente este no es el caso de los contratos masivos para consumidores en donde la probabilidad de detectar y demandar es extremadamente baja (1986, p. 166). Un buen ejemplo de esto explicado por la autora es cuando los términos contractuales ni siquiera son explícitos en el contrato, sino que se les hace referencia como obligaciones que nacen de la “aplicación supletoria de la ley”, como la buena fe. En estos escenarios, las víctimas podrían incluso nunca enterarse de que ha ocurrido un incumplimiento. Esto significa que, si la probabilidad de detectar es menor a uno, entonces también lo es la probabilidad de detectar y posteriormente demandar. Curtis señala que muchas personas ni siquiera saben que hay abogados disponibles a trabajar sobre la base de contingencias que surgen en el camino, o creen que el dinero que podrían ganar es tan poco que no vale la pena el esfuerzo ni el tiempo (1986, p. 167). Este problema podría parecer insignificante para mucho, pero, en realidad, dista mucho de serlo:

Many consumers may each have a small loss resulting from a single type of bad faith breach committed by a large institution. Even though the total loss is larger than the institution's benefits, it still might make economic sense for the institution to commit bad faith breach, because not every consumer will detect and sue. This might be particularly likely in a field such as the banking and financial services industry. Banks and other financial institutions deal with large amounts of money and many depositors, a situation that increases chances for small breaches that are difficult to detect [Muchos consumidores pueden cada uno de ellos tener una pequeña pérdida ocasionada de un solo tipo de incumplimiento contractual por mala fe cometido por una institución grande. Incluso si la pérdida total es mayor que los beneficios que recibe la institución, podría tener sentido económico para dicha empresa cometer el incumplimiento contractual porque no todos los consumidores detectarán y demandarán. Esto podría ser particularmente común en ciertos rubros como el bancario y la industria de los servicios financieros. Los bancos y otras instituciones financieras manejar diariamente montos muy grandes de dinero y muchos clientes, una situación en donde aumentan las probabilidades de que existan pequeños incumplimientos que serán difíciles de detectar] (Curtis, 1986, p. 167).

Por otra parte, la teoría asume que la forma tradicional de indemnizar los daños provee una compensación completa e íntegra de todos los daños sufridos. Si la forma tradicional de hacerlo excluye la compensación por daño emocional o moral, no es muy difícil pensar en aquellos casos donde el incumplimiento contractual suele ocasionar un impacto emocional y psicológico negativo en las víctimas. Por ejemplo, Curtis menciona el caso de las compañías aseguradoras. En estos casos, cuando una persona recurre a solicitar el monto del seguro es porque seguramente se acaba de enfrentar a un evento catastrófico, como la muerte de un familiar, una discapacidad o la pérdida de una propiedad. Estamos, pues, ante una persona en un momento bastante vulnerable que ahora también debe soportar la negativa o la tardanza por parte de la aseguradora de pagarle los beneficios que le corresponden (1986, p. 168). Esto significa que, como la forma tradicional de indemnizar los daños en el *Contract Law* no suele aceptar tan fácilmente la compensación por daños como el *pain & suffering*, *emotional distress* o *loss of amenity*⁴, las partes que desean incumplir tienen un incentivo muy fuerte e ineficiente para hacerlo porque saben que no necesitan tener en cuenta el costo que implicaría resarcir un daño de esta naturaleza.

⁴ Lo que sucede es que en *breach of contract* el Derecho norteamericano no suele aceptar compensaciones por fuera de lo estrictamente patrimonial y objetivo. Esto es discutido ampliamente por la doctrina americana y al respecto se pueden revisar Wilkinson-Ryan, T. (2009). Moral Judgement and Moral Heuristics in Breach of Contract. *Penn Carey Law: Legal Scholarship Repository*, 1-23 o Shavell, S. (2009). Why breach of contract may not be immoral given the incompleteness of contracts. *Harvard Law School*, 3, 1-22.

Finalmente, la teoría del incumplimiento eficiente asume que todas las partes en la relación contractual tienen el mismo nivel de aversión al riesgo. En un contrato como los que se han utilizado de ejemplo, difícilmente la parte más débil —el cliente— tenga la misma aversión al riesgo que la parte más fuerte —el banco o la aseguradora— porque el poder de negociación y de acceso a la información es simplemente distinto entre el consumidor y la empresa. En un contrato de seguros, los asegurados pagan una prima no solo por los beneficios monetarios que se supone recibirán, sino también por la promesa de que obtendrán el pago de forma certera y sin problemas ante un reclamo válido de dicha póliza.

Sin embargo, la forma tradicional de indemnizar en el *breach of contract* solo contemplaría la suma específica de dinero que le corresponde a ese seguro. Como señala Curtis, el daño que termina sufriendo el asegurado es mayor que la compensación que eventualmente recibiría (1986, p. 171). Esto es así toda vez que el daño real contempla el monto del seguro y el valor —intangible— que se pagó por obtener dicha protección que brindan las aseguradoras a través del pago por años de una prima. El hecho de que, ante el incumplimiento de la aseguradora y la cuantificación tradicional en *Contract Law*, el asegurado no reciba la compensación real que debería recibir es precisamente por la diferencia en la aversión del riesgo que tienen las partes en una relación contractual. De manera particular, la autora señala que esta situación es más determinante en ciertos contratos: “Employment contracts are a good example, since the average employee is more risk averse regarding his own employment contract than is his employer.” [Los contratos laborales son un buen ejemplo ya que el trabajador promedio es más averso al riesgo respecto de su propio contrato de lo que lo es su empleador.] (Curtis, 1986, p. 171).

Este desarrollo va dando pistas sobre cómo, en algunos casos, parece ser necesario contar con indemnizaciones usualmente extra contractuales para disuadir eficientemente en aquellos contratos donde no siempre será eficiente incumplir. Las críticas aquí presentadas también serán útiles cuando se presenten los *punitive damages* para casos de *breach of contract*. Por el momento se debe tener en cuenta que es la teoría mayoritariamente aceptada en el sistema legal norteamericano y, como veremos más adelante, es un principio fundamental que justifica las reglas de la responsabilidad contractual en Estados Unidos.

1.2.3. Los criterios de cuantificación en las indemnizaciones de *breach of contract*

Farnsworth (1970, p. 1152) explica que, en los Estados Unidos, y en general el *Common Law*, el típico fallo por responsabilidad contractual es otorgar al acreedor una suma de dinero como indemnización. Se trata de una nueva obligación sobre el deudor como forma de reparar el incumplimiento de su obligación primigenia, esto es, aquella contenida en el contrato. La diferencia entre ambas obligaciones es que, sobre

la obligación creada por el juez, no se necesita colaboración del deudor ya que, en caso de incumplimiento, se crea una orden de ejecución inmediata.

La manera tradicional de entender la compensación para el *Contract Law* se complementa con la teoría del incumplimiento eficiente, explicado en el sub capítulo anterior. De hecho, como señala Curtis (1986, p. 164), aunque las normas específicas para cuantificar los *damages* varían según cada estado norteamericano, el principio general detrás de la cuantificación de los *damages* es que el monto otorgado debe ser suficiente como para poner a la parte afectada en la misma posición, como si la parte incumplidora del contrato hubiese cumplido totalmente sus obligaciones. Para comprender el principio que rige la cuantificación de las indemnizaciones que se originan como causa del *breach of contract*, es menester explicar con mayor profundidad la teoría económica que fundamenta los *damages* del *Contract Law*.

Teniendo en cuenta que la presente investigación no ha sido elaborada por una economista, el planteamiento del principio económico que sustenta la cuantificación de las indemnizaciones será explicada de manera sencilla, pero con pretensión de suficiencia. Al respecto, Barton —uno de los juristas más importantes en el estudio del análisis económico del Derecho en Norteamérica— señala que la cuantificación de los *damages* en el incumplimiento contractual persigue dos objetivos principales (1972, p. 278). Primero, el *expectation protection* o la protección de las expectativas, explicado también por Farnsworth, implica que la víctima del incumplimiento debe ser puesta en la misma posición en la que estaría si es que el contrato se hubiese cumplido; y el *incentive maintenance* o mantenimiento del incentivo, el cual implica que el demandado debería honrar sus promesas. El autor procede a explicar ambos objetivos mediante los fundamentos económicos que se encuentran detrás. Veamos.

Sobre el primer objetivo, la protección de las expectativas, imaginemos que tenemos un contrato para vender granos de maíz, donde el precio es p , en una determinada fecha. Simultáneamente, el grano de maíz se vende en el mercado, al precio s , en la misma fecha. Asumiendo que en esa fecha determinada $s > p$, el comprador querrá hacer cumplir el contrato contra el vendedor, mientras que el vendedor querrá incumplir el contrato. Aquí, si el vendedor incumple, el comprador tendrá que comprar otros granos de maíz en el mercado al precio s . Si esto es así, el comprador debería recibir un pago adicional, al cual llamaremos d , que sea lo suficiente como para compensar el hecho de que no podrá obtener el maíz al precio p . Por lo tanto, cuando la cuantificación de la indemnización persigue la protección de las expectativas, puede graficarse de la siguiente manera (Barton, 1972, p. 278):

$$d \geq s - p$$

Sobre el segundo objetivo, el mantenimiento del incentivo, se sostiene que si el sistema busca que las partes honren sus promesas y busca prevenir que las incumplan, las leyes deberían estar orientadas a imponer una penalidad que sea tan grande como el costo de cumplir. Es decir, la penalidad d tendrá que ser de una cantidad tal, que al vendedor —que deseaba incumplir porque $s > p$ — le parezca más conveniente cumplir que incumplir su contrato. Con lo cual, si cumple gana p ; si incumple gana s , pero pierde la penalidad d . Entonces, la condición para que la penalidad sea efectiva es graficada por Barton de la siguiente manera:

$$p \geq s - d \quad \text{o} \quad d \geq s - p$$

Esta equivalencia representa la cuantificación tradicional de los *damages* en *Contract Law* y es lo que se denomina *expectation damages* (Barton, 1972, p. 278). A continuación, se graficará la equivalencia mediante un ejemplo que sigue el caso planteado por el autor:

Donde s es igual a 100 y p es igual a 80, tenemos que según el objetivo del *expectation protection*:

$$d \geq s - p$$

$$d \geq 100 - 80$$

$$d \geq 20$$

Es decir, la penalidad d deberá ser mayor o igual a 20 porque si el vendedor incumple el contrato, el comprador tendrá que comprar los granos de maíz en el mercado y pagará un adicional. Por lo tanto, necesita el “*additional payment*” (d) para ser compensado por no haber podido comprar el maíz al precio p . De esta forma, d podría valer 30, y el comprador recibiría el monto p (80), más la compensación de 30. Con lo cual, se le coloca en la misma posición en la que estaría de haberse cumplido el contrato, y por ende, se define por las expectativas del comprador en la ejecución contractual.

Por otro lado, el *maintenance incentive*, aunque nos lleva al mismo resultado, rara vez es explícito en las cortes del *Common Law*. Ello porque las cortes no necesariamente buscan prevenir el incumplimiento; aunque tampoco buscan incentivarlo (Barton, 1972, p. 279). No obstante, lo que busca es penalizar al potencial incumplidor de una manera tal que normalmente prefiera cumplir el contrato. Por lo que, se define por las alternativas a las que el potencial incumplidor se enfrenta al decidir cumplir o no el contrato.

$$p \geq s - d$$

$$80 \geq 100 - d$$

Entonces, así se forma el axioma que rige la cuantificación de las indemnizaciones en el *breach of contract*: se protegen las expectativas de la víctima del incumplimiento. En palabras de Williston “the function of the award of *damages* for a breach of contract is to put the plaintiff in the same position he would have been in had there been no breach.” [la función de las indemnizaciones por incumplimiento contractual es poner al demandante en la misma posición en la que habría estado si no hubiera ocurrido el incumplimiento.] (como se citó en Epstein, 1989, p. 107). Es importante señalar que Epstein es uno de los juristas que propone la reconsideración de este axioma, pues considera que los criterios que se utilizan para cuantificar los daños en la responsabilidad contractual no deberían basarse en principios abstractos de justicia, sino en la libertad de las partes para determinar que reglas se adaptan mejor a sus circunstancias. Para Epstein, las reglas que rigen las indemnizaciones son como el resto de provisiones contractuales y, por lo tanto, deberían poder determinarse según la voluntad de las partes (1989, p. 108).

Al respecto, consideramos que se debería rescatar la esencia de la crítica de Epstein porque es útil para comprender, más adelante, de qué forma las reglas tradicionales de los *damages* para el *breach of contract* podrían estar limitadas más allá de lo que se dice en el papel. Esto, pues, en teoría se considera que el interés en las expectativas y los *consequential damages* —estos son los daños que se originan directamente del incumplimiento— buscan una compensación integral. Sin embargo, la realidad suele demostrar que eso no necesariamente se alinea con las prácticas contractuales porque, como señala Epstein, los contratos a menudo incluyen disposiciones que consideran los *consequential damages* de forma diferente, por ejemplo, en garantías para la venta de bienes, responsabilidad de trabajadores en accidentes y daños por la demora en el envío de bienes (1989, p. 108).

Ahora bien, centrándonos en el criterio principalmente aceptado para cuantificar las indemnizaciones en el *breach of contract*, es decir, el *expectation measure/ interest*, es importante comentar uno de los casos históricos más relevantes para el *Common Law* respecto de esta institución: *Hadley v. Baxendale (1854)*. Este es el caso de Baxendale, una empresa de courier que demoró en entregar unas piezas mecánicas cinco días a Hadley, quien las había comprado para reparar un molino malogrado. Las piezas que había solicitado eran partes necesarias para el funcionamiento de dicho molino y al no tener las piezas, no pudo operar. Por tanto, Hadley demanda a Baxendale y solicita que le indemnicen los *loss profits* (lucro cesante) por los días que su molino tuvo que estar cerrado. La Corte denegó dicha solicitud porque consideraba que las ganancias perdidas no eran un criterio válido para cuantificar la indemnización, toda vez que Hadley nunca informó al courier que la posible demora de la entrega podría ocasionar que cierre

su molino. Con lo cual, se estableció la siguiente regla: en una relación contractual donde ha habido un incumplimiento, el daño que se repara debe ser justo y razonablemente calculado como aquel que es ocasionado naturalmente por el propio incumplimiento —*direct damages*— o aquel que razonablemente pudo ser previsible por las partes como consecuencia del incumplimiento al momento de contratar —*consequential damages*— (Epstein, 1989, p. 122).

Veamos cuál fue el impacto de este caso. El axioma planteado implica que, en la mayoría de casos de *breach of contract*, la compensación que se puede recabar como indemnización es mucho más limitada que en casos de responsabilidad extracontractual (*Tort Law*). Es decir, Curtis precisa que la previsibilidad y certeza son requisitos más estrictos en el *breach of contract*; que la indemnización por *emotional distress* (daño emocional) es muy limitada; y que los *punitive damages*, generalmente, no se aceptan para casos de *breach of contract* (1986, p. 164). Estas limitaciones —o reglas— las cuales serán profundizadas a continuación, tienen una justificación previa que se explica desde el análisis económico tradicional y es importante conocerlas porque permite a la lectora comprender cuáles son los objetivos fundamentales que este sistema legal persigue cuando cuantifica las indemnizaciones para responsabilidad contractual de la forma en que lo hace.

Así, no es posible permitir indemnizaciones por daños no previsibles porque se tendría un incentivo muy fuerte para que las partes no incumplan, es decir, si uno no puede calcular la magnitud de un daño imprevisible y es posible condenar a la parte incumplidora a pagar un monto muy grande, entonces será mejor no incumplir incluso en casos donde sería eficiente hacerlo. Luego, no es posible permitir una compensación al daño emocional porque esta clase de daño no es previsible como consecuencia del incumplimiento contractual, por lo que sigue la misma lógica explicada anteriormente. Por último, en principio no se debería permitir *punitive damages* porque el costo adicional que se tendría que pagar por este concepto, además de los *compensatory damages* (indemnización compensatoria) usuales, representan un desincentivo a que se incumplan contratos cuando sea eficiente hacerlo (Curtis, 1986, p. 165).

1.2.4. Limitaciones a la cuantificación del daño en *breach of contract*

Siguiendo con este razonamiento, corresponde analizar las tres principales limitaciones de los *damages* para incumplimiento contractual: la evitabilidad, la previsibilidad y la certeza. Como comenta Farnsworth (1970, p. 1154), estas limitaciones al principio de reparar el interés en las expectativas del acreedor tienen la finalidad de evitar que la indemnización se vuelva económicamente imposible para el deudor. Se precisarán estas tres porque son aquellas que han quedado consagradas no solo en los criterios

de las cortes del *Common Law*, sino también en el *Restatement (Second) of Contracts*, el tratado legal más reconocido por la jurisprudencia norteamericana en materia de Derecho contractual.

Respecto de la evitabilidad (*avoidability*), el párrafo 350 del *Restatement* señala literalmente lo siguiente:

- (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation.
- (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss [(1) Excepto lo detallado en la subsección (2), la indemnización no cubre pérdidas que la parte afectada pudo haber evitado sin riesgo, carga o humillación. (2) La parte afectada no queda excluida de la posibilidad de compensación por la regla establecida en la subsección (1) en la medida que haya realizado esfuerzos razonables pero infructuosos para evitar la pérdida] (1981).

Por lo que, se establece la limitación de que el acreedor no pueda ser indemnizado por aquellos daños que pudo haber evitado de forma razonable. De acuerdo a los criterios de las cortes, el acreedor deberá realizar acciones para por lo menos evitar que su situación se agrave. En consecuencia, las cortes consideran que el acreedor no podrá solicitar una indemnización por aquellas pérdidas evitables (Farnsworth, 1970, p. 1158). Al respecto, el autor aclara que no es una obligación del acreedor mitigar los daños, dado que no incurrirá en responsabilidad en caso falle en hacerlo. La indemnización que el acreedor recibe en caso de incumplimiento es la misma, independientemente de si mitigó o no el daño sufrido (1970, p. 1184). Entonces, esta limitación se explica como que simplemente estarán excluidas de reparación aquellas pérdidas que surjan y el acreedor razonablemente haya podido evitar.

Respecto de la previsibilidad (*unforeseeability*), el párrafo 351 del *Restatement* establece textualmente que:

- (1) Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made.
- (2) Loss may be foreseeable as a probable result of a breach because it follows from the breach
 - (a) in the ordinary course of events, or
 - (b) as a result of special circumstances, beyond the ordinary course of events, that the party in breach had reason to know
- (3) A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the

circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation [(1) La indemnización no cubre una pérdida que la parte incumplidora no tuvo razón de prever como un resultado probable del incumplimiento al momento de celebrar el contrato. (2) la pérdida puede ser previsible como resultado probable del incumplimiento porque se deriva del incumplimiento (a) en el curso ordinario de los eventos, o (b) como resultado de circunstancias especiales, más allá del curso ordinario de los eventos, que la parte incumplidora tenía razón para conocer. (3) Un tribunal puede limitar los daños previsibles excluyendo la pérdida de ganancias, permitiendo la compensación solo por la pérdida del interés en la confianza, o si concluye que dadas las circunstancias la justicia así lo requiere para evitar una compensación desproporcionada] (1981).

En adición a lo ya comentado respecto a esta limitación líneas arriba, Farnsworth comenta que una buena solución para determinar cómo debe razonarse este criterio en los casos reales es preservarlo, pero también reconocer una prerrogativa de las Cortes por reducir la responsabilidad cuando se demuestre que, aunque las circunstancias fueron previstas o por lo menos eran previsibles, el riesgo no fue asumido por las partes o, en otras palabras, se decidió no proteger dicho interés en el contrato (1970, p. 1209). Esto lo propone el autor porque existen varios juristas y comentaristas en general que consideran que la limitación de la previsibilidad dispone un análisis muy absoluto, o de extremos, en donde se permite totalmente o para nada la compensación.

Por último, respecto a la certeza (*uncertainty*), el párrafo 252 del *Restatement* postula lo siguiente: “Damages are not recoverable for loss beyond an amount that the evidence permits to established with reasonable certainty.” [“Los daños no son compensados más allá del monto que la evidencia permita establecer con certeza razonable.”] (1981). Esta limitación está relacionada a la adecuación de la prueba que está a cargo del acreedor. En este caso, la parte agraviada deberá probar la posición en la que se encontraría si es que el contrato se hubiera cumplido. En otras palabras, Farnsworth (1970, p. 1210) indica que la certeza se requiere en las pruebas de los daños ocasionados, toda vez que no se indemnizarán aquellos daños inciertos. Este requisito se ha expresado desde inicios del siglo XIX en los Estados Unidos, tal como lo vimos en el caso *Hadley v. Baxendale*. Así también, *Griffin v. Colver* (1858) mencionan lo siguiente:

Damages claimed should in all cases be shown by clear and satisfactory evidence, to have been actually sustained. It is a well-established rule of the common law that the damages to be recovered for a breach of contract must be shown with certainty, and not left to speculation or conjecture (...). [En todos los casos, los daños reclamados deben demostrarse mediante pruebas claras y satisfactorias que han sido realmente sufridos. Es una regla bien establecida del Derecho

consuetudinario que los daños a recuperar por incumplimiento de contrato deben demostrarse con certeza y no dejarse a la especulación o conjeturas (...)] (como se citó en Farnsworth, 1970, p. 1210).

Asimismo, el autor concluye que esta limitación cumple el efecto práctico de negar la indemnización de ciertos daños, incluso aunque sean previsibles. De tal forma que, la certeza en las pruebas ofrecidas devuelve parte de los riesgos asumidos por el deudor al acreedor. Eso quiere decir que se limita aún más la protección que la ley ofrece a las expectativas prometidas (1970, p. 1214). ¿Por qué se permitiría tal escenario en la responsabilidad contractual estadounidense? Fuller y Perdue explican que en algunos casos donde, después de realizado el test de previsibilidad, la Corte considera que la responsabilidad impuesta al deudor sería altamente desproporcional con las ganancias que esperaba del contrato, “the test of certainty is the most usual surrogate” [el test de la certeza es el sustituto más común] (como se citó en Farnsworth, 1970, p. 1214).

Una precisión importante sobre esta limitación es que, en palabras de Farnsworth, la falla en probar el daño cierto no significa que no se recibirá compensación alguna; sino que el monto será menor y eso necesariamente significa que el interés en la expectativa se protegerá con el precio del mercado porque la pérdida de valor del caso concreto es incierta (1970, p. 1214). Esto, en líneas generales, se relaciona con el punto principal que mencionaba Curtis, estas limitaciones ocasionan que el monto de indemnización que finalmente recibe la parte afectada sea considerablemente menor a lo que sucede en el *Tort law*.

1.2.5. Entonces ¿qué es y qué no es *breach of contract*?

Para concluir esta sección se encontró pertinente hacer un acotado recuento en donde se defina, una vez habiendo entendido la lógica del *breach of contract* y los criterios de cuantificación para sus indemnizaciones, qué se constituye como *breach of contract* y no como un *Tort* (agravio o entuerto). Sobre esta diferenciación, Charlesworth sostiene que su origen, en el caso del *breach of contract*, está en el deber, ya que en un contrato el deber se origina del acuerdo entre las partes; mientras que en un *tort* el deber es independiente e impuesto a las partes por medio de la ley (como se citó en Considine, 1978, p. 85). Esto, entonces, nos da el primer atisbo de lo que es *breach of contract* y no un *tort*: lo será todo incumplimiento de un deber cuyo origen puede ser identificado en el libre y mutuo acuerdo de dos partes que decidieron vincularse contractualmente.

A mayor profundidad, en *Jarvis v. May Davis (1936)* se sostuvo que cuando el incumplimiento de un deber surge de una obligación independiente de aquellas asumidas en un contrato, estamos frente a un

tort, y es posible que haya un *tort* incluso cuando exista un contrato entre las partes cuando el deber surja independientemente del contrato (como se citó en Considine, 1978, p. 86). Con lo cual, siempre que exista el incumplimiento de un deber propio de los deberes asumidos en el contrato, estaremos ante un caso de *breach of contract*. En otras palabras, las personas que prometen cosas —que contratan— se están obligando voluntariamente la una con la otra y es precisamente esta característica, la voluntariedad de la obligación prometida, la diferencia más crucial entre *contract* y *tort* (Bridgeman & Goldberg, 2012, p. 874).

De la misma manera, un punto crucial para entender cuándo un caso se configura dentro del *Contract Law* son las limitaciones que se utilizan para determinar la cuantificación de las indemnizaciones. Tal como se presentó en el apartado anterior, una de las reglas más importantes para el *breach of contract* es la limitación de la previsibilidad del daño, en donde este solo podrá ser compensado si su ocurrencia era razonablemente contemplada por las partes al momento de contratar. No obstante, como explica Considine, en *Tort Law* se utiliza otra regla para cuantificar las indemnizaciones, evidentemente, porque no es posible que el causante del daño pueda prever riesgos inusuales antes de que el incumplimiento de su deber ocurra (1978, p. 95). En este caso, el criterio que se debe utilizar para cuantificar la indemnización es que el demandado responda por los daños que debieron ser previstos por una persona razonable promedio y esto responde a colocar a la víctima en la posición en la que estaba antes de que el *Tort* haya ocurrido.

Una precisión importante es que es posible que haya casos en donde la responsabilidad por incumplimiento contractual y una responsabilidad originada de un *tort* concurren en el mismo escenario. Así se estableció en el conocido caso, de origen canadiense, por cierto, *Dominion Chain v. Eastern Construction Co. & Giffels Associates Ltd* (1978). Aquí sucedió que el demandante contrató a Eastern Construction para que les construya una fábrica según los diseños y especificaciones aprobadas por la agencia de ingenieros Giffels. Sin embargo, el techo fue tan mal construido que, tras poco tiempo, ocasionó goteras que terminaron malogrando varias máquinas de la fábrica. Eventualmente ambos demandados fueron encontrados responsables. Esto se explica porque el *Common Law* considera que es posible extender el deber de cuidado no solo para el común denominador de profesionales, sino también para aquellos que practican una profesión en la que una persona razonable confiaría. En este caso, la agencia de ingeniería incurría en responsabilidad extracontractual por incumplir este deber, aparte de la responsabilidad incurrida por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (como se citó en Considine, 1978, p. 91).

Ahora bien, según lo explica H.L.A. Hart, hay dos tipos de reglas en el Derecho: aquellas que imponen deberes, y aquellas que confieren poderes. Las primeras son aplicadas a los ciudadanos independientemente de su voluntad, por ejemplo, no matar, no robar o no manejar bajo los efectos del alcohol. Las segundas confieren el poder de realizar un cambio a nivel jurídico sobre determinadas situaciones cuando así lo quieran hacer, por ejemplo, casarse, contratar o crear una empresa. Sobre esto,

hay un consenso de que las reglas que confieren poder corresponden al *Contract Law*; mientras que las que imponen deberes corresponden al *Tort Law* (como se citó en Bridgeman & Goldberg, 2012, p. 876). Esto es importante porque contribuye a entender cómo se configura el *breach of contract*. Es decir, si el *Contract Law* se constituye de reglas que confieren poderes, las personas tienen la posibilidad de decidir ejercer el poder o no. Por otro lado, los *torts* no dependen de si las personas quieren ejercer o cumplir con el deber, se entiende que todos tienen un deber general de no causar daño a otros y eso aplica independientemente de si uno lo acepta de manera consciente o no.

Entonces, el *breach of contract* ganó autonomía de los *torts* porque se reconoce que en el ordenamiento existen obligaciones que confieren poderes y otras que nos imponen deberes. El *tort* existe de forma independiente a la voluntad de las personas que deciden vincularse contractualmente porque su origen se encuentra en deberes y postulados universales de no causar daño a las personas que han sido recogidos por la ley. Por el contrario, el *breach of contract* es un incumplimiento de las reglas que las mismas personas voluntariamente crearon para vincularse y regir su comportamiento en determinada situación donde se está ejerciendo un poder/ derecho. Es por esto que los *damages* para el *breach of contract* deben medirse sobre la base de las expectativas que tenía la parte afectada por el incumplimiento de que esas reglas se cumplan.

Así, pues, en este sub capítulo se ha expuesto que el *breach of contract*, o incumplimiento contractual, persigue compensar el interés en las expectativas a través de colocar a la víctima de dicho incumplimiento en la posición en la que estaría si el contrato se hubiera ejecutado conforme acordado. Además, se ha especificado que la justificación económica de los criterios utilizados para cuantificar las indemnizaciones y las principales limitaciones a esta compensación: evitabilidad, previsibilidad y certeza. Finalmente, hemos explicado brevemente la distinción que con los años se ha ido construyendo entre lo que es un caso de *breach of contract* y un caso de *tort*. A continuación, corresponde realizar un análisis similar sobre la responsabilidad contractual en el ordenamiento peruano, correspondiente a los sistemas romano-germánicos del Derecho.

1.3. Inejecución de obligaciones: la responsabilidad contractual según el ordenamiento peruano

A continuación, es relevante proceder a realizar el mismo análisis de la responsabilidad, pero para el caso peruano, por lo que nos concentraremos en una presentación de la responsabilidad contractual en el Perú para comprender cuál es el contexto legal y doctrinario en donde se reciben los *punitive damages* y surgen los “daños punitivos”.

1.3.1. ¿Cuándo se concede una indemnización en los casos de inejecución de obligaciones?

La responsabilidad civil en los sistemas de origen germano-romano, y por consecuencia en el sistema peruano, comenzó a perfilarse como tal ante la decisión de la autoridad de definir una diferencia entre la responsabilidad que surge ante el daño patrimonial y aquella que surge ante el daño personal. En palabras de Vidal Ramírez, eso ocasionó que la responsabilidad, como fenómeno jurídico, fuera evolucionando a través de la diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal (2001, p. 390). Conjuntamente a esta diferencia nace el concepto de culpa, que de hecho se vuelve el elemento característico de la responsabilidad civil, ya que la culpa y el daño eran los elementos necesarios para generar una obligación indemnizatoria en la inejecución de obligaciones.

Las funciones de la responsabilidad civil, en cualquiera de sus dos ramas, no son taxativas, pues no existe un verdadero consenso respecto a ellas (aunque algunos creen firmemente que sí, como nuestro sistema judicial), es decir, no hay un conjunto definitivo de cuáles son las funciones que asume la responsabilidad civil; lo que hay es un reconocimiento de que ciertas funciones son más aceptadas que otras. Como relata Velarde (2008, p. 265), Giuseppe Monateri postula la existencia de tres funciones principales: la función preventiva, la función compensatoria y la función sancionatoria; por otro lado, Guido Alpa menciona las funciones de reaccionar contra el ilícito, de compensar, de sancionar y disuadir.

Para efectos de nuestra investigación nos concentraremos en la posición de Fernández Cruz por ser el jurista que mejor ha desarrollado su teoría en base a la experiencia del ordenamiento peruano. Según el autor, las funciones de esta institución pueden dividirse desde una perspectiva diádica —o microeconómica— lo cual significa ver la responsabilidad civil desde su etapa fisiológica (cumplimiento) y patológica (incumplimiento) en la relación única que existe entre el causante y la víctima; y también desde una perspectiva sistémica —o macroeconómica— lo cual implica analizar la responsabilidad civil como un fenómeno en sí mismo que persigue determinados objetivos no solo para la víctima y el causante, sino para toda la sociedad. Veamos brevemente el postulado de Gastón Fernández Cruz:

Primero, sobre la función diádica en la etapa de cumplimiento es posible identificar la función de equivalencia y la función satisfactoria. La función de equivalencia implica reconocer a la responsabilidad civil como un fenómeno económico, pues a través de esta institución se justifica la afectación patrimonial de una persona identificada como la causante de un daño. “El valor de esta utilidad se refleja siempre en el patrimonio del llamado a responder en un valor equivalente” (Fernández, 2019, p. 24). La función satisfactoria permite entender cómo esa afectación patrimonial del causante está dirigida y es suficiente para satisfacer el interés de la víctima.

Segundo, sobre la función diádica en la etapa de incumplimiento resaltan la función resarcitoria, la función de equivalencia y la función distributiva. La función resarcitoria es la función satisfactoria, pero con un nuevo nombre, dado que se presenta en la fase patológica. Esto sucede porque, ante la comisión de un incumplimiento, la función adquiere ciertas particularidades según el daño que se le haya causado a la víctima, por ejemplo, puede ser una utilidad compensatoria si esta es un sustituto de lo que se debía originalmente; puede ser moratoria si se presenta de forma complementaria; podrá ser patrimonial si se afectó el patrimonio; o podrá ser no patrimonial si el daño se produce dentro de la entidad psicosomática de la víctima (Fernández, 2019, p. 27). Por otro lado, la función de equivalencia en esta etapa es la misma que mencionamos líneas arriba. Finalmente, la función distributiva “(...) tiene como finalidad explicar el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable.” (Fernández, 2019, p. 28). Es decir, la responsabilidad civil traslada los costos de asumir un daño de la parte afectada, hacia la parte causante o responsable.

Ahora bien, Fernández Cruz (2019, p. 31-32) desarrolla también las dos funciones principales a nivel sistémico. Primero, la función de incentivación y desincentivación de actividades. Al respecto, es un mecanismo que nos permite incentivar aquellas actividades económicas que como sociedad estimamos valiosas para el desarrollo en general; y, por otro lado, desincentivar las actividades que perjudican a la sociedad. Segundo, la función preventiva. Sobre esta se ha mencionado que sirve para minimizar las ocasiones donde potencialmente un daño podría ocurrir y causar perjuicio a las personas, por lo que está relacionada con el incentivo a los agentes en el mercado a que adopten medidas de prevención para evitar dichas conductas potencialmente dañinas. Esta última se relaciona con la función distributiva, de manera que los agentes, según sus capacidades, internalicen el costo de la prevención de sus actividades de la manera más eficiente posible.

Una vez habiendo comprendido las funciones que tiene la responsabilidad civil como institución, debemos introducir en qué momento y de qué forma se plantea la bifurcación entre sus dos principales acepciones: la responsabilidad aquiliana, conocida como responsabilidad extracontractual, y la responsabilidad contractual. Según explica Scognamiglio (2001, p. 54), la responsabilidad contractual —y la que aquí nos atañe— se relaciona con las instituciones de la obligación y del contrato, pues estas dos figuras vinculan a que las personas realicen una prestación determinada prometida; mientras que la aquiliana se basa en la verificación de un daño injusto en donde el Derecho tendrá la función de resarcir a la víctima de dicho daño.

Esto es importante porque una de las principales diferencias entre los dos tipos de responsabilidad civil recae precisamente en la cuestión de dónde nace el deber que da origen a una y a la otra. La teoría unitaria de la responsabilidad extracontractual, actualmente vigente, señala que esta surge de un deber

genérico que tenemos todos, *neminem laedere*, según el cual, quien causa daño a otro o comete un ilícito, debe responder, vale lo mismo decir que este es el principio genérico de no causar daño a los demás. Mientras que la responsabilidad contractual “(...) se funda, por el contrario, en el incumplimiento de una obligación preexistente y que se determina en función de este último” (Scognamiglio, 2001, p. 55).

Vale precisar que este entendimiento de la diferencia entre los dos tipos de responsabilidad civil, aunque generalmente aceptado, es también bastante criticado. Uno de sus detractores es precisamente Renato Scognamiglio, quien considera que identificar como criterio de diferenciación según deberes arbitrariamente contruidos es algo que no se debería aceptar. En otras palabras, el autor señala que el deber *neminem laedere* no es más que una “simple e injustificada ficción constructiva” (2001, p. 55), sucede que no es tan cierto que en casos de responsabilidad extracontractual solo se esté vulnerando un deber genérico y por tanto ese sea su fundamento, hay también siempre una vulneración a intereses particulares, tal como pasa en la responsabilidad contractual, como no ser atropellado cuando vas camino al trabajo, no ser agredido antes de un evento importante, etc.

Lo más importante de esta crítica, que se recoge en nuestra investigación, es que es cierto que la distinción tradicionalmente aceptada es muy simple de entender, pero se sacrifican las razones del sistema y la lógica del Derecho. En palabras del autor, es inentendible que se pretenda reducir la diferencia a la fuente contractual de la obligación en la responsabilidad contractual y se deje de lado el deber (*obbligo*) como la institución que realmente puede ejercer una influencia en la clasificación de la responsabilidad “(...) ni cómo y por qué el comportamiento del que incumple una obligación debería ser evaluado de distinta manera, según el hecho de que el vínculo tenga su origen en la voluntad o en la fuerza de la ley.” (2001, p. 55).

Entonces, ¿cuál sería la manera más adecuada de explicar la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual? La responsabilidad contractual:

(...) halla su origen en la noción misma de obligación: en caso de incumplimiento, la obligación tiene la oportunidad de reafirmar su esencia característica de vínculo, al perpetuarse en la prestación resarcitoria, siempre que no fuera posible proceder, incluso, a su realización en forma específica (ejecución forzada). En tal forma, la responsabilidad contractual se resuelve en la satisfacción del interés deducido de la obligación, a pesar de la falta de cooperación por parte del deudor; para el mismo efecto, se propone una remoción justa de las consecuencias perjudiciales inmediatamente conexas con el evento-incumplimiento (Scognamiglio, 2011, p. 56).

En otras palabras, más allá de solo decir que la responsabilidad tiene su origen en un vínculo contractual, debemos comprender que la responsabilidad contractual se fundamenta en la institución de la

obligación (*obbligatio*) que representa la vinculatoriedad y obligatoriedad de satisfacer un interés. Lo esencial es que dicha obligatoriedad sobrevive al incumplimiento porque esa es la naturaleza de la obligación. Es por esto que el ordenamiento, una vez se produce el incumplimiento, no elimina la existencia de la obligación; al contrario, su existencia persiste de manera tal que surge el remedio de la ejecución forzada o, en su defecto, el deber de resarcir a la parte afectada. Por ello el autor señala que la responsabilidad contractual se fundamenta en la satisfacción del interés que se ve envuelto por la obligación y esta es la lógica que más adelante servirá para entender los elementos de la responsabilidad contractual y los criterios de indemnización. Con lo cual, en palabras de Ayón Camarena, el término más preciso no es “responsabilidad contractual”, sino “responsabilidad por inejecución de obligaciones” (2019, p. 102).

Esto no sucede en la responsabilidad extracontractual, aquí no es relevante si existe, de dónde surge o si persiste algún interés; solo importa que se verifique la comisión de un daño injusto que generará una obligación de resarcimiento (Scognamiglio, 2011, p. 56). Así, la responsabilidad extracontractual da origen a la obligación de remover todos esos daños jurídicamente relevantes que se causaron a la parte afectada; mientras que la responsabilidad contractual es un medio para reestablecer la fuerza del vínculo que regula los intereses de las partes. Entonces ¿qué sucede exactamente en la responsabilidad por inejecución de obligaciones?

En el Perú se habla de que el régimen de responsabilidad por inejecución de obligaciones tiene un sesgo subjetivo, pues el principal fundamento es la culpa y la diligencia (Velarde, 2008, p. 276). Esto lo podemos apreciar en el artículo 1314 del Código Civil peruano: “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (1984). Esto significa que la diligencia, de la mano con la culpa, sirve de parámetro para determinar si el causante del incumplimiento es imputable o no. En tanto uno actúe con la diligencia ordinaria, no puede tener la culpa cuando algo salga mal y por tanto no puede tener el mismo nivel de responsabilidad que aquel causante que actuó negligentemente.

No obstante lo mencionado anteriormente, lo cierto es que nuestra legislación evidencia en realidad un sistema mixto de responsabilidad contractual (Velarde, 2008, p. 277). Ello, pues, existen artículos donde se habla de supuestos de exoneración que corresponden a un sistema objetivo de responsabilidad. Este es el caso de los artículos 1315: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (1984); y 1316: “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdura (...)” (1984). En estos supuestos el causante podrá quedar liberado solo si demuestra que su incumplimiento responde a causas ajenas a su propio control.

Continuando con el análisis específico de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, vale recordar que las funciones de la responsabilidad civil esbozadas anteriormente son incluyentes a los dos tipos de responsabilidad; sin embargo, es posible que en una y la otra el legislador haya priorizado ciertas funciones. Al respecto, Fernández Cruz (2019, p. 41) considera que la responsabilidad por inejecución de obligaciones definitivamente incluye una función punitiva, ello se vería plasmado en el artículo 1321 del Código Civil: “(...) 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.” (1984), toda vez que esta norma prevé que la responsabilidad se extienda a los casos de eventos-daño imprevisibles cuando el deudor haya actuado con dolo o culpa grave. De manera más general, Alpa señala que las funciones son múltiples, como “(...) establecer una relación de confianza entre las partes, constituir un incentivo para el deudor, realizar el interés del acreedor” (2014, p. 27).

Según Velarde Saffer “(...) la incorporación de un régimen mixto de responsabilidad demuestra que, en el campo de la responsabilidad contractual, el legislador ha priorizado la función preventiva antes que compensatoria” (2008, p. 281). Esto lo explica el autor señalando que, como el legislador ha establecido la debida diligencia como un requisito de exoneración de culpa ante el incumplimiento de obligaciones contractuales, entonces su intención primordial ha sido la de incentivar a que los agentes en el mercado tomen precauciones para evitar causar daños. Particularmente, en un principio consideré que esto no podría ser enteramente cierto pues —como veremos más adelante— el objetivo de las indemnizaciones que se otorgan por inejecución de obligaciones es poner a la víctima en la posición en la que estaría de haberse ejecutado el contrato. Con lo que, a mi criterio el legislador busca, antes que nada, darle prioridad a la función compensatoria que permita realizar el interés de la parte afectada. Sin embargo, Velarde ya había pensado en esta objeción y plantea una respuesta que a mi parecer es bastante razonable:

Como resulta obvio, todo sistema de responsabilidad civil toma en cuenta la función compensatoria (...), pero ello no puede llevarnos a concluir que dicha función se privilegia en todos los campos. Esta misma línea de razonamiento se ve apoyada por lo dispuesto en el antes transcrito artículo 1321 del Código Civil. Como se podrá apreciar de la lectura de dicho dispositivo, la mayor o menor extensión del resarcimiento variará dependiendo del grado de culpa con que haya actuado el deudor. Así, habiéndose incumplido una obligación por dolo o culpa inexcusable, el resarcimiento será mayor que si dicho incumplimiento (...) se hubiese debido a culpa leve (...) el legislador mide el deber de reparar en función del grado de culpabilidad o dolo con que haya actuado el deudor (2008, p. 282).

Por tanto, la razonabilidad de la posición de Velarde nos obliga a secundar con su postulado y, en todo caso, admitir que la función compensatoria es evidentemente una función relevante; mas no la

principal, pues existen instituciones como el criterio de la diligencia debida y la graduación de la culpa que nos permiten afirmar que “(...) en el sistema de inejecución de obligaciones, se ha privilegiado la función preventiva, sin perjuicio de lo cual mantiene su vigencia, aunque de forma limitada, la función compensatoria” (Velarde, 2008, p. 282).

Para culminar de entender la lógica en la responsabilidad por inejecución de obligaciones de manera más pragmática, se debe tener en cuenta que hay un presupuesto fundamental para que todo este sistema funcione: un contrato válido y un contrato eficaz. Un contrato válido implica que su existencia en el ordenamiento jurídico sea regular conforme las normas que lo regulan. De lo contrario, la invalidez del mismo supone un tratamiento diferente, por ejemplo, si el contrato fuera declarado nulo la responsabilidad contractual no sería aplicable y correspondería solicitar indemnizaciones por la vía extracontractual. Luego, el contrato eficaz supone que se aplique un juicio de funcionamiento positivo. En otras palabras, que el negocio jurídico en cuestión produzca los efectos jurídicos buscados, ello en adición a que la obligación en particular (o las obligaciones) deben ser exigibles al deudor en el momento que se pretende gatilla la responsabilidad civil. Naturalmente, pues, si una obligación es inexigible por la existencia de una condición suspensiva, no tiene sentido que el acreedor pretenda señalar la existencia de incumplimiento que le causó daño.

Superados los dos presupuestos para que el sistema funcione, corresponde presentar las condiciones o elementos que forman parte de la responsabilidad por inejecución de obligaciones. Se trata de tres elementos que deberán estar presentes para que la parte afectada pueda recurrir a esta tutela. En primer lugar, debe existir un daño cierto. De acuerdo a Osterling Parodi (1985, p. 399), “el daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético”. Esto significa que el perjuicio causado debe ocurrir al momento del incumplimiento, no después ni tampoco debe ser una suposición de algo que podría suceder según el acreedor. Sin daño no existe responsabilidad por inejecución de obligaciones, este es el elemento que primero se debe constatar en la realidad, ya que un sujeto puede incumplir cuantos contratos realice a lo largo de su vida, sin que eso necesariamente significa que ocasione un perjuicio a sus contrapartes. El daño podrá ser daño emergente, cuando se refiera a la pérdida patrimonial; lucro cesante, cuando se refiera a la pérdida de ganancias; y/o daño moral, cuando se haya afectado la entidad psicológica y emocional del afectado. El elemento condición del daño cierto puede ser constatado en los siguientes artículos del Código Civil peruano:

1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

1321.- 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 inexecución 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 inexecución. Si la inexecución 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.

1322.- El daño moral, cuando el se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

(...)

1331.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (1984).

En segundo lugar, debe haber un incumplimiento por parte del deudor. Este es el incumplimiento de aquella obligación exigible que existe en un contrato eficaz y válido. Puede ser total o absoluto, cuando el deudor no haya ejecutado para nada lo que le correspondía; o puede ser relativo: defectuoso, parcial o tardío. Por último, el incumplimiento debe ser imputable al deudor. Esto significa que debe existir un nexo causal entre la acción u omisión del deudor con la inexecución de la obligación (Osterling, 1985, p. 398). Dicho de otra manera, el daño cometido tiene que ser una consecuencia directa de la conducta del deudor. El criterio de imputabilidad, como ya se explicó anteriormente, es primordialmente subjetivo porque se basa en la culpa que tenga el deudor en su accionar. Esto indica que la justificación de la responsabilidad por inexecución de obligaciones es el reproche a la conducta de incumplir las promesas porque, podemos deducir razonablemente, el cumplimiento de lo que se promete es un valor que ha decidido incentivarse en el ordenamiento peruano.

Entonces, la responsabilidad contractual es considerada como una herramienta de presión para inducir a las personas a que cumplan diligentemente las obligaciones contractuales que deciden crear (Trimarchi, 1994, p. 92). Como esto es así, la lógica económica detrás de sus fundamentos está orientada a estimular que los agentes de la sociedad distribuyan correcta y eficientemente los recursos, toda vez que a través de sus reglas de estimula que las personas (o las empresas) tomen diversas medidas de diligencia y prevención para evitar causar o incurrir en incumplimiento. Como menciona Scognamiglio:

De todo ello se deduce que en materia de incumplimiento la culpa se mide en función de la prestación debida (...) y que el carácter mismo de la diligencia requerida puede variar en mayor o menor medida según la fuente y objeto de obligación (...) (2001, p. 58).

Finalmente, en lo que respecta al concurso de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual en el Derecho romano-germánico sucede algo interesante. Hay dos posiciones mayoritarias: quienes se oponen al concurso y quienes lo apoyan. El primer grupo sostiene que el contrato tiene una fuerza absorbente, mediante la obligación, que es mayor a lo que establece la ley respecto a la responsabilidad de extraños. Esto es así porque si las partes deciden mutuamente regular sus relaciones con fuerza de ley, no tendría sentido que luego una de esas partes pueda incurrir en responsabilidad por fuera de dicho contrato (Scognamiglio, 2001, p. 67). En otras palabras, este grupo de autores postula que un deber jurídico no puede ser simultáneamente una obligación y un simple deber genérico. Sin embargo, tal como señala el autor y como se sostiene en este trabajo, esta posición comete un error pues presupone que entre el incumplimiento de la obligación y la responsabilidad extracontractual hay una relación de especie a género. Por tanto, no puede existir una incompatibilidad de deberes; al contrario, en caso hubiera un concurso de responsabilidades estaríamos frente a una situación dañosa a la cual se le plantean diferentes y diversos remedios (2001, p. 67).

Scognamiglio plantea algo más atrevido aún, y diferente de lo que se ha comentado en Estados Unidos para estos casos de concurrencia, pues señala que no es admisible aceptar una posición intermedia en donde solo se admita la concurrencia de acciones en casos donde el incumplimiento contenga elementos de un delito (2001, p. 67). Si se admite que la responsabilidad contractual tiene una prevalencia frente a otra tutela cuando existe un daño, entonces no tiene sentido decir que esto será diferente si la conducta es particularmente gravosa. Con lo cual, la única salida coherente es aceptar la concurrencia de responsabilidades —según Scognamiglio esta es la tesis predominante en la jurisprudencia— en donde se postula que:

(...) cuando concurren simultáneamente los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento y de la responsabilidad aquiliana, resultaría incomprensible que la víctima no pudiera escoger entre su pretensión como acreedor, para realizar el interés que se deduce de la obligación, y la acción de resarcimiento que le es atribuida por la ley, aún con presidencia del vínculo obligatorio, por el daño injusto que ha experimentado (2001, p. 69).

Lo que señala el autor es posible porque estamos frente a dos remedios, cada uno con sus propios requisitos, que convergen ante un mismo hecho y se encuentran a disposición de la parte afectada. Básicamente, la parte afectada debería poder proponer una u otra acción, o ambas, de ser el caso. Ahora bien, Fernández Cruz ha aterrizado este debate al ordenamiento peruano, pues explica que la alternativa de optar por un tipo de responsabilidad o la otra no es reconocida por el sistema peruano ya que está consagrado el principio *iura novit curia*. Esto significa que si el demandante no invoca qué tipo de tutela escoge (o escoge mal), es el juez quien conoce las leyes y aplicará la norma pertinente (2019, p. 49). Respecto al

cúmulo de responsabilidades, el autor considera que no puede ser admitido porque existen deberes de protección en sede contractual que se manifiestan en el deber de diligencia para prevenir riesgos, por lo que la responsabilidad contractual absorbe el deber de velar por la esfera jurídica ajena. Finalmente, el autor menciona la alternativa de la concurrencia, en donde un solo hecho y un solo causante produce dos tipos diferentes de víctimas, lo que ocasiona que al mismo causante las dos víctimas respondan con acciones distintas según les corresponda (2019, p. 51).

1.3.2. Los criterios de cuantificación en las indemnizaciones de responsabilidad por inexecución de obligaciones

En este apartado se especificarán los criterios de cuantificación en las indemnizaciones por inexecución de obligaciones. Para esto nuevamente citemos el artículo 1321 del Código Civil peruano:

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 inexecución 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 inexecución. Si la inexecución 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 (1984).

Dicho resarcimiento se calcula siempre al día en que se dicte la sentencia condenatoria pues, como explica Osterling (1985, p. 402), este debe permitir que el deudor reponga las cosas al estado en que deberían encontrarse si se hubiera cumplido con la obligación, sin necesidad de realizar gastos adicionales, ya que solo de esta manera se resarce íntegramente el daño. Entonces, indica el autor (1985, p. 402), en el ordenamiento peruano la indemnización por daños y perjuicios busca colocar al acreedor en la situación en la que se encontraría si la obligación hubiera sido cumplida. Esto es lo que se conoce como interés positivo. Tal como explicamos en el sub capítulo anterior, es conocido en el mundo anglosajón como la indemnización de las expectativas y se puede representar como “(...) la diferencia entre el precio y el valor que el acreedor asigna a la prestación” (Haro, 2002, p. 97). Dicho en palabras más simples: el objetivo de una indemnización de responsabilidad por inexecución de obligaciones es colocar al acreedor de la relación en la misma situación en la que estaría si es que su contrato se hubiese cumplido. Por lo tanto, el daño se medirá en concreto según lo estipulado en el contrato, solo de esta forma el criterio podrá acercarse lo más posible al monto que la parte afectada esperaba de la ejecución contractual. En palabras de Haro, el perjuicio (daño) no podría calcularse sobre la base de la situación de la víctima antes del daño porque, en ese caso, ¿qué sentido tiene la existencia del contrato? (2002, p. 99).

Precisamente por ello, el deudor tiene derecho a exigir las pérdidas que sufrió y las utilidades que se vieron frustradas por el incumplimiento. Este tipo de daños —mencionados líneas arriba— se conocen respectivamente como el daño emergente y el lucro cesante, regulados también por el artículo 1321° del Código Civil. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor, mientras que el lucro cesante es el enriquecimiento frustrado por el incumplimiento. De acuerdo a Osterling, la prueba del daño emergente es bastante evidente, pero la prueba del lucro cesante requiere demostrar que la ganancia esperada de todas formas iba a acontecer o, en palabras del autor, “es aquello que según la circunstancia pudiera haberse esperado con probabilidad” (1985, p. 404).

En general, este tipo de daños es de naturaleza patrimonial, pero las reglas de la responsabilidad contractual peruana reconocen también la existencia del daño moral. En otras palabras, la reparación de aquellos intereses lesionados que responden a una naturaleza moral y se encuentran dentro de la esfera psicosomática del afectado. Así lo ha regulado el artículo 1322° del Código Civil: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento” (1984). Como señala Osterling (1985, p. 150), el daño moral se infiere en derechos de la personalidad o valores socio afectivos, por lo que recaen sobre bienes inmateriales. Sin perjuicio de ello, son capaces de producir una pérdida pecuniaria y por lo mismo se resarcen. Osterling precisa al respecto:

Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestren su existencia. En el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta —la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización— a dejar, simplemente, sin protección algún derecho vulnerado (1985, p. 150).

En adición a ello, corresponde comentar respecto a las características pragmáticas de las indemnizaciones que se reciben por estos daños en nuestro sistema legal. Como explica Fernández (2019, p. 164), la indemnización no es una nueva obligación; es la obligación originalmente pactada e incumplida que ahora se ha transformado porque el interés del acreedor ha cambiado. Es, por tanto, una deuda de valor, mas no de dinero. Lo que se debe ahora al acreedor es el valor perdido de no poder haber obtenido el comportamiento, utilidad o bien que inicialmente deseaba. Además, la indemnización no es subsidiaria y accesorio, sino dual en los casos de inejecución de obligaciones. Es decir, por un lado, es una prestación sustituta (indemnización compensatoria), y por otro es una indemnización complementaria (indemnización moratoria).

Ahora bien, los daños que pueden ser reparados en la responsabilidad contractual peruana encuentran tres límites fundamentales. Osterling explica la primera limitación basándose en lo regulado por

el artículo 1321° —citado ya numerosas veces— y señala que, en caso de culpa leve, el deudor solo responderá por los daños que pudo haber previsto a la hora de constituir la obligación. Si, por el contrario, incumpliera su obligación con dolo, responderá por los daños que pudo prever y también por los daños imprevisibles (1985, p. 408). Es decir, en primer lugar, se encuentra el límite de la previsibilidad, y es que el legislador pretende que el deudor responda por aquellos potenciales daños derivados del contrato, o sea, aquellos que las partes tuvieron en cuenta cuando acordaron sus obligaciones (Osterling, 1985, p. 408).

Al respecto, el autor agrega que la previsibilidad en nuestro ordenamiento jurídico debe entenderse en sentido relativo, es decir, sobre la base de la naturaleza de la obligación y del criterio del juez. En sus propias palabras, “lo previsible es aquello que las partes, razonablemente, pudieron y debieron tener en cuenta, al tiempo de contratar” (1985, p. 409). Sin embargo, en función del elemento de la culpa y la graduación de la misma que realiza el legislador, se admite que la parte incumplidora responda incluso por aquellos daños que no fueron previstos a la hora de acordar las obligaciones contractuales.

Este límite responde a la distribución de riesgos en una relación contractual normal: cada uno maneja la información necesaria para estimar los requisitos del cumplimiento de la obligación debida; o, dicho de otro modo, cada parte es la que mejor puede estimar los riesgos de la inexecución porque tiene en su poder la información necesaria para calcular la probabilidad de incumplimiento. Como consecuencia de esto, cada parte —dependiendo de qué rol ocupa en el contrato específico— es quien está en la mejor posición para tomar medidas de precaución que le prevengan de incumplir. Escobar (2004, p. 196) plantea un ejemplo sencillo para entender esto. Imaginemos que una persona le pide a un sastre que le confeccione un traje de gala, el sastre se ha comprometido a terminarlo en tan solo una semana. En este escenario el sastre es quien cuenta con mejor información para calcular la probabilidad de incumplimiento porque es él quien maneja la información de su carga de trabajo pendiente, la cantidad de trabajadores disponibles, y el promedio de su productividad. En palabras de Fernández Cruz, la previsibilidad es tan importante precisamente porque está relacionada con el carácter concreto del interés:

Si los sujetos vinculados por la relación de obligación son lo que están en mejor posición de prever todo aquello que pueda impedir el cumplimiento de esta, entonces cualquier daño debe limitarse a aquel que pudo preverse al tiempo de concertarse la obligación (2019, p. 47).

La previsibilidad como límite va de la mano con el requisito de que, para otorgar una indemnización, se utilizará como criterio que el daño sea directo e inmediato. Es decir, el daño debe ser una consecuencia directa e inmediata de la inexecución de obligaciones. Como señala Osterling, este principio de causalidad jurídica supone una relación de causa a efecto, de tal forma que “se pueda inferir que el daño no se habría verificado sin el evento doloso o culpable a que dio origen el deudor” (1985, p. 409). Con lo

cual, está directamente vinculado al requisito de probar un nexo causal como demostración de que determinado acto tuvo como consecuencia directa la ocurrencia del daño que se demanda.

Sin embargo, sobre este punto discrepa Fernández Cruz, quien señala que la limitación de la previsibilidad responde a una causalidad jurídica; pero que el daño directo e inmediato responde a la causalidad material. Expliquemos esto. Fernández Cruz no comparte la calificación de cierto sector que asigna a la imputabilidad el término “causalidad jurídica”. El autor considera que la verdadera causalidad es aquella material, esto es la relación que existe entre el acto generador y el daño como evento; y no la llamada jurídica, que responde al juicio de imputabilidad que determina el alcance del daño (2019, p. 43)⁵. En otras palabras, la causalidad no tiene que ver con la imputabilidad: la primera implica la relación tangible y concreta entre acto y daño; la segunda determina la extensión de hasta qué punto el causante debe resarcir por el daño.

De forma más interesante aún, hay un sector de la doctrina que considera que se comete un error al darle tanta importancia al criterio de la previsibilidad. Ello se ha explicado a través del origen de este criterio en la doctrina francesa —mismo que explicaremos en el apartado siguiente— y señalando que es un rezago de un sistema en donde la responsabilidad civil priorizaba al causante del daño, en lugar de a la víctima. Esto sucede porque la regla de la previsibilidad se consagró como criterio resarcitorio general en el siglo XVI para evitar que el deudor pague todas las deudas que indistintamente pueda haber ocasionado al acreedor. Sin embargo, autores como Espinoza —y otros grandes juristas franceses— consideran que este modelo desfasado ignora el necesario cambio de foco del dañante, al dañado (2019, p. 591). Este es un momento significativo, pues introduce un cambio de percepción revolucionario en donde las indemnizaciones ya no deberían tomar en cuenta al causante y su culpa; sino a la víctima y perjuicio que efectivamente sufrió (Mazeud como se citó en Espinoza, 2019, p. 591).

Así, se abre paso el principio de la reparación integral del daño, el cual sostiene que todo daño que ocasione una pérdida patrimonial o la frustración de una ganancia, debe ser resarcido de manera completa (Visintini, 2015 p. 291). Lo cual significa que la indemnización que la víctima del incumplimiento recibe

⁵ Un ejemplo para graficarlo: Imaginemos que contratamos a una empresa constructora para que realice reparaciones en un edificio y estas reparaciones deben contar con ciertos estándares de seguridad. La constructora se retrasa y cuando finalmente cumple, el edificio no cumple con los estándares. Entonces, ante un terremoto, el edificio se cae.

Desde la causalidad jurídica se busca determinar si el incumplimiento contractual por parte de la constructora fue la causa del daño causado por el terremoto. El objetivo sería demostrar que el incumplimiento fue causa suficiente, independientemente de si las reparaciones insuficientes fueron la causa material directa de que el edificio se derrumbe. Por otro lado, desde la causalidad material se busca demostrar que el incumplimiento de los estándares acordados fue directamente responsable de que el edificio no soporte el sismo y se derrumbe. Aquí hay una conexión directa entre el incumplimiento contractual y el daño.

debe ser igual a la diferencia entre el valor actual y el que hubiera podido ser de haberse ejecutado el contrato, de tal forma que la parte incumplidora no conserva ninguna ganancia patrimonial adquirida a través de su accionar. No obstante, como se aprecia en el artículo 1321 de nuestro Código Civil, este principio se encuentra bastante relativizado.

En consecuencia, Espinoza sostiene que se debería priorizar el principio de la reparación integral de la víctima y que el sistema de topes presente en el artículo mencionado de nuestra legislación es un “rezago de la percepción de la responsabilidad civil en función del dañante y no del dañado” (2019, p. 594). Con lo cual, se debe tener en cuenta que un daño grave y considerable puede ser ocasionado con culpa leve; mientras que un daño casi irrelevante podría ser ocasionado por una culpa inexcusable o incluso con dolo. Es por eso que hoy se debería optar por tomar el daño causado como un horizonte para calcular la indemnización efectivamente resarcitoria. Se apunta, en otras palabras, a que la graduación de la culpa deje de operar como beneficio a favor del causante y que la reparación no se limite a más que el principio de reparación integral a favor de la víctima (Espinoza, 2019, p. 594).

La segunda limitación es la evitabilidad, por la cual la víctima tiene la carga de mitigar aquellos daños que pueda evitar a un costo razonable. Así también lo regula el artículo 1327 de nuestro Código Civil (1984): “El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”. Según Fernández Cruz, este criterio está acogido dentro de la fórmula “consecuencia directa e inmediata”, lo cual significa que la parte incumplidora solo responde por los daños próximos a su esfera de dominio (2019, p. 45).

En tercer lugar, los daños deben ser actuales para ser resarcibles. Osterling menciona al respecto que el juez “al fijar la indemnización, debe tener en cuenta solo los daños actuales que sufre el acreedor por la inejecución de la obligación, o también los daños futuros” (1985, p. 410). Esto quiere decir que solo se resarce los daños que actualmente ya ocurrieron, no aquellos que potencialmente podrían ocurrir en el futuro porque sobre ellos no se tiene certeza. Por tanto, para ser resarcible el daño ya debe haber sido ocasionado, pues solo de esta manera se tienen los insumos necesarios para probar el resto de requisitos necesarios a la hora de demandar los daños y perjuicios. Este criterio va de la mano con el límite de la normalidad, que implica que la afectación debe ser normal según la actividad que se realice, vale lo mismo decir, no son resarcibles daños atípicos que no guardan relación con el incumplimiento.

Un criterio adicional que vale la pena mencionar es el de la concurrencia del acto generado por el acreedor, y es que si su conducta concurre con aquello que le ha ocasionado un daño, el ordenamiento también prevé que el resarcimiento que estará disponible se vea reducido según un análisis de dicha conducta. Por lo que, mientras más grave sea su participación y la importancia de dichas consecuencias

para que el daño final haya ocurrido, la cuantía de la indemnización puede reducirse. Así lo regula el artículo 1326 del Código Civil: “Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven” (1984).

En resumen: el criterio general que se emplea para las indemnizaciones es que se haya presentado un daño directo, cierto y previsible por las partes. Esto con el objetivo principal de colocar a la víctima en la posición en la que estaría si se hubiera cumplido el contrato. ¿Qué significa esto? Que nuestro sistema está orientado al cumplimiento de las promesas que se hacen en los contratos pues, de no ser así, los remedios buscan procurar a la víctima aquella utilidad que hubiera recibido de haberse honrado la promesa contractual.

1.3.3. El sistema de responsabilidad contractual peruana es un sistema tributario

Para concluir el apartado de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones en el Perú, corresponde ahora determinar si nuestro sistema es tributario de algún ordenamiento extranjero. La respuesta simple y corta es sí. El ordenamiento peruano en general, y específicamente en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, encuentra su origen prácticamente traducido de las legislaciones italiana, alemana y francesa principalmente. Por lo que, en este último apartado se realizará un breve recuento de los antecedentes a la regulación peruana para identificar dónde es que el Perú se enmarca respecto a estos modelos extranjeros de responsabilidad por inexecución de obligaciones.

Primero debemos comprender las nociones de incumplimiento que se recogieron en estas tres legislaciones, esto nos facilitará entender qué noción es la que se acogió en el Perú. En Alemania se acogió un modelo en donde originalmente no hubo una regla general sobre el incumplimiento; sino que hay irregularidades y cada una de ellas tiene un remedio asignado (Saavedra, 2019, p. 12). Es decir, hay hipótesis específicas de incumplimiento reguladas en el BGB: la imposibilidad de la prestación, la mora, cumplimiento defectuoso, y lesión de deberes de protección. Es un sistema de responsabilidad por irregularidades en la ejecución de las prestaciones.

Como explica el autor, la prioridad la tiene la imposibilidad, lo que significa que la responsabilidad se determina en función de la conducta que ocasiona que la prestación se vuelva imposible, eso a su vez significa que el deudor podrá liberarse si demuestra que la imposibilidad ese dio por causa no imputable a él. Vale la pena aclarar que este sistema ha sido revisado en el 2000 a través del proyecto reformativo del

Derecho de obligaciones en el BGB y el incumplimiento de obligaciones ha pasado a formularse desde una cláusula normativa general y direccionando la atención a la infracción de un deber (León, 2003, p. 18).

Respecto a su relación con nuestro ordenamiento, los alemanes, a través del BGB, introdujeron la atenuación a la prioridad que se le dio al criterio de la culpa para darle mayor atención al daño y esto es una influencia importante para la adopción del criterio objetivo en la responsabilidad, especialmente para la responsabilidad extracontractual (Vidal, 2001 p. 394). De hecho, esto se manifestó en el Código Civil peruano de 1936; sin embargo, se mantuvo la prioridad a un sistema ante todo subjetivo para la responsabilidad por inexecución de obligaciones: “En materia de responsabilidad contractual mantiene absoluta fidelidad a la teoría clásica de la culpa” (Osterling como se citó en Vidal, 2008, p. 394).

Por otro lado, el sistema francés “tiene como concepto central a la inexecución, otorgándole un mayor grado de flexibilidad al acreedor, quien tendrá la prerrogativa de elegir el remedio aplicable ante la hipótesis verificada y su interés concreto” (Saavedra, 2019, p. 21). En un inicio, los franceses no lograban ponerse de acuerdo respecto a la determinación de si la responsabilidad se origina por la ausencia de diligencia o en el incumplimiento per sé. Como comenta el autor, este problema fue resuelto por René Demogue en 1925 con la formulación de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados. Las primeras, que se presentan cuando el objeto de la relación es una obligación de hacer, señalan que el deudor no será responsable si logra acreditar que fue diligente y aun así no pudo cumplir. Las segundas, en donde el objeto de la relación es una obligación de dar o no hacer, señalan que el deudor no será responsable si logra demostrar que existió una causa ajena a su control que le impidió cumplir (Saavedra, 2019, p. 22). Como quiera, lo relevante es que en Francia la relevancia la tiene el comportamiento del deudor.

En Italia, el sistema es bastante parecido al francés, por lo que la relevancia también está enfocada en la conducta del deudor y a evaluar si es que actuó con la debida diligencia o no. En otras palabras, se sujetan los remedios disponibles a la constatación del incumplimiento de un deber jurídico. Saavedra señala que “(...) se trata del incumplimiento de un deber y para ello se examina la idoneidad del comportamiento del deudor dirigido a cumplir su compromiso” (2019, p. 23).

De manera general, se debe señalar que el antecedente directo del Código Civil peruano de 1984 no es exactamente, como popularmente se señala, el Codice Civile italiano de 1942. Por el contrario, ambas legislaciones provienen de un tronco común, como le llama Espinoza Espinoza (2003, p. 735), que es el Code Napoléon francés y el proyecto franco-italiano de 1927. Precisamente aquí es donde podemos encontrar el origen de una de las instituciones más importantes que se presentaron en esta sección del trabajo: la previsibilidad como criterio límite de las indemnizaciones por inexecución de las obligaciones.

Respecto al origen del criterio límite de la previsibilidad, anunciado líneas arriba, corresponde que comentemos al respecto lo siguiente: en el 531 A.C, Justiniano estableció como criterio para la compensación por daños el límite *ad duplum*, que significa el doble del daño que sufrió la otra parte. Partiendo de esta idea del Derecho romano, en 1546, Dumoulin —importante jurista francés— llegó a la conclusión de que el razonamiento de Justiniano se basó en que el deudor solo podía prever ese perjuicio para determinar la indemnización, o sea, que por su incumplimiento solo podría prever la obligación de tener que pagar el doble del valor de su daño. Es por esto que al criterio de Justiniano se le considera como el origen del criterio de la previsibilidad en el sistema romano-germánico. Fue así como Dumoulin estableció la regla general de que los daños compensables por inexecución de obligaciones se determinaban y estaban limitados según la previsibilidad (como se citó en Ferrari, 1993, p. 1264). De hecho, como sostiene Ferrari, esta regla luego quedó plasmada en el Code Napoleón y “served as a ‘vehicle’ for the transplantation of the rule of foreseeability into a numerous legal systems (...)” [sirvió como un ‘vehículo’ para la transplatación de la regla de la previsibilidad en numerosos otros sistemas legales] (1993, p. 1264).

Esto fue asimilado también por Pothier, quien entonces señaló que se debe atender a cada caso y daño particular para que, en función de estos, se modere la estimación de la indemnización que se realice: cuando solo hay culpa leve, solo responde por los daños que pudo prever al negociar el contrato; pero si actuó con dolo, se obliga instintivamente a la reparación de todo daño que su dolo pueda haber ocasionado (como se citó en Espinoza, 2019, p. 590). Como presentó el autor, esto quedó plasmado en el Code Napoleón en el artículo 1150 (1804): “El deudor solo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte” (2019, p. 591).

Asimismo, fue acogido por el artículo 1225 del Codice Civile: “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” [Si la inexecución o el retraso no fuera ocasionado por el dolo del deudor, el resarcimiento está limitado al daño que podía preverse al momento en que la obligación nació] (1942). Finalmente, acogido en el Código Civil peruano también, por supuesto, en su artículo 1321:

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 inexecución 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 inexecución. Si la inexecución 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 (1984).

En Francia se estableció la regla general de reparar todo daño causado por la culpa, regla que se consolidó en la redacción del Code Civil como aquella derivada de la inejecución de obligaciones; mientras que la obligación de reparar un daño derivado de la comisión de delitos se asimiló como la llamada responsabilidad extracontractual. De hecho, a través de la culpa como principio rector de la responsabilidad contractual, el Code elaboró conceptos como la graduación de la culpa y su vínculo con el nivel de reparación. De modo que surgen conceptos como culpa dolosa, culpa lata y culpa leve (Vidal, 2001 p. 392). Mismos que fueron claramente recepcionados por el ordenamiento jurídico peruano que también postula la culpa como el elemento principal para la responsabilidad por inejecución de obligaciones y la graduación de la culpa como herramienta para evaluar la indemnización que corresponde a la víctima. Como menciona el autor, el Code Civil es una de las influencias más significativas desde 1804 en todo el Derecho romano germánico para el tratamiento separado de la responsabilidad originada por inejecución de obligaciones como responsabilidad contractual, y la responsabilidad causada por delitos como responsabilidad extracontractual (2001 p. 392).

Asimismo, nuestro sistema también tomó del ordenamiento francés otros criterios que fundamentan la limitación de los daños resarcibles. El criterio de la causalidad directa y el criterio de la evitabilidad. Así, como comentó Fernández (2019, p. 45), la causalidad directa fue planteada por la doctrina francesa como el criterio que establecía que solo los daños que son consecuencia lógica y directa del evento eran resarcibles. De la misma manera, el criterio de la evitabilidad fue planteado como un límite al resarcimiento sobre la base de los daños que el acreedor pudo evitar, haciendo a estos últimos no resarcibles.

Ahora bien, respecto a Italia, aunque el propio sistema es una suerte de puente entre el ordenamiento peruano y el francés, vale la pena mencionar que prácticamente toda su regulación para el incumplimiento contractual fue acogida en nuestro país como prácticamente una traducción literal. Al respecto, Alpa (2014, p. 25) explica que el Codice Civile vigente desde 1942 ha dedicado siete disposiciones para el resarcimiento en el daño contractual, las cuales podremos encontrar bastante familiares. Por ejemplo, este sistema se compone por la pérdida sufrida, lo que se conoce como daño emergente, y por la falta de ganancia, llamada también lucro cesante. A su vez, se han reconocido límites como que los daños deben ser directos e inmediatos, así como previsibles. De modo que el resarcimiento dependerá de la concurrencia culposa del deudor y el daño evitable por el acreedor. En general, “la jurisprudencia y la doctrina italianas han precisado (...) las amplias fórmulas que la tradición nos ha transmitido: el acreedor debe ser puesto en la misma situación económica en la cual se habría encontrado si el hecho ilícito no se hubiese verificado (...)” (Alpa, 2014, p. 26).

En síntesis, es evidente que nuestro sistema de responsabilidad civil es tributario de un conjunto de importantes sistemas legales extranjeros y ¿cómo sucedió todo esto? Pues responde a un curioso fenómeno legal y social que ya hemos mencionado, pero no trataremos hasta el último Capítulo de este trabajo: el trasplante legal. Lo importante en esta etapa es que la lectora pueda recordar esto para luego reconocer que no es un fenómeno nuevo y, mucho menos, nuevo para nuestro sistema legal.



CAPÍTULO II

Los *punitive damages* en el ordenamiento norteamericano

El segundo Capítulo se concentrará en explicar el funcionamiento de los *punitive damages* cuando estos son aplicados a casos de responsabilidad por inejecución de obligaciones en el ordenamiento norteamericano, vale decir, casos de *breach of contract*. Para lograr ello, la primera sección se propone explicar cuál es la ubicación sistemática de los *punitive damages* dentro del sistema de *breach of contract*, esto nos ayudará a entender cuál es la relación que mantienen los *punitive damages* con la responsabilidad contractual en los Estados Unidos. Es decir, entender qué son, cómo funcionan y bajo qué razonamiento su existencia está justificada por parte de los juristas americanos como parte del fenómeno del *breach of contract*: ¿son una excepción?, ¿son una forma de enriquecimiento indevido?, ¿deberíamos comprenderlos como una suerte de *liquidated damages clause* o como una pena privada? Todas estas interrogantes, y más, serán respondidas en este punto. Esto requiere, como preámbulo, una consulta a la historia de los *punitive damages* dentro del *Common Law*. La segunda sección, mucho más concreta, se plantea explicar las diferencias operativas entre los *punitive damages* dentro de las reglas del *Tort Law* en contraste con las reglas del *Contract Law*. Con lo cual, se responderá a las preguntas de ¿cuáles son los criterios de operación de los *punitive damages* en el *Tort Law* americano? Y, en consecuencia, ¿cuáles son los criterios de operación de la institución aplicada a casos de *breach of contract*?

2.1 La ubicación sistemática de los *punitive damages* en el sistema del *breach of contract* (*Contract Law*)

2.1.1 Breve recuento del desarrollo histórico de los *punitive damages*: ¿dónde y cómo se originaron?

El origen de los *punitive damages* como tal está intrínsecamente relacionado con el desarrollo de otra institución crucial en el *Common Law*: *the jury* (el jurado). Sullivan sostiene que el desarrollo del Derecho de daños inglés explica el posterior nacimiento de la doctrina que estamos estudiando (1977, p. 208). En los inicios, explica Plucknett, las cortes reales resolvían mayoritariamente casos de propiedad, ello porque los demandantes no buscaban recibir una indemnización económica como tal, sino una declaración judicial en donde se establezca que efectivamente se les debía devolver una suerte de propiedad de la que habían sido privados (como se citó en Sullivan, 1977, p. 208). Entonces, continúa el autor, fue recién a inicios del siglo XIII, con el surgimiento del *trespass* —entrar sin autorización a propiedad ajena— que se dieron las condiciones para que la indemnización pecuniaria se vuelva común en el Derecho angloamericano (1977, p. 209).

Una vez que la indemnización pecuniaria se volvió una figura imprescindible y altamente aceptada, los juristas ingleses se preguntaron ¿cómo y quién debería determinar el monto de dicha indemnización? Tuvieron dos opciones: *i*) recurrir a un sistema de tarifas predeterminadas en escalas fijas desarrolladas por el Derecho anglosajón temprano (llamadas *wer, bot o wite*); o *ii*) recurrir al criterio de un tribunal. La Corte del Rey (*Court of King's Bench*) decidió optar por la segunda opción. Como sostiene el autor “the judges of the time, seeking to relieve themselves of as many difficult problems of damage law as possible, turned instead to the jury” [los jueces de la época, buscando evitar tantos problemas relacionados con derecho de daños como fuera posible, optaron por el jurado en su lugar] (1977, p. 209). Con lo cual, se podría decir que fue una decisión bastante pragmática en donde los jueces ingleses buscaron la alternativa que retirara el problema de sus manos.

En consecuencia, una vez que el poder para determinar la indemnización pecuniaria fue otorgado a libre discreción del jurado, los jueces —ni los juristas en general— no tenían la necesidad de preocuparse por elaborar criterios o estándares para medir el quantum de dichas indemnizaciones (Sullivan, 1977, p. 209). En un inicio no hubo necesidad de utilizar una terminología como *punitive damages*, las incipientes cortes del *Common Law* simplemente permitían a los jurados otorgar indemnizaciones a su propia discreción. Esto ha ocasionado que la evolución del Derecho de daños inglés tenga que ser trazado a través de las decisiones judiciales que trataba de establecer el procedimiento correcto para el control ex post de las decisiones de los jurados (1977, p. 210). Esto en la ausencia de una verdadera teoría substantiva sobre el Derecho de daños.

Sin embargo, fue cuando las cortes comenzaron a considerar necesario que exista una relación más cercana entre la pérdida sufrida y la indemnización otorgada que se desarrolló la idea de que era deseable que el jurado inflija una penalidad adicional sobre el causante, una penalidad adicional a la mera compensación. Acá es cuando comienza a emerger el concepto de *punitive damages* en el sistema del *Common Law* (Miner, 1975, p. 670). Sullivan lo explica de la siguiente manera: mientras las cortes inglesas iban ganando más poder revisorio respecto a los juicios emitidos por los jurados, más se iba delimitando la diferencia que aplicaban entre casos de *Tort* y casos de *Contract*. Las cortes eran mucho menos proclives a revisar un veredicto emitido en un caso de *Tort* y una corte del siglo XVIII lo sostiene:

(...) In contract the measure of damages is generally matter of account, and the damages given may be demonstrated to be right or wrong. But in torts a greater latitude is allowed to the jury: and the damages must be excessive and outrageous to require or warrant a new trial [En un contrato, la medida de los daños generalmente es una cuestión de contabilidad, y los daños otorgados pueden

demostrarse como correctos o incorrectos. Pero en los agravios se permite una mayor amplitud al jurado, y los daños deben ser excesivos y escandalosos para exigir o justificar un nuevo juicio] (Sullivan, 1977, p. 213).

Lo que nos está explicando el autor es precisamente que, en cierto punto de la historia, convergen dos fenómenos importantes en el desarrollo del Derecho de daños del *Common Law*: por un lado, se acepta la idea de imponer una penalidad adicional a ciertos tipos de daños; mientras que, por otro, se acepta la idea de que es más sencillo determinar correctamente esta penalidad adicional para los casos de *Contract*. Efectivamente, se hizo mucho más sencillo establecer estándares objetivos para medir el daño causado por el incumplimiento por inexecución de obligaciones (*breach of contract*), de lo que era para un daño por responsabilidad extracontractual (*Tort*). Ello, pues, “the common law courts were able to limit the jury’s discretion in contract actions much earlier than in tort actions” [los tribunales de derecho consuetudinario pudieron limitar la discreción del jurado en casos de incumplimiento contractual mucho antes que en las acciones por responsabilidad extracontractual] (Miner, 1975, p. 670).

Esto tiene sentido ya que, intuitivamente, es más fácil determinar la pérdida ocasionada ante un daño que se comete en el marco de una relación contractual donde las obligaciones de ambos lados están previamente determinadas de forma específica. Mientras que no sucede así en casos de *Tort*, pues es más complejo determinar el valor de la pérdida de una parte corporal, de un ser querido, de una oportunidad de trabajo, de la casa de los padres, de valores como privacidad, etc. A esto hace referencia la corte anteriormente citada: en casos de incumplimiento contractual la pérdida es 1 o es 10; esta precisión no es tan sencilla encontrarla en casos de agravio. De hecho, Washington (como se citó en Sullivan, 1977, p. 219) añade, como en los casos de *Contract* había mucha más certeza para estimar el daño y, por ende, la indemnización de la víctima, las cortes solían catalogar de excesivos los veredictos de los jurados en varios casos. Dicho de otra manera, cuando las cortes comenzaron a desarrollar sus propias doctrinas para la revisión de los veredictos de los jurados, fue más sencillo modificar aquellos sobre los cuales eran capaces de realizar una verificación objetiva (John, 1986, p. 2038).

Por otro lado, el hecho de que las cortes fueran mucho más reacias a derogar sumas largas en las indemnizaciones de *Tort* —porque aquí las pérdidas no suelen ser tangibles— fue lo que permitió el desarrollo posterior de lo que vendrían a ser los principios de los *punitive damages*. Es así como nace y empieza a marcarse una línea divisoria entre el trato que recibían los casos de *Contract* y de *Tort*. En el primero, las indemnizaciones generalmente eran materia de revisión y verificación, por lo que la corte podía revisar el veredicto; mientras que, en el segundo, las cortes carecían de poder para revisar los veredictos

excesivos porque el jurado retenía una función testimonial⁶ a la hora de determinar la cuantía en aquellos casos donde no podía hacerse con certeza razonable (John, 1986, p. 2038). Entonces, podemos notar que, con el tiempo se van marcado profundamente dos cursos de acción: en *Contract Law* los veredictos se revisan más por los jueces y como consecuencia se limita más la indemnización otorgada. Mientras que en *Tort Law* los veredictos se revisan menos, se concede más discreción al jurado y en consecuencia se limita menos la indemnización otorgada.

Con lo cual, postula Miner, la marcada diferencia de los *punitive damages* entre *Tort* y *Contract* fue causada por un accidente histórico (1975, p. 670). En un sistema donde no es difícil determinar cómo y con cuánto se debe indemnizar a la contraparte, no parecía necesario introducir el uso de la doctrina; mientras que en el otro, sí. Entonces, “by the time the courts recognized the need for punitive damages, the rule forbidding them in breach of contract was too firmly established by precedent to be disturbed” [para el momento en el que las cortes reconocieron la necesidad de aplicar *punitive damages*, la regla que los prohibía en derecho contractual estaba demasiado solidificada como precedente como para ser cuestionada] (Miner, 1975, p. 670). Esta postura, de hecho, es más aceptada de lo que a primera vista puede parecer. El Derecho contractual (*Contract Law*) surgió como una suerte de incidente paralelo y necesario a la vida comercial de las sociedades de comercio incipientes. Consecuencia de esto es que en su base no considere las indemnizaciones punitivas no compensatorias como parte de una transacción comercial (Simpson, como se citó en Sullivan, 1977, p. 218).

Así, “the traditional unavailability of punitive damages may be considered simply an accident of historical development” [la tradicional indisponibilidad de los *punitive damages* puede ser considerada simplemente un accidente de desarrollo histórico] (Sullivan, 1977, p. 218). Además, se considera también como explicación el hecho de que en, en un contrato, las obligaciones son creadas libre y autónomamente por cada una de las partes. Es un ejercicio de voluntad (*will*). Eso quiere decir que, a diferencia de la comisión de un acto tortuoso, el incumplimiento de estas obligaciones no necesariamente viola estándares objetivos de conducta en sociedad. Por lo que, añade el autor, “since breach of contract usually abuses no external standard of acceptable conduct, contract damages may be thought to have no punitive function” [dado que el incumplimiento del contrato no suele abusar de ningún estándar externo de conducta aceptable, se puede pensar que las indemnizaciones contractuales no tienen función punitiva] (Sullivan, 1977, p. 219).

⁶ La función testimonial de los jurados americanos está relacionada con el hecho de que, en un inicio, el jurado se componía de personas de la comunidad que tenían conocimiento personal y directo sobre los hechos del caso (John, 1986, p. 2037).

El principal caso al que se le atribuye el origen de los *punitive damages* es identificado como *Huckle v. Money*⁷ (1763). Huckle era un impresor de diarios a quien se le emitió una orden judicial ilegal y, en consecuencia, fue incautado indebidamente a manos de un agente del Rey. El jurado consideró que solo se le había causado un daño personal pequeño porque cuanto estuvo en custodia de los agentes se le trató de manera civilizada. No obstante, la corte también consideró que la actitud por parte del gobierno había sido indignante por decir lo menos, e incluso la compararon con la Santa Inquisición española. Por tanto, la corte confirmó como correcto el veredicto del jurado de otorgar *exemplary damages* (Sullivan, 1977, p. 213). Para justificar la indemnización tan elevada, “Lord Camden pointed to the outrageous nature of the officials’ actions, as they must have appeared to the jurors, as the justification for the award” [Lord Camden señaló la naturaleza escandalosa de las acciones de los oficiales, tal como debieron haberles parecido a los jurados, como justificación del veredicto] (como se citó en John, 1986, p. 2039).

Con el paso del tiempo, las cortes comenzaron a justificar el por qué otorgaban sumas tan elevadas. En *Merest v. Harvey* (1814), Harvey era un cazador ebrio que se auto invitó al evento de caza privada de Merest en su propiedad. Pese a que Merest le pidió que se retire, Harvey hizo caso omiso y empezó a disparar, incluso a pedirle a Merest que le de más municiones. Eventualmente, el demandante obtuvo una indemnización de 500 libras y cuando Harvey apeló que este era un monto excesivo la corte dijo: “I wish to know, in a case where a man disregards every principle which actuated the conduct of gentlemen, what is to restrain him except large damages?” [Quisiera saber, en un caso donde una persona ignora cada principio de conducta de los caballeros, ¿qué más podría contenerlo sino una indemnización cuantiosa?] (como se citó en Sullivan, 1977, p. 214).

Así, el razonamiento detrás de los *punitive damages* en esta época apuntaba a que la institución servía para compensar a las víctimas por pérdidas intangibles relacionadas a afecciones mentales o sentimentales; castigar al causante y disuadirlo de volverlo a hacer; ser un mecanismo por el cual el jurado podía expresar su reproche a la conducta dañosa; y en algunos casos también, como una herramienta para evitar que las víctimas tomen justicia por sus propias manos (John, 1986, p. 2039). En los años siguientes es posible apreciar que las cortes comenzaron a justificar la admisibilidad de indemnizaciones cuantiosas para casos de *Tort*, específicamente en la conducta del causante o en “the principle that such judgements might serve as warning symbols to potential tortfeasors” [el principio de que estos veredictos podrían servir como símbolos de advertencia a potenciales causantes] (Sullivan, 1977, p. 214). Como menciona el autor,

⁷ De hecho, según John, este es el primer caso donde se menciona el término “*exemplary damages*” (1986, p. 2039).

para el siglo siguiente y subsiguiente, la doctrina de los *punitive damages* ya se habría vuelto reconocible por parte de los juristas ingleses (1977, p. 214).

Ahora bien, ¿qué paso en América? Uno de los primeros casos norteamericanos sobre la materia fue identificado como *Coryell v. Colbaugh* (1791). Aquí la Corte Suprema de Nueva Jersey explicó la naturaleza de los *exemplary damages* para un caso de *breach of promise to marry* (inejecución de la promesa de casarse). La Corte señaló que la indemnización para un caso de tal naturaleza se daba con el objetivo de ejemplificar y prevenir una ofensa así en el futuro: “(...) the jury were bound to no certain damages, but might give such a sum as would mark their disapprobation, and be an example to others” [(...) el jurado no tenía un parámetro para la indemnización, pero debía conceder una suma que marque su desaprobación y sea un ejemplo para otros] (como se citó en Sullivan, 1977, p. 214).

Eventualmente la institución también se consolidó en el suelo estadounidense, aunque es cierto que en un inicio hubo confusión respecto a si los *punitive damages* genuinamente servían una función compensatoria, o si en realidad solo tenían una función punitiva para con el causante del daño. Para el siglo XIX la mayoría de cortes americanas había llegado al consenso de enfatizar el carácter punitivo de la institución, por ejemplo, en *Magee v. Holand* (1858), la Corte Suprema de Nueva Jersey concedió *punitive damages* para un padre como compensación por el dolor que estaba pasando al haber sufrido el secuestro de sus hijos (como se citó en Sullivan, 1977, p. 215). Entonces, concluye Sullivan, el énfasis que se puso al carácter punitivo se fue acentuando a tal punto que los esfuerzos por caracterizar a los *punitive damages* incluso como parcialmente compensatorios fue desapareciendo (1977, p. 215).

Es importante reconocer que después de 1850 surgió una ola de criticismo muy dura para la institución, principalmente surgida a raíz de un debate entre dos juristas muy importantes de la época. Por un lado, Greenleaf proponía que el Derecho de daños tenía una función exclusivamente compensatoria; mientras que Sedgwick, por otro lado, sostenía que las indemnizaciones podían suplir necesidades de índole diferente a la compensatoria. Esta cuestión no era en contra de los *punitive damages* como institución per sé, sino una preocupación genuina por determinar exactamente qué clase de daños son aquellos que pueden ser atendidos por los *punitive damages*. Como consecuencia de ello, algunas cortes prohibieron totalmente su aplicación, esto bajo la premisa de que esta institución no debería ni siquiera existir en el derecho norteamericano. Sin perjuicio de ello, otros —la gran mayoría— mantuvieron el discurso de validez y admisibilidad en algunos casos específicos de *Tort*. Con lo cual, sostiene Sullivan, para finales del siglo XIX la vasta mayoría de jurisdicciones americanas habría reconocido la doctrina de los *punitive damages*, al menos en alguna medida. De esta forma, la distinción entre la posibilidad de recuperar *punitive damages*

en *Tort* o en *Contract* se volvió una de las principales características del Derecho de daños en el *Common Law*.

2.1.2 La ubicación sistemática dentro del *breach of contract*: ¿qué son? ¿cómo funcionan? ¿cuál es su relación dentro del *breach of contract*?

Guido Calabresi y Douglas Melamed establecieron un marco teórico importante en su obra “Un vistazo a la Catedral”: las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad. Las reglas de propiedad requieren que la persona que desea remover una situación jurídica activa de otra, deba negociar con el sujeto que ostenta de ella. Por otro lado, las reglas de responsabilidad permiten que la persona que desea remover a otra de una situación jurídica activa lo haga sin su consentimiento y, a cambio, le pague una indemnización determinada por las cortes. Ahora bien, dentro de los remedios contractuales, los *expectation damages* operan como una regla de responsabilidad: le permiten a una parte incumplir sin el consentimiento de la otra a cambio del pago de una indemnización. Por el contrario, los *punitive damages* y la ejecución forzada operan como reglas de propiedad: o bien disuaden o prohíben el incumplimiento, y por tanto requieren que el promitente que desea incumplir su obligación negocie la posibilidad de incumplir con la otra parte (Dodge, 1999, p. 634). Este es un planteamiento que será útil para comprender el funcionamiento de los *punitive damages* en casos de *breach of contract* más adelante, por ahora es importante reconocer que, dentro de los remedios disponibles, la primera categorización de esta figura es la de regla de propiedad.

Los *punitive damages* han sido llamados de muchas formas: en un ámbito más académico se les suele llamar *exemplary damages* (indemnización ejemplar por su traducción literal al español), o en un ámbito más coloquial se les conoce como *smart money* (dinero ganado de forma inteligente, haciendo alusión a que es una forma rápida de ganar una suma considerable de dinero). Como quiera que sea, señala Miner, el consenso es “they have always been considered the complement of compensatory damages” [siempre han sido considerados como el complemento de la indemnización compensatoria] (1975, p. 668). Este vínculo es importante y se deduce de la propia naturaleza de cada tipo de indemnización. La indemnización compensatoria se mide por la pérdida sufrida por la víctima del daño y su objetivo es, como se explicó en el Capítulo I, poner a la víctima en la posición en la que estaría si es que el daño no hubiera ocurrido. Por otro lado, los *punitive damages* no tienen un estándar pre establecido sobre el que se deban basar y esto es así porque su objetivo es, entre otros, disuadir al causante de no reincidir en su conducta dañina.

Miner sostiene que, si bien es cierto que los *compensatory damages* también tienen una naturaleza punitiva hasta cierto punto —pues el causante es de alguna forma castigado a pagar dinero para recomponer a la víctima— la diferencia conceptual nace a partir del estado mental del causante del daño. Este es un elemento que se explicará a mayor profundidad cuando se presente el apartado 2.2.1. Lo que el autor explica es que, si el causante simplemente actuó de manera negligente, esto es suficiente para justificar que se le obligue a indemnizar a la persona que afectó. Sin embargo, su sola negligencia no es suficiente para la admisibilidad del complemento *punitive damages*. Para que esto suceda su estado mental y, en consecuencia, su conducta, debe demostrar que “he is malicious or uncaring” [él es malicioso o indiferente] (1975, p. 669), pues este es el criterio que justifica una punición más severa. En consecuencia, concluye el autor “punitive damage awards are never available when only simple negligence is involved” [los *punitive damages* nunca están disponibles en casos donde la simple negligencia se ve involucrada] (1975, p. 669).

Según el autor, son cuatro las teorías más aceptadas que explican la justificación de los *punitive damages*: disuasión (*deterrence*), compensación (*compensation*), recompensa (*bounty*), y reivindicación (*vindication*). La disuasión está relacionada con la necesidad de evitar que las personas infrinjan daños de manera deliberada y con indiferencia respecto a los derechos de los demás, se considera deseable desincentivar estas conductas mediante los *punitive damages*. La compensación se basa en la teoría de que la indemnización compensatoria es, generalmente, insuficiente para componer ciertas pérdidas sufridas por la víctima, como los costos legales de litigar. Por tanto, cuando se considera que la conducta del causante fue particularmente obscena, los *punitive damages* son admitidos porque es deseable trasladar los costos legales del juicio al demandado. Esto se basa en la premisa de que es injusto que las víctimas de daños se vean desincentivadas de iniciar un litigio y buscar un remedio por el hecho de que los costos de un juicio suelen ser bastante elevados, esto es particularmente injusto si el juicio en cuestión se lleva contra una persona que actuó de manera grotesca e indiferente (1975, p. 671).

Por otro lado, explica Miner, los *punitive damages* también se entienden como una suerte de recompensa porque se cree que actúan como incentivo para que las víctimas de pérdidas no tan grandes o significativas, se vean incentivadas a demandar por una compensación. Finalmente, la reivindicación de las víctimas está basada en un presupuesto muy antiguo que hoy por hoy ya no se utiliza tanto como justificación para esta doctrina, y es que cree que mediante el incentivo económico que representan los *punitive damages* se puede evitar que las víctimas tomen justicia por sus propias manos para restaurar su honor ante faltas o daños muy indignantes (1975, p. 671).

Ahora bien, dado que esta institución actúa como un complemento de los *compensatory damages*, es necesario que se tome en cuenta la condición económica del causante para determinar un monto indemnizatorio correcto. En palabras de Miner, “the jury should consider the compensatory damages and punitive damages as a whole so as not to over-punish the defendant” [el jurado debería considerar la indemnización compensatoria y los *punitive damages* como un todo para no castigar en exceso al demandado] (1975, p. 672). Esto significa que la relación de complemento entre *punitive damages* y *breach of contract* obliga a quienes deben determinar la indemnización —en el caso americano, el jurado— a tenerlos en cuenta como una pareja inseparable donde una no puede ser ridículamente superior a la otra. En todo caso, no deben ser evaluadas de forma independiente, sino en conjunto y esta perspectiva debería verse reflejada en el modo de determinación del monto final.

Esto es particularmente importante porque, aunque más adelante se profundizará en la forma específica de cómo se calculan los montos de indemnización, una indemnización de *punitive damages* exorbitante en realidad es contraproducente en términos de efectividad en los niveles de disuasión. La explicación de ello es que rara vez una indemnización así pasa desapercibida por el control posterior de los jueces, y eso ocasiona que los magistrados se vuelvan extra cautelosos con la admisibilidad de la doctrina en los casos que evalúan. Con lo cual, esta clase de indemnizaciones termina ocasionando que se restrinja más la oportunidad de recibir *punitive damages*. Miner señala: “greater control over the size of punitive damages awards hopefully will result in more frequent allowance of punitive damages, although the average size of the award might be small” [un mayor control sobre el tamaño de los *punitive damages* idealmente resulte en una mayor frecuencia de la concesión de los mismos, aunque el tamaño promedio de la compensación podría ser pequeño] (1975, p. 672). El razonamiento detrás es muy interesante: en las penalidades que se aplican al derecho criminal, se suele decir que aquello que tiene un efecto disuasivo más efectivo es la certeza del castigo, antes que la severidad del mismo (Mueller como se citó en Miner, 1975, p. 672). En otras palabras, la doctrina de los *punitive damages* no necesariamente será más efectiva, en cuanto a *deterrence*, mientras más alto sea el monto impuesto; sino, mientras más certero sea para el resto de personas que se aplicará este castigo.

Algo importante a tener en cuenta respecto a la relación que guardan los *punitive damages* con la prueba de los daños es que los daños actuales deben ser probados antes de conceder los *punitive damages* (Sassaman, 1980, p. 89). En otras palabras, incluso si consideramos que la conducta del causante cumple con los estándares para conceder la admisibilidad de los *punitive damages*, si esta no es la causa directa y actual de los daños, no se va a conceder una indemnización con *punitive damages*. No obstante, es igual de importante destacar que este punto suele ser objetado basándose en la precisión de que esto es solo lo que

“generalmente” sucede. Una posición del debate considera que llevar esto al extremo entra en conflicto con los propios objetivos de la institución: la disuasión y el castigo. La razón es que, si uno castiga al causante por el estado mental que tenía a la hora de ocasionar el daño, el monto de los daños actuales sufridos pasa a ser irrelevante. ¿Por qué? Porque uno puede causar una pérdida menor, y aun así hacerlo a través de una conducta groseramente obscena que ocasione la necesidad de una indemnización grande como forma de castigo (Sassaman, 1980, p. 89).

Por otro lado, es menester de esta sección del trabajo plantear una diferenciación concreta con instituciones que suelen estar vinculadas a los *punitive damages*. Según el entendimiento de Dodge, los *punitive damages* operan como reglas de propiedad, pero no son la única institución que lo hace: también están la *specific performance* (ejecución forzada en nuestro sistema legal), y los *liquidated damages* (una suerte de cláusula penal en nuestro sistema). El autor explica que, aún con las ventajas que presentan las dos alternativas, también tienen desventajas importantes a considerar para justificar su posición de que los *punitive damages* deberían estar siempre disponibles en los casos de *breach of contract* deliberados. Como en esta parte de la investigación no es relevante profundizar en dicha postura, la explicación de Dodge nos es útil para explicar la diferencia en la ubicación normativa entre las tres instituciones.

La *specific performance* otorga la ventaja de colocar a la víctima del incumplimiento en la misma posición en la que estaría si la obligación se hubiera cumplido, es decir, no la coloca en una mejor posición y tampoco coloca a la parte incumplidora en una peor posición, como sí lo harían los *punitive damages*. En todo caso, sostiene Dodge, esta alternativa no siempre se puede ejecutar, por ejemplo, en aquellos casos en donde supervisar la ejecución represente un costo muy alto para la corte, o cuando el objeto ha dejado de existir porque el incumplidor lo vendió a un tercero. Por tanto, proteger la relación contractual requeriría de algo adicional: “it requires a penalty such as punitive damages that may be imposed when supervision is impractical or performance is no longer possible (...)” [requiere una penalidad como los *punitive damages* que sea impuesta cuando la supervisión es impráctica o la ejecución ya no es posible (...)] (1999, p. 684). En consecuencia, es razonable decir que los *punitive damages* no solo se encuentran ubicados dentro de la categoría excepción, sino también como un tipo de sanción o penalidad que siempre complementa otra forma de remediar el incumplimiento, en el ejemplo del autor, la ejecución forzada o *specific performance*.

Luego, de acuerdo a Dodge, los *liquidated damages* operan también como una penalidad porque disuaden a las partes de incumplir los contratos, tal como lo hacen los *punitive damages*. La diferencia, y ventaja, de esta institución radica en que son las mismas partes las que acuerdan el monto de una *liquidated*

damages clause. Además, se debe considerar otra diferencia importante y es que este tipo de cláusulas deben ejecutarse, o sea pagarse, independientemente de si el incumplimiento fue deliberado e intencional, o no. En otras palabras, operan independientemente del motivo del incumplimiento, lo cual es, por definición, el punto esencial detrás de todo el razonamiento de los *punitive damages*. Si esto es así —y de hecho lo es— entonces es posible inferir que los *punitive damages* tampoco pueden ser entendidos como un símil de la cláusula penal que existe en el *Civil Law*, dado que su cuantía no es determinada por la libertad contractual⁸.

Estas son preocupaciones que no surgen con los *punitive damages*, en consecuencia, nos ayudan a diferenciar ambas instituciones con mayor precisión. Esto es así porque, dada su naturaleza, los *punitive damages* solo serían impuestos, en principio, para aquellos casos de incumplimiento deliberado e intencional (*willful*). Por lo que, según el razonamiento del autor, el prometido no tiene incentivos para ocasionar o promover el incumplimiento, pues sabe que, si este no es resultado de una decisión deliberada del promitente, no recibiría mayor compensación que los *expectation damages*.

Además de ser útil para establecer dos diferenciaciones importantes, esta elaboración de Dodge sostiene que los *punitive damages* son la pieza faltante dentro de las reglas de propiedad: cuando la *specific performance* es práctica, es útil optar por este remedio porque finalmente otorga al prometido exactamente eso que se pactó; mientras que los *punitive damages* son más preferibles a las cláusulas de *liquidated damages* porque no promueven la creación de incentivos egoístas por parte de los prometidos a ocasionar ellos mismos el incumplimiento de sus contratos (1999, p. 685).

Ahora bien, como se introdujo en el apartado anterior, hay una dicotomía muy marcada entre el tratamiento de los *punitive damages* para *Tort Law* y *Contract Law*. La génesis de esta distinción se

⁸ Aunque la esencia de la cláusula penal y de los *liquidated damages* sea la misma, lo que sucede en el *Civil Law* es un tanto diferente. En nuestro sistema se permiten como remedios la ejecución de la cláusula penal, pero también la ejecución forzada (algo que no se contempla en Estados Unidos). No hay una distinción específica entre los *liquidated damages* y la cláusula penal del *Civil Law*. Sin embargo, a nivel teórico si lo hay: la cláusula penal de alguna manera castiga a la parte que decide incumplir, es por eso que se conoce como penalidad; no es un monto que se calcule exclusivamente basándose en qué tan difícil será estimar el daño real. Por el contrario, las *liquidated damages clauses* solo se justifican sobre ese criterio, no pueden ser ejecutadas si no se establecieron debido a la dificultad de estimar previamente el daño (Pataki & Hanna, 2023).

Dicho de forma más simple, las *liquidated damages clauses* del *Common Law* están principalmente orientadas al daño efectivamente cometido, pues solo pueden ser ejecutadas si están directamente relacionadas a la dificultad de calcular un daño. Mientras que la cláusula penal del *Civil Law* está orientada a penalizar a la parte que decide incumplir, independientemente de si realmente hubo daño o no, y esta cantidad contemplada como penalidad solo podría ser reducida si se considera excesivamente onerosa por un juez.

identifica en el caso *Hadley v. Baxendale*⁹ (1854), que limita los casos en sede contractual a recuperar aquellas pérdidas que están dentro de lo que las partes contemplaron al momento de contratar y que pueden identificarse con certeza (John, 1986, p. 2033). Esto ha motivado una pregunta que se ha repetido por años entre los estudiosos de la materia y que, por supuesto, también es gran parte de la motivación para esta investigación: ¿por qué?

La regla que establece que los *punitive damages* no son admitidos en las acciones de *breach of contract* cuenta con mucha historia en la jurisprudencia americana. El razonamiento detrás se fundamenta en la teoría compensatoria de las indemnizaciones en *Contract Law* que subyace detrás (Sassaman, 1980, p. 86). Esta no es desconocida para los lectores¹⁰: la víctima debe ser colocada en una posición tan buena como si el contrato se hubiera ejecutado. Esto no es así en los casos de *Tort Law*, donde se conceden los *punitive damages* para aquellos casos donde haya ciertas circunstancias que conocemos como agravantes particulares respecto a su conducta en sociedad.

Tal como ya explicamos, Sassaman también considera que esta dicotomía se puede explicar como fruto de un accidente histórico: los jurados solían tener mayor discreción para determinar las indemnizaciones en casos de *breach of contract* porque era más accesible hacerlo con certeza, esto permitió el desarrollo de reglas objetivas para evitar veredictos con indemnizaciones desproporcionadas y excesivas. Además, sostiene John, dado que las indemnizaciones en *Contract Law* eran más fáciles de ser medidas precisamente, no hubo necesidad de desarrollar un cuerpo doctrinal con los criterios para justificar veredictos excesivos (1986, p. 2041). Por otro lado, en las acciones de *Tort*, en donde las pérdidas y los daños eran menos certeros, las cortes no dejaron tan libre el criterio de los jurados y de sus veredictos. Entonces “the doctrine of punitive damages grew out of this discretion, and precedent was rapidly established forbidding punitive damages in contract actions” [la doctrina de los *punitive damages* surgió de esta discreción y rápidamente se estableció un precedente que prohibía los *punitive damages* en acciones contractuales] (Sassaman, 1980, p. 93).

Evidentemente, hay más razones que explican la dicotomía —estas serán posteriormente desarrolladas en la sección 2.2.2— por ejemplo, el que las indemnizaciones en *Tort* incluyen elementos de disuasión y castigo; mientras que en *Contract* suelen estar principalmente basadas en la compensación. Esta validez otorgada a las indemnizaciones casi puramente punitivas fue más rápidamente aceptada bajo la

⁹ Se trató este asunto en el Capítulo I.

¹⁰ Ibidem

teoría del *Tort Law* (Sassaman, 1980, p. 93). Sin perjuicio de ello, en líneas generales podemos decir que la naturaleza de las obligaciones en la ejecución de contratos y la facilidad para calcular los daños en sede contractual terminaron siendo la razón principal del trato diferenciado.

En palabras de la autora Lee, “the general rule against punitive damages on contract originated in England, and was carried over to the United States possibly as a result of tradition more than definitive legal reasoning” [la regla general en contra de los *punitive damages* en sede contractual se originó en Inglaterra, y fue llevada hasta los Estados Unidos posiblemente como el resultado de la tradición, antes que de un razonamiento legal definitivamente establecido] (1981, p. 94). Como quiera que se explique el origen de la dicotomía y el fundamento aparentemente teórico de la prohibición en sede contractual, esto consolida la posición sistemática de los *punitive damages* frente a los *compensatory damages* en el sistema del *breach of contract* como una relación de regla-excepción y, cuando la excepción se concede (si es que se da el caso), como una relación de subordinación (en sentido literal antes que procesal).

La regla tradicional establece que los *punitive damages* no pueden ser solicitados en casos de inejecución de obligaciones, o sea, *breach of contract*, salvo que la conducta constitutiva del incumplimiento sea también un tipo de *Tort* por el cual sí se puedan recuperar *punitive damages* (Restatement Second of Contracts, 1981, parágrafo 355). Con lo cual, la regulación americana ha concedido a esta institución una indudable ubicación sistemática de excepción dentro de su sistema de responsabilidad contractual. Así también lo reconoce Dodge (1999, p. 636), quien considera que las excepciones reconocidas en el sistema se encuentran tan asentadas que prácticamente forman parte de la regla tradicional. Estas excepciones —que serán presentadas en la sección 2.2.2 del presente Capítulo— son “breach of a contract to marry; breach of a contract by a public service company; breach of a contract that is also a breach of a fiduciary duty; and more recently, bad faith breach of an insurance contract” [incumplimiento de la promesa de matrimonio; incumplimiento del contrato de compañía de servicio público; incumplimiento de contrato que incluye deber fiduciario; y más recientemente, incumplimiento de mala fe de contrato de seguros] (Dodge, 1999, p. 636).

Un detalle importante a tomar en cuenta, como precisa la autora John, es que tampoco es enteramente cierto que exista una total neutralidad frente al causante del daño en el *Contract Law*. La autora explica:

While the focus of contractual remedies is normally on putting the promisee in as good a position as he would have been had the contract been performed, the conduct of the promisor in breaching

can affect the degree of certainty with which the promisee's losses must be proved [Si bien el objetivo de los remedios contractuales normalmente es poner al prometido en una posición tan buena como la que habría tenido si el contrato se hubiera cumplido, la conducta del promitente en incumplimiento puede afectar el grado de certeza con el que se deben probar las pérdidas del prometido] (John, 1986, p. 2034).

Es decir, no es un sistema tan neutral como aparentemente se cree, sino que también hay un elemento subjetivo que toma en cuenta la conducta del causante como un criterio para graduar la indemnización (el remedio previsto) y esto, como consecuencia, expresa cierto nivel de desaprobación y reproche. Este razonamiento se recoge en el mismo *Restatement Second of Contracts*, párrafo 352 sobre la certeza como un límite de la cuantía de las indemnizaciones: “a court may take into account all the circumstances of the breach, including willfulness, in deciding whether to require a lesser degree of certainty (...)” [una corte puede tener en cuenta todas las circunstancias del incumplimiento, incluida la intencionalidad, al decidir si exige un menor grado de certeza (...)] (1981).

Ahora bien, independientemente de explicar el origen de esta división a través de la historia, lo cierto es que la sobrevivencia de los *punitive damages* y de su dicotomía hasta el día de hoy no tiene mucho que ver con esta explicación. Al contrario, se explica mediante los fundamentos teóricos que subyacen el Derecho de los remedios contractuales. En teoría, sostiene Kirby, la imposición de *punitive damages* en sede contractual es considerada como un detrimento a la misma formación de los contratos y, en consecuencia, un obstáculo para la negociación y la ganancia (1997, p. 215). Todos estos presupuestos se explican con la teoría del incumplimiento eficiente, pues la ley busca activamente incentivar que las personas incumplan promesas cuando ello les resulta beneficioso. Esto es sostenido también por John: “the prohibition against punitive damages in contract actions is the logical corollary of Oliver Wendell Holme's theory of efficient breach” [La prohibición de *punitive damages* en acciones contractuales es el corolario lógico de la teoría del incumplimiento eficiente de Oliver Wendell Holme] (1986, p. 2041).

Para este punto es necesario haber entendido cómo funciona la teoría del incumplimiento eficiente: el prominente debería quedar libre de su promesa si, al incumplirla, es capaz de generar una mayor ganancia económica tomando en cuenta el costo de incumplir. Dicho de manera más simple, no debería haber una obligación de cumplir si el prometido puede ser totalmente compensado mediante una suma monetaria que represente el beneficio contractual que iba a obtener (John, 1986, p. 2041). Esto está fuertemente vinculado, como se explicó en el Capítulo anterior, al principio de tolerar el incumplimiento de las promesas en un contexto económico transaccional. Por lo tanto, la teoría dice que el incumplimiento será eficaz si es que

produce una ganancia neta para la sociedad en general porque los bienes/servicios escasos se alocan de mejor manera entre quienes más y mejor los valoran.

Asimismo, las partes son libres de contratar y hacerlo bajo sus propios estándares de conducta — al final, esto es el ejercicio de la voluntad— de modo que pueden acordar cuál será el costo de incumplir y cuáles serán los remedios contractuales disponibles. En este escenario, recalca la autora, la función de las cortes es afirmar aquellas expectativas contractuales de la parte que sufre el incumplimiento y que se le restaure el interés positivo. “Hence, in contract law, there is no necessity for satisfying the injured party’s feelings and allaying community resentment by fines or physical punishment” [Por lo tanto, en el derecho contractual no hay necesidad de satisfacer los sentimientos de la parte perjudicada y aliviar el resentimiento de la comunidad mediante multas o castigos físicos] (John, 1986, p. 2041). Con lo cual, según Corbin, este es el razonamiento central detrás de la regla:

In the innumerable cases arising from the breach of an ordinary commercial contract, it seemed wise to adhere to the general rule excluding the punitive element and to avoid the frequently futile attempt to determine the degree of moral obliquity [En los innumerables casos derivados del incumplimiento de un contrato comercial ordinario, parecía conveniente atenerse a la regla general que excluye el elemento punitivo y evitar el intento frecuentemente inútil de determinar el grado de oblicuidad moral] (como se citó en John, 1986, p. 2042).

Respecto a la expansión de los *punitive damages* es posible mencionar que la masificación de su uso comenzó entre 1970 y 1980 con la introducción de estados que quisieron aplicar este remedio a casos puramente contractuales y otros que obtuvieron el mismo resultado a través de caracterizar ciertos incumplimientos contractuales como *torts*. Este proceso se dio gracias a los casos contra aseguradoras privadas, siendo uno de los más conocidos *Vernon Fire & Casualty Insurance Co. v. Sharp* —del cual se tratará más adelante— ya que introdujo la posibilidad de otorgar *punitive damages* por la mala fe en la que incurre una aseguradora al negarse a pagar la póliza a sus asegurados, sin necesidad de que se establezca la presencia de un *Tort* independiente a dicha conducta. Esta excepción se volvió tan importante que la corte de Indiana¹¹ incluso utilizó el mismo razonamiento por fuera del contexto de aseguradoras, indicando que los *punitive damages* deberían estar siempre disponibles ante la simple verificación de elementos de fraude, malicia, negligencia grosera u opresión (como se citó en Dodge, 1999, p. 638).

¹¹ Esto fue replicado por estados como Hawaii, *Dold v. Outrigger Hotel*; Idaho, *Boise Dodge Inc. v. Clark*; y Vermont, *Home Sales Inc. v. Fitzgerald* (Dodge, 1999, p. 639).

El caso más significativo de esta expansión en el uso de los *punitive damages* por fuera de las conocidas excepciones permitidas fue *Seaman's Direct Buying Service v. Standard Oil Co*¹², un caso donde la Corte Suprema de California estableció que es posible conceder un remedio de *Tort*, como los *punitive damages*, cuando la parte incumplidora del contrato, además de incumplir, pretende evadir su responsabilidad negando, de mala fe, la existencia del contrato en cuestión (como se citó en Dodge, 1999, p. 640). No obstante, a partir de inicios de 1990 se puede evidenciar un retroceso en la aplicación expansiva de los *punitive damages* y esto se dio gracias a la llegada de la ya conocida teoría del incumplimiento eficiente (*efficient breach*). El caso que identificó este retroceso es *Foley v. Interactive Data Corp.*, de 1988, en donde la Corte Suprema de California rechazó aplicar el razonamiento de los casos anteriores a contratos laborales. Todo esto basándose en que la regla tradicional del rol compensatorio de los remedios contractuales era importante para mantener la predictibilidad en las relaciones comerciales, es decir, basándose en los principios de la teoría del incumplimiento eficiente.

Eventualmente, para inicios del nuevo siglo, treinta y cinco estados norteamericanos se habían adherido a la regla tradicional y requerían probar la existencia de un *Tort* independiente para poder otorgar *punitive damages*; mientras que doce estados mantienen un nivel de flexibilidad tal que permiten obtener este remedio en casos de *breach of contract*, sin la necesidad de probar un *Tort* independiente (Dodge, 1999, p. 642-645). Hoy en día la posición que más fuerza está tomando es aquella que apuesta porque el Derecho incentive a las personas a mantener y cumplir sus promesas a partir de imponer una mayor responsabilidad sobre la parte que las incumple. El sustento de esta posición es que las reglas del *Contract Law*, surgidas en el siglo XIX como consecuencia de la industrialización, hoy por hoy han quedado desfasadas de nuestra realidad comercial. Es decir, la regla que dispone la no aplicación de *punitive damages* en casos de *breach of contract* representa una limitación que no tiene sentido en la actualidad. John menciona:

Some commentators thus question the utility and the acceptability of limiting liability to expectation damages in contractual contexts in the modern industrialized state. Some also see the growth of specialized bodies of law, such as antitrust, insurance (...) as a reaction to the perceived inadequacies of contract law to deal with the reality of economic relations [Algunos comentaristas cuestionan la utilidad y la aceptabilidad de limitar la responsabilidad a los *expectation damages* en el contexto contractual del estado moderno industrializado. Otros también ven el crecimiento de cuerpos especializados de Derecho, como el *antitrust*, derecho

¹² Todos los casos mencionados en esta sección serán posteriormente abordados en la sección 2.2.2.

de seguros (...) como una reacción a las deficiencias percibidas del derecho contractual para hacer frente a la realidad de las relaciones económicas] (John, 1986, p. 2043).

Incluso, Corbin agrega que existe un nivel de incerteza respecto a cómo se debe estimar el daño pecuniario y eso ocasiona que los jurados y las cortes diferencien el grado de indemnización que otorgan entre los casos en donde no hubo mala fe y aquellos en donde el incumplimiento se debió a malicia y avaricia. Con lo cual, esta suerte de flexibilidad en la fórmula de las indemnizaciones previstas para *breach of contract*, permite tener cierto espacio para reconocer otras funciones implícitas como la disuasión del incumplimiento (como se citó en John, 1986, p. 2042).

Precisamente este detalle es el que demuestra las símiles funcionalidades entre *Contract* y *Tort Law*. ¿Por qué sucede esto? Porque, en realidad, no existe una diferencia estricta entre los dos sistemas; contrario a lo que está escrito en el papel y a lo que la mayoría podría pensar de primera mano. Este es, de hecho, uno de los puntos más relevantes para esta investigación: no existe una línea divisoria estricta entre *Contract Law* y *Tort Law*, como si de agua y aceite se tratara. Por el contrario, la relación entre ambos sistemas ha sido explicado con un término bastante adecuado: *borderland* (frontera). En efecto, lo que nuestra sociedad altamente industrializada vive hoy en día es el *borderland* entre *Contract* y *Tort* frecuentemente, toda vez que la mayoría de relaciones comerciales tienen un poco de ambos. Es casi imposible —o por lo menos muy difícil— definir una relación comercial moderna como exclusiva de alguno de los dos sistemas. Es precisamente en esta frontera donde tiene más sentido, y más contenido, preguntarnos cómo y bajo qué justificación se aplican los *punitive damages*, por lo que se abordará en la sección 2.2.2.

En suma, John explica que la regla general que prohíbe los *punitive damages* para casos de *breach of contract* surgió como producto natural del concepto que se tenía del individuo en el siglo XIX, uno en donde la prioridad era favorecer el crecimiento del incipiente mercado moderno a toda costa. No obstante, agrega la autora, esta concepción ya no es adecuada a la realidad de las transacciones comerciales actuales, especialmente cuando hablamos de aquellas que nacen entre consumidores y las grandes empresas (1986, p. 2049). Es en este contexto donde los consumidores —en general las partes débiles de cualquier relación contractual— necesitan mayor protección por parte de las cortes para asegurarse de que las promesas que les fueron hechas serán cumplidas.

2.2 Las diferencias operativas entre los *punitive damages* comprendidos dentro del *Tort Law* y el *Contract Law*

2.2.1 Los criterios de aplicación de los *punitive damages* en el *Tort Law*

Para comprender cómo funcionan los *punitive damages* en el *Tort Law*, es necesario primero identificar cuáles son sus intenciones como herramienta que forma parte del sistema legal norteamericano. Lo cual, en beneficio de la extensión de este trabajo, es muy sencillo de explicar: el *Tort Law* tiene como principal objetivo la función reparativa. Se trata de una herramienta que surgió como respuesta natural a una necesidad humana, esto es, asegurarnos contra las contingencias de la vida mundana en una sociedad donde la seguridad económica es lo único que asegura nuestra supervivencia.

Así, el *Tort Law* se encarga de reparar la estabilidad económica de las personas a través de la entrega de una suma monetaria que reemplaza una pérdida, es decir, un daño. Por ejemplo, cuando se asegura una casa por su valor monetario y esta se incendia, el dueño obtendrá una cantidad de dinero como forma de reparación por la pérdida que sufrió, de la misma manera, si alguien deliberadamente daña esa propiedad, el dueño obtendrá una reparación llevando a juicio al causante del daño, esto es lo que conocemos como responsabilidad extracontractual o *Tort Law*. En palabras de Morris: “The law of torts has a reparative effect; it preserves economic stability by providing money substitutes for loses. This reparative function of the law of torts is most important” [El Derecho de daños tiene un efecto reparador; preserva la estabilidad económica proveyendo un sustituto dinerario por las pérdidas. Esta función reparativa del Derecho de daños es la más importante] (1931, p. 1173).

Sin embargo, aunque esta función sea suficiente para explicar por qué se le da dinero a la víctima (demandante) que sufrió un daño, no necesariamente responde a la pregunta de por qué tendríamos que quitarle este dinero precisamente al causante (demandado). En otras palabras, resulta necesario entender cuál es la justificación de que esa reparación del patrimonio de la víctima se de a costa del patrimonio del causante. En ese sentido, se destaca que en prácticamente todos los casos de *Tort*, el carácter de la conducta del causante es un elemento crucial para determinar su responsabilidad. Básicamente, comenta Morris, determinar que el causante actuó con culpa es un prerrequisito para imponerle responsabilidad (1931, p. 1174).

¿Por qué esto es así? El sistema considera que, si se juzga a la persona que cometió un daño con culpa, es decir, mediante una conducta socialmente reprochable, entonces se podría disuadir a otros de incurrir en conductas similares. Esto es lo que se conoce como la *admonitory function*, que por su traducción

al español debe entenderse como la función admonitoria —también es posible entenderla como función amonestadora— y es precisamente el vínculo entre la función reparativa y la función admonitoria lo que justifica a nivel de principio que se tome el dinero del causante y se le de a la víctima (Morris, 1931, p. 1174). En otras palabras, la conexión entre ambas funciones brinda esa justificación necesaria para legitimar la transferencia de los fondos del causante a la víctima.

Ahora bien, lo cierto es que, en la vida real, las cortes suelen ser deficientes a la hora de asegurarse que ambas funciones se estén cumpliendo cuando ordenan los montos dinerarios como concepto de *damages* (indemnización). Esto sucede porque la indemnización es una herramienta que cumple con dos tareas en simultáneo: quitarle dinero al causante, y dárselo a la víctima. El problema es cuando surgen casos en donde solo hay necesidad de cumplir una de las dos funciones, por ejemplo, en casos donde no se requiere cumplir con la función admonitoria, al final las cortes terminan no concediendo ninguna indemnización, y viceversa. No solo ello, incluso cuando hay casos en donde sí se requiere de ambas funciones —reparar a la víctima y condenar la conducta del causante— las cortes encuentran muy difícil cumplir con ambas a través de una sola indemnización. Entonces, la solución que encuentran los jueces es simplemente ignorar la debilidad de la herramienta y otorgar un monto que, en términos generales, se le otorga la categoría de “compensación”.

No obstante, dado que la necesidad por encontrar un balance entre ambas funciones del *Tort Law* persiste, se han establecido numerosos instrumentos para lograr sentencias que sirvan tanto a la función reparativa, como a la admonitoria, de la mejor manera posible. Los *punitive damages* forman parte de dicho elenco. ¿De qué forma? El instrumento se concentra en la función admonitoria o preventiva, y procura la efectividad de dicha función sumándose al monto dinerario que percibe la víctima como indemnización (función reparadora) en caso sea necesario (Morris, 1931, p. 1175-1176).

Aunque la explicación teórica del fundamento de los *punitive damages* en *Tort Law* pueda sonar convincente, esta institución ha sido largamente criticada y considerada incluso como una “anomalía del Derecho”. No son pocos sus detractores que, desde sus inicios, señalaron que el castigo o la punición no corresponden al objeto del Derecho Civil; sino que esta sería una labor exclusiva del Derecho Penal, ya que cuando uno comete una ofensa al público, lo hace contra el Estado y este es el único que tiene facultades para aplicar un castigo sobre la persona (Morris, 1931, p. 1176). Lo que estas críticas ignoran, o sencillamente deciden no mencionar, es que un sistema de responsabilidad extracontractual con reglas de culpa se basa en la pareja de funciones antes mencionada: la reparativa y la admonitoria. Esto es así porque, si se desistiera de la función admonitoria que pretende prevenir, disuadir y alertar a las personas a que no

cometan las mismas conductas reprochables, entonces no tendríamos una justificación para compensar a la víctima a costa del causante.

En los casos donde la responsabilidad depende de la culpa, solo es posible compensar a la víctima si se encuentra que la conducta del causante es realmente merecedora de un castigo. Por lo tanto, mientras la responsabilidad siga estando estrechamente ligada a las reglas de la culpa, el *Tort Law* siempre tendrá una función admonitoria por más que el sistema decida abandonar por completo a la institución de los *punitive damages*. Esto indica, en palabras textuales del autor, que: “punishment in tort actions is not anomalous (if anomalous only means unusual); and punitive damage practice is only one of many means of varying the size of money judgments in view of the admonitory function” [el castigo en las acciones por daño no es anómalo (si anómalo solo significa inusual); y la práctica de *punitive damages* es solo uno de los muchos medios para variar el monto de las indemnización en virtud de la función admonitoria] (Morris, 1931, p. 1177). Con lo cual, los *punitive damages* solo son una de las tantas formas que existen para aumentar la severidad de la función admonitoria de la indemnización compensatoria.

Asimismo, uno de los criterios más cuestionados respecto a su operatividad es que los *punitive damages* están dirigidos al bolsillo de la víctima. Esto, señala la crítica, incentiva a que las víctimas se comporten como los abogados de oficio, cuyo sueldo está determinado por el número de condenas que logran al final del día: mientras más convicciones logran, más les pagan, de modo que prefieren simplemente enviar a la gente a prisión, antes que determinar su nivel real de culpabilidad. Lo cual se traduce, análogamente, a que las víctimas terminen estando más interesadas en qué tanto castigo pueden conseguir para el causante; antes que en la función admonitoria. Mientras más fuerte sea el castigo, más dinero recibiría la víctima directamente a sus arcas privadas y, en teoría, es ilusorio creer que las personas pedirán una indemnización que cumpla solo y justamente con la función admonitoria cuando saben que mientras más punitivo sea el juicio, mayores ganancias obtendrán.

Al respecto, señala Morris, se debe tener presente que esta crítica es, a lo mucho, una hipótesis y su valor depende de los hechos fácticos (1931, p. 1179). Por lo tanto, uno tendría que evaluar en la vida real y el día a día, si es que los demandados están siendo sentenciados a sumas ridículamente altas de *punitive damages*; si es que los demandantes están deliberadamente intentando parcializar a los jurados para que fallen a favor de sumas obscenas; si es que los jueces no pueden hacer nada para frustrar estos intentos, entre otros. Consecuentemente, la crítica planteada solo tendría valor si los hechos demuestran fácticamente que todos estos escenarios se cumplen siempre (o en la mayoría de los casos).

Se suele decir también que la punición no es una cuestión del Derecho Civil y esto porque el jurado —conformado por distintas personas de *backgrounds* ordinarios— no son personas con el conocimiento técnico necesario para estimar de la mejor manera posible la cuantificación de dicho castigo. El jurado no está en la capacidad de determinar el valor monetario suficiente para cumplir con la función admonitoria y esto sucede porque cuando el jurado delibera el monto de la indemnización que considera correcto, lo hace evaluando los valores de la comunidad y cómo la conducta pasada del causante afectó o violó dichos valores. Sin embargo, cuando se trata de determinar el valor de la indemnización por *punitive damages* la pregunta que uno realiza es “¿qué tan grande necesita ser el castigo para disuadir esta conducta en un futuro?” o sea, se trata de una pregunta sobre el futuro; no sobre el pasado. La evaluación de la conducta pasada es una cuestión radicalmente diferente al control de conductas futuras y las personas del jurado no cuentan con el conocimiento técnico para responder esta pregunta. Esto, señala la crítica, ocasiona que los jurados no puedan entender a la institución como el medio de un fin; sino como una simple venganza legal y justificada por el sistema (Morris, 1931, p. 1179).

Esta línea de pensamiento es interesante porque, de ser completamente cierta, aun así, no podríamos aseverar que sea imposible que un jurado común y corriente pueda alcanzar el mismo resultado satisfactorio que el de un grupo de personas altamente capacitadas¹³. Como quiera, este punto del que nadie puede sostener estar 100% en lo cierto, ha sido atendido por una suerte de “*test*” incorporado recurrentemente por las cortes. Se trata de una guía para determinar la amplitud de los *punitive damages* a la hora de conceder las indemnizaciones. Aquí es donde las cortes insisten en que los *punitive damages* deben guardar cierta relación a los daños efectivamente sufridos, por lo que han creado un test que se basa en una ratio matemática para evaluar si el veredicto que concede esta indemnización es excesivo o no. La opinión más aceptada y popular es que si el veredicto de *punitive damages* es x veces tan grande como el daño efectivamente ocasionado, entonces es claramente excesivo (Morris, 1931, p. 1180). Esto es lo que también se conoce como límite máximo del veredicto, en donde se concede un límite arbitrario máximo en la cantidad de *punitive damages* que el jurado puede conceder.

Aun así, Morris sostiene que “this test is probably more often a rationalization of results than a means of obtaining them” [este *test* es probablemente más a menudo una racionalización de resultados que un medio para obtenerlos] (1931, p. 1180). ¿Qué quiere decir? El *test* termina siendo utilizado para adecuar un monto que ya está determinado, en lugar de utilizarlo para determinar cuál es el monto correcto que debería ser concedido. Y esto sucede porque la ratio correcta entre el daño efectivamente sufrido y los

¹³ Esto tendría que ser probado en la vida real y claramente no es conveniente realizar experimentos sociales a costa de los litigios de la gente real.

punitive damages es un monto que, al final, siempre se condice con lo que el juez ya pensaba y había decidido previamente, incluso antes de aplicar el *test* en cuestión. Morris en sus propias palabras explica:

The proper ratio between actual damages and punitive damages is placed at a figure which supports the judge's view of the verdict, formulated before the test is thought of. At any rate there has never been any agreement on a single ratio for all cases [La proporción adecuada entre los daños reales y los *punitive damages* se establece en una cifra que respalda la opinión del juez sobre el veredicto, formulada antes de que se piense en el *test*. En cualquier caso, nunca ha habido un acuerdo en una única proporción para todos los casos] (1931, p. 1180).

De todas formas, esto no significa que el *test* de la *ratio* no tenga efecto alguno a la hora de decidir el monto de las indemnizaciones. Lo que realmente es un problema, señala Morris, es que pueda influenciar en las decisiones del jurado (1931, p. 1181). Es decir, que el límite máximo de *punitive damages* limite también el criterio de los jurados a la hora de decidir cómo van a juzgar la conducta del causante. Y es que el daño que efectivamente se causa, no es tan relevante para esclarecer el monto que sería más efectivo a la hora de cumplir la función admonitoria. Dicho de otra manera, para evaluar si el monto otorgado realmente cumplirá la función de amonestar y prevenir una conducta, termina siendo más relevante analizar el resultado probable de dicho accionar para determinar si es deseable o no desalentar ese tipo de conducta en el futuro; en lugar de analizar lo que efectivamente sucedió en el caso. El autor plantea un ejemplo más gráfico para entender este punto: imaginemos un cazador terriblemente negligente que dispara entre un grupo de personas, pero —felizmente— solo rompe uno lentes que costaron \$10. El monto de indemnización que debería concederse en su contra con carácter admonitorio debería ser tan grande como si hubiese matado o lastimado seriamente a una persona. Explica Morris entonces:

In other words, is it the known tendency of acts which makes it desirable to prevent them, regardless of the particular results of any one commission. Admonition is a tool for the control of future behavior; it can not change past conduct [En otras palabras, es la tendencia conocida de los actos lo que hace deseable prevenirlos, independientemente de los resultados particulares de la comisión. La amonestación es una herramienta para el control del comportamiento futuro; no puede cambiar la conducta pasada] (1931, p. 1181).

Lo que Morris quiere decir es que el hombre que disparó entre un grupo de personas y solo rompió un par de lentes baratos, probablemente matará o lastimará seriamente a alguien en el futuro si sigue comportándose así. Desde el punto de vista de la seguridad general como función, lo relevante es que el

hombre disparó entre un grupo de gente y él u otras personas podrían replicar la conducta si es que esta no es amonestada. Desde el punto de vista meramente reparativo como función, la destrucción de un par de lentes con un valor de \$10 es relevante solo para la protección de la estabilidad económica del dueño (1931, p. 1181). Por tanto, este ejemplo grafica muy bien cuál es el razonamiento —*rationale*— detrás de la función admonitoria del *Tort Law*.

De tal forma que, la justificación general de la doctrina de los *punitive damages* apunta a lo siguiente: esta institución permite que la función admonitoria del agravio sufrido sea más efectiva que si la indemnización estuviera solo limitada a la mera reparación de las cosas. Esto es así porque difícilmente los *compensatory damages* serán de una cantidad suficiente como para coincidir con el monto que se requiere como para que la indemnización efectivamente disuada a otras personas de comportarse de la misma manera. De todos modos, Morris plantea una pregunta fundamental que no puede pasar inadvertida a la hora de entender este razonamiento: ¿la función admonitoria del *Tort Law* es más efectiva a través de la doctrina de los *punitive damages* de lo que sería sin ella? Para responder a esta pregunta debemos retomar una idea ya mencionada a lo largo de esta investigación, puesto es términos sencillos, recordemos que existen *Torts* que no benefician a nadie; mientras que existen otros en donde el causante adquiere una ventaja a través de la comisión de su agravio.

Ahora, en el primer caso, una indemnización compensatoria es simplemente una pérdida para el causante, pero en el segundo caso, una indemnización compensatoria podría ser pagada y el causante aun así obtendría una posición relativamente buena o incluso mejor a la que tenía antes de cometer el daño. Con lo cual, explica el autor:

Even though investigation may probe that “compensatory” damages adequately fulfill the admonitory function in the first class of cases, it would seem that punitive damages are necessary in the second; for while “compensatory” damages provide a financial smart for a defendant who has not gained anything by his wrong, they may merely result in the payment of a bargain sale price for an advantage when the defendant has acted to further his own interests [Aunque la investigación pueda demostrar que los daños "compensatorios" cumplen adecuadamente la función admonitoria en el primer tipo de casos, parece que los *punitive damages* son necesarios en el segundo; ya que, mientras que los daños "compensatorios" proporcionan un castigo financiero para un demandado que no ha obtenido ningún beneficio por el daño, pueden simplemente resultar en el pago de una ganga por una ventaja cuando el demandado ha actuado para promover sus propios intereses] (Morris, 1931, p. 1185).

¿Cuándo podría estar frente a un escenario como ese? Morris propone, en otros ejemplos, pensar en el caso de los juicios por fraude y competencia desleal, ya que en estos suele ser común que el causante gane una ventaja tan grande o incluso mayor que la pérdida de la víctima. Suele suceder que las empresas de utilidades públicas están en una posición de dominio tal, que cometen algo que podríamos calificar como “pequeñas opresiones” a larga escala y, con tal de poder seguir disfrutando del negocio, no les es inconveniente pagar una compensación a las pocas personas que los demandan. Por tanto, señala el autor, en estos casos no hay una desventaja financiera para el causante del daño, a menos que se vean obligados a pagar *punitive damages* en adición a los *compensatory damages* (1931, p. 1187). Consecuentemente, esto responde qué tan necesarios son realmente los *punitive damages*: habiendo casos en donde una indemnización compensatoria no sería suficiente como para desincentivar una conducta gravosa en el futuro, todo indica que son una institución necesaria y útil como herramienta para proteger el bien de la seguridad general a través de la función admonitoria.

En este punto conviene profundizar sobre la justificación de la doctrina de los *punitive damages*, sobre todo porque —como planteamos en este trabajo— existen presunciones filosóficas distintas detrás de las indemnizaciones en *Tort Law* y *Contract Law*. De alguna manera, las distintas normas y criterios operativos que gobiernan ambos parecen ser nada más que accidentes de la historia (Sullivan, 1977, p. 216). Sucede que una de las principales razones de la legitimidad exclusiva de los *punitive damages* en *Tort* está relacionada con el vínculo histórico entre el *Tort Law* y el *Criminal Law* (Derecho Penal por su traducción al español). Esto ha sido recogido incluso por los legisladores en el *Restatement of Torts*: “(...) unlike the law of contracts or of restitution, the law of torts, which was once scarcely separable from the criminal law, has within it elements of punishment or deterrence” [(...) A diferencia del derecho contractual o de restitución, el derecho de agravios, que en algún momento apenas era separable del derecho penal, contiene elementos de punición o disuasión] (como se citó en Sullivan, 1977, p. 217). Entonces, como en teoría el *Contract Law* no surgió sobre la base de estos elementos, pero el *Tort Law* sí, la doctrina de los *punitive damages* tiene legitimidad solo dentro de este último sistema de responsabilidad.

A pesar de ello, sostiene Sullivan, no podemos conformarnos con la explicación histórica —aunque cierta— de que el *Criminal Law* comparte raíces con el *Tort Law*. Lo cierto es que la distinción entre *punitive damages* y *compensatory damages* en *Tort* es una ilusión, no más que una ficción (1977, p. 217). Siempre que el Derecho de agravios se base en la culpa y responsabilidad dependa de demostrar culpa del causante, incluso la indemnización compensatoria tendrá un carácter punitivo. En otras palabras, a veces se argumenta que la única función del *Tort Law* es compensar a la víctima por la pérdida y el daño, y que los

punitive damages tienen la función de castigar al causante. Esto no es enteramente falso, simplemente se debe tener en cuenta que ambas funciones van de la mano y la distinción no es una cuestión de blanco y negro.

De hecho, precisa el autor, ausente la necesidad de desincentivar la conducta culpable del causante, no tendríamos razón alguna para obtener la compensación para la víctima de los bolsillos del causante (1977, p. 217). Esto es precisamente lo que ya se había explicado líneas arriba por Morris: la función reparadora justifica que se le tenga que compensar a la víctima por el daño, pero es el nexo con la función admonitoria la que justifica que esa compensación tenga que darse a través de una intervención en el patrimonio del causante. Así lo reitera Sullivan:

The argument of compensation explains what the plaintiff in a tort action receives. It does not explain why the defendant pays. The compensatory theory of tort law also fails to explain why a plaintiff injured through the “fault” of a defendant is compensated while other plaintiffs are not [El argumento de la compensación explica lo que recibe el demandante en una acción por agravio. No explica por qué el demandado paga. La teoría compensatoria del derecho de agravios también falla en explicar por qué un demandante lesionado debido a la 'culpa' de un demandado recibe compensación mientras que otros demandantes no lo hacen] (1977, p. 217).

En consecuencia, Sullivan, en concordancia con Morris, también concluye que los *punitive damages* no son una anomalía del sistema de *Tort Law*; sino que son un reconocimiento explícito de los varios diferentes roles punitivistas en un sistema de responsabilidad civil que depende del concepto de culpa. Incluso, sostiene el autor, los *punitive damages* vistos desde una perspectiva más amplia, podrían considerarse como parte de la restitución porque sirven para proteger también para protegerse contra el enriquecimiento injusto del causante (1977, p. 218).

La Corte Suprema se refiere a los *punitive damages* como penalidades desde 1852 y a partir de 1912 empezó a llamarles multas (Sebok, 2007, p. 990). Por mucho tiempo esta diferenciación aparentemente taxonómica, sirvió para justificar otras instituciones, por ejemplo, para justificar ciertas leyes públicas. En el caso *Standard oil Co. v. Missouri*, la compañía le solicitó a la corte que declarase la ley de *antitrust* de Missouri como inconstitucional porque permitía a la corte establecer una multa civil ilimitada en contra de la parte que había cometido actos para obstaculizar la entrada en el mercado de otra empresa. La corte se rehusó a decir que una multa, que no tiene un límite máximo preestablecido por el Estado, violaba la decimocuarta enmienda de la constitución respecto al debido proceso. Esto lo hizo basándose en lo que se había establecido para la doctrina de *punitive damages*: si una multa se considera como una

penalidad de naturaleza civil, entonces está bajo el principio que justifica también la admisibilidad de los *punitive damages*. Al no ser de carácter compensatorio, el monto no se calcula bajo una regla pre establecida (Hampton como se citó en Sebok, 2007, p. 991). Con lo cual, parece ser que la Corte Suprema entiende a los *punitive damages* como una *civil penalty*, es decir, como una penalidad o sanción civil.

Específicamente respecto a los objetivos de esta institución, tradicionalmente se considera que su objetivo es el de disuadir y retribuir o compensar. De hecho, cuando se le instruye al jurado cómo evaluar el aspecto de la indemnización punitiva, se indica literalmente lo siguiente:

In determining whether or not you should award punitive damages, you should bear in mind that the purpose of such an award is to punish the wrongdoer and to deter that wrongdoer from repeating such wrongful acts. In addition, such damages are also designed to serve as a warning to others, and to prevent others from committing such wrongful acts [Al determinar si debe otorgarse o no una indemnización punitiva, debe tener en cuenta que el propósito de tal compensación es castigar al infractor y disuadirlo de cometer actos incorrectos similares en el futuro. Además, estos daños también están diseñados para servir como una advertencia a otros y prevenir que cometan actos incorrectos similares] (Eades como se citó en Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2081).

La interrogante es ¿cómo se justifica cada uno de estos objetivos? Porque la legitimidad de la institución depende de los principios constitucionales en los que se fundamenten. Lo explicaremos a continuación: El objetivo de la disuasión (*deterrence*) se explica porque el presupuesto para que los *compensatory damages* sean realmente eficientes es que podamos identificar plenamente al causante del daño, enjuiciarlo y recolectar la indemnización. No obstante, sabemos que esto no es cierto en una gran mayoría de casos, por lo que, cuando sea difícil identificar al causante, una indemnización compensatoria será deficiente para proveer el nivel adecuado de disuasión, toda vez que el causante y los potenciales futuros causantes de daño seguirán comportándose de una forma tal que se perjudiquen los beneficios sociales. Con lo cual, señalan los autores, los *punitive damages*, son necesarios “(...) to pick up the slack for undetected wrongdoers” [(...) para cubrir la falta de protección frente a los infractores no detectados] (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2082).

Dicho de otra forma, la institución de los *punitive damages* podría ser también comprendida como un medio para asegurarse de que la indemnización compensatoria sea lo suficientemente suplementada por un monto de dinero adicional, como para que los causantes del daño internalicen el costo de su conducta (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2082). Esto se puede expresar en una fórmula matemática: los

daños totales (*DT*) deberían ser el equivalente al daño (*d*) multiplicado por el inverso de la probabilidad de que el causante sea descubierto y enjuiciado.

$$DT = d(1/p)$$

Así, los *punitive damages* (*PD*) serían la resta de los daños totales, menos la indemnización compensatoria (*c*):

$$PD = DT - c$$

Por lo tanto, concluyen los autores, “when the defendant has been able to conceal his identity, or otherwise to escape being sued, there is therefore good reason to award punitive damages” [cuando el demandado ha sido capaz de ocultar su identidad, o de cualquier otra forma evitar ser demandado, hay entonces una buena razón para otorgar *punitive damages*] (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2082). Esto significa que la disuasión como objetivo está justificada en la observación de que una indemnización compensatoria usualmente no puede compensar adecuadamente al causante y, en consecuencia, disuadir a otros posibles infractores, porque las probabilidades de demandar a alguien y obtener una compensación son ya de por sí bajas en la vida real. Frente a este problema, los *punitive damages* se vuelven una herramienta útil.

De la misma manera, los autores consideran que esta conclusión trae como consecuencia deducir que los *punitive damages* no tienen mucho sentido en los casos donde la comisión del agravio, o sea, del *Tort*, es evidente, ya que en esos casos la indemnización compensatoria es suficiente. Por el contrario, esta institución funciona mejor con aquellos casos donde se infringe daño de manera deliberada porque es en estos escenarios donde siempre se ve involucrado cierto nivel de ocultamiento (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2083).

Independientemente de esta explicación, existen dos razones más que justifican por qué los *punitive damages* efectivamente logran disuadir a otros potenciales infractores. Además de lo mencionado, hay casos particulares en donde podría ser conveniente hacer uso de un juicio social, es decir, un juicio que no se base únicamente en valores económicos, sino en los estándares sociales de comportamiento. Esto porque hay ciertas ganancias de carácter subjetivo que, bajo un análisis únicamente económico, no se tienen en cuenta. Pensemos en casos donde el causante del daño obtiene una utilidad subjetiva de actividades como acosar sexualmente a otra persona. En este caso, los *punitive damages* son adecuados para contrarrestar dicha utilidad que consideramos increíblemente ilícita.

En palabras de los autores, “compensatory damages are inadequate in such cases because they do not have this effect; they require the defendant to internalize the victim’s costs without also eliminating the hedonic effects of the defendant’s benefits” [Las indemnizaciones compensatorias son inadecuadas en tales casos porque no tienen este efecto; requieren que el demandado internalice los costos de la víctima sin eliminar también los efectos hedónicos de los beneficios del demandado] (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2083). Esto es precisamente lo que logran hacer los *punitive damages*: eliminan el beneficio de actuar causando daño (*disgorgement*). Asimismo, generalmente las indemnizaciones compensatorias son mucho más bajas de lo que deberían ser, de tal forma que la cantidad que se otorga por *punitive damages* podría acercar el sistema hacia la disuasión eficiente. Los autores consideran que esta institución acerca las intenciones de los causantes a donde deberían estar, esto es, a no repetir o no realizar la conducta en primer lugar (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2083).

Por otro lado, el objetivo de la retribución es uno del que se ha desarrollado mucho menos. Los autores consideran que la cultura legal americana carece de una normativa que especifique la relación que hay entre los *punitive damages* y los objetivos retributivos. Esto probablemente suceda porque los jurados —quienes eventualmente deciden la indemnización de *punitive damages*— ven a la doctrina como una forma de expresar el rechazo de la comunidad a cierto comportamiento; antes que una herramienta legal para promover la disuasión (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2085). Es más una herramienta de castigo o venganza legalmente justificada en el imaginario de los jurados americanos. La retribución se basa en *i*) el estado mental del causante, y *ii*) el daño realmente causado por su conducta.

El castigo penal o civil se basan en la premisa implícita de que ciertos estados mentales son especialmente reprochables porque son obscenamente carentes de un norte moral socialmente acordado. “When one person murders another, or acts with gross negligence that produces another’s death, the wrongdoer reveals a belief that some people do not matter very much. In this sense, retribution properly understood embodies a principle of moral equality” [Cuando una persona asesina a otra o actúa con negligencia tan grave que provoca la muerte de alguien más, el infractor revela una creencia de que algunas personas no importan mucho. En este sentido, la retribución entendida adecuadamente incorpora un principio de igualdad moral] (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2086).

Efectivamente, la retribución es un criterio utilizado para medir qué tan justo es castigar al causante y es por ello que se pasa a analizar la intención o estado mental y el daño que terminó ocasionando. En función de ambos criterios uno determina qué tan justo es castigar al demandado porque consideramos que su conducta no solo no refleja la moral del grupo, sino que groseramente la viola. Es por esto que los autores

consideran que la retribución es una forma de reforzar la moral que como consenso la sociedad adoptó como adecuada a todos y todas por igual. Entonces, este criterio implica que los *punitive damages* se encuentren disponibles en aquellos casos donde el daño causado fue muy grave y hubo un estado mental deliberado de hacerlo (Sunstein, Kahneman & Schakade, 1998, p. 2086).

Asimismo, la regla general para conceder *punitive damages*, o sea, la que determina cuándo un caso es apropiado para permitir esta figura, especifica que solo pueden concederse cuando se encuentra que la conducta del causante ha sido “reckless, wanton, oppressive, willful” [imprudente, gratuita, opresiva, intencional] (Morris, 1931, p. 1190), u otros adjetivos similares. Esta regla se debe entender mediante sus dos aristas: primero, actúa como un límite para no conceder *punitive damages* en aquellos casos donde no hay función admonitoria porque la responsabilidad se le atribuye al causante sobre la base de algún otro factor objetivo distinto a la necesidad de disuadir una conducta reprochable; y segundo, actúa como un estándar que se concentra en el causante y su accionar (Morris, 1931, p. 1190).

Sassaman contribuye a la explicación y sostiene que “in tort actions, however, an award of punitive damages is proper in cases where certain aggravating circumstances are present” [en las acciones de *tort*, por el contrario, la indemnización de *punitive damages* es adecuada para los casos en donde ciertas circunstancias agravantes están presentes] (1980, p. 86). Por tanto, la regla está principalmente basada en una evaluación de la conducta del causante. La regla, entonces, actúa como una limitación a la doctrina de esta figura porque la naturaleza y la calidad de la conducta del demandado es lo que determinará el monto otorgado en la indemnización. En palabras de Sassaman, dado que la punición y la disuasión están detrás del *rationale* de los *punitive damages*, una indemnización solo procederá si es que la conducta del causante fue lo suficientemente reprochable (1980, p. 88).

Es por esto también que la validez de una indemnización que prácticamente podría estar basada solo en la punición ha sido mucho más aceptada por el sistema del *Tort Law* que por el *Contract Law*. Por ejemplo, añade Dodge, los *punitive damages* no se otorgan para lo que se entiende como la simple negligencia (*mere negligence*); sino para aquellos casos en donde “(...) defendant acted willfully or with reckless disregard for the plaintiff rights” [(...) el demandado actuó de manera deliberada o con total desprecio por los derechos del demandante] (1999, p. 689).

No obstante, se debe precisar que los cuestionamientos a esta “*rule of law*” fueron ya introducidos incluso desde la primera parte del siglo XX. Así, Morris señala que posiblemente esta regla sea un limitante porque introduce como requisito que el causante sea considerado como moralmente “malo” para poder ser

amonestado de forma más severa que solo exigiéndole la compensación. De esta forma, se estaría descartando la aplicación de la función admonitoria en aquellos casos de “personas buenas”, incluso aunque sea necesario. Por tanto, el autor propuso que la forma más idónea de perfilar la aplicación de los *punitive damages* debería estar basada en la necesidad y eficiencia de la admonición “(...) so that the doctrine could be used in the education of blunderers as well as for the discouragement of rogues” [...] para que la doctrina pueda ser utilizada en la educación de las personas torpes, así como en la disuasión de las personas deshonestas] (Morris, 1931, p. 1191). Lo cual ya sugiere que los *punitive damages* no estén limitados a punir aquellos comportamientos que encontramos socialmente reprochables por ser maliciosos, deliberados y abiertamente opresivos; sino también que se apliquen en casos donde a primera vista podría no haber “malas intenciones”. Sobre este punto de la crítica se volverá más adelante, en la sección 2.2.2. del trabajo. Por el momento lo importante es dejar establecido que la posición más aceptada considera a la conducta meritoria de punición y admonición, aquella que es socialmente considerada como “mala”, pero ¿qué se entiende por “mala”? Veamos.

Respecto a este debate, Owen propone examinar la esencia de esa conducta que se ha establecido como parámetro para conceder la indemnización por *punitive damages*, esto probará ser una propuesta muy interesante porque permitirá poner sobre la mesa ciertos métodos para que la doctrina de los *punitive damages* sea lo más justa y eficiente posible —dado que estos son los valores que más han preocupado a los estudiosos de esta institución— bajo el análisis económico del Derecho. Así, en términos generales todo se reduce a las relaciones de poder que es posible identificar entre los agentes de la sociedad quienes interactúan unos con otros para contratar en el libre mercado. En el *Tort Law*, la conducta proscrita será aquella que, en su propia esencia, no pueda ser descrita de otra manera más que como “(...) abuse of power, particularly one which is extreme” [...] abuso de poder, particularmente uno que es extremo] (Owen, 1982, p. 104).

En consecuencia, la relación de poder entre los agentes puede surgir como fruto de cualquier contexto, puede ser uno formal (un doctor y su paciente), como uno extremadamente casual (un fabricante y el usuario final de su producto). Lo importante es entender que la doctrina de los *punitive damages* surgirá como alternativa apropiada cuando, en dicha relación, el poder que sostiene el causante y la vulnerabilidad de la víctima, es grande y el abuso cometido en función es extremo (Owen, 1982, p. 104). Si este es el *quid* del asunto que compete a la relación entre causante y víctima, debemos acotar que la situación reconocida como abuso de poder puede surgir en distintos grados y de distintas maneras; sin embargo, el criterio fundamental es la información. Es decir, como quiera que se experimente el abuso de poder, el criterio común es que se está ocultando información vital para quien terminará siendo la víctima. Owen menciona

que podríamos estar frente a casos en donde deliberadamente se entrega información errada, en donde negligentemente se omite de informar determinada cosa, donde el causante incumple con la información que brindó, o incluso casos en donde el causante falla en tan siquiera conseguir información necesaria (1982, p. 104).

Esto eventualmente ocasiona que podamos identificar los casos en términos de “(...) information costs, cost avoidance, fairness, or efficiency (...)” [(...) costos de información, reducción de costos, justicia, eficiencia (...)] (Owen, 1982, p. 104). Así, concluye el autor, como quiera que se determine la clasificación del caso, el Derecho siempre tendrá un rol mucho más importante que simplemente asignar *compensatory damages*, pero no tanto como para imponer responsabilidad penal/ criminal, antes de que algo terrible suceda como consecuencia de dicho abuso de poder (1982, p. 104).

Ahora bien, es posible continuar la explicación de cómo operan los *punitive damages* en el *Tort Law* si ahondamos específicamente en los contextos en donde se aplica esta doctrina. Para esto será útil recordar la propuesta planteada por Sunstein, Kahneman & Schakade, que se mencionó anteriormente. En primer lugar, es menester hablar sobre el tipo de causante que se presenta en estos casos. En realidad, no se ha establecido que la justificación de los *punitive damages* fuera a depender del tipo de causante que se presente en cada escenario; se trata más bien de una clasificación de los causantes que típicamente sostienen relaciones de poder con descripciones similares a las que se mencionaron líneas arriba.

Owen sostiene que aquí será posible encontrar a *i*) el causante individual; *ii*) el causante profesional; y *iii*) el causante institucional (1982, p. 105). La clasificación termina siendo importante porque los tipos y cantidades de poder que cada clase de causante retiene por sobre su contraparte sí determinan las expectativas sociales de cómo es que este poder debería ser controlado en cada caso. Por ejemplo: “Surely the forms of power and motivations of a drunk driver are different in substantial measure from those of a malpracticing doctor (...), and are different in turn from misconduct by a power company (...)” [Seguramente el tipo de poder y las motivaciones de alguien que maneja en estado de ebriedad son diferentes a las de un doctor negligent (...), y esas también son diferentes de las de la compañía de electricidad] (Owen, 1982, p. 105). En todo caso, los *punitive damages* se adecúan y perfilan al tipo de causante que se enfrenta en cada caso particular.

En segundo lugar, el estado mental presente en el causante al momento de realizar el daño es un criterio importante para comprender el contexto de aplicación de los *punitive damages*. Es, de hecho, el criterio más importante. El profesor DD. Ellis, uno de los juristas americanos más relevantes en el área del

Tort Law, sostuvo que “one would do well (...) to inquire past the conventional verbiage (“malicious”, “reckless”, “oppressive”, “willful and wanton”) into the essential mental conditions that properly might support a punitive award” [(...) Uno haría bien (...) en indagar más allá de las expresiones convencionales ("malicioso", "imprudente", "opresivo", "intencional y temerario") sino en las condiciones mentales esenciales que podrían respaldar adecuadamente una compensación punitiva] (como se citó en Owen, 1982, p. 106).

En consecuencia, recapitulamos al punto inicial de la propuesta de Owen: lo esencial para comprender qué es la conducta “mala” es que en una relación de poder víctima - causante debe existir un abuso de dicho poder que pueda ser catalogado como extremo. Lo malo, entonces, es el abuso de poder en una relación particularmente desigual. El autor propone una clasificación para que este criterio sea más técnico y en esta investigación se hará uso de ella. De acuerdo a la clasificación, el estado mental del causante puede ser *i*) deliberado (o malicioso); *ii*) evaluativo (o reflexivo); y *iii*) involuntario (o impulsivo).

La conducta deliberada o maliciosa tiene como principal objetivo causar daño sin razón aparente alguna y el causante siempre tiene consciencia de ello. Owen grafica la conducta con los siguientes ejemplos: “(...) a doctor performs unnecessary surgery for financial gain; or a drug manufacturer advertises its new drug as being free of side effects, knowing that it is not in order to improve its sales” [(...) un doctor que realizar una operación innecesaria solo por el beneficio económico; o el laboratorio farmacológico que publicita una nueva medicina como libre de efectos secundarios, sabiendo que es falso, para obtener más ventas] (Owen, 1982, p. 106). Luego, la conducta evaluativa implica que el causante evalúa los riesgos y beneficios de poner en ejercicio un instrumento para causar daño y después, a sabiendas de ello, lo pone en acción.

A diferencia del primer tipo que simplemente causa daño sin motivo aparente, el causante que actúa reflexivamente sí realizó una evaluación de posibles consecuencias y, de todos modos, decidió actuar de determinada manera porque considera que el beneficio a obtener es más importante. Owen explica “for punitive damages properly to lie in this context, the choice must be “wrong” (i.e., immoral or cost ineffective) and, in addition, the defendant must know or “recklessly” fail to discover its wrongfulness before acting” [Para que los *punitive damages* sean aplicables en este contexto, la elección debe ser "incorrecta" (es decir, inmoral o ineficiente en costos) y, además, el demandado debe conocer o "negligentemente" no descubrir su carácter incorrecto antes de actuar] (1982, p. 107).

En adición, el estado involuntario supone que realmente no se meditó sobre las consecuencias de la conducta, pero de todas formas es muy reprochable. El mejor ejemplo es manejar en estado de ebriedad o cuando un fabricante simplemente no pone a prueba la seguridad de un producto que muy probablemente podría lastimar a alguien. Es más factible que se concedan *punitive damages* cuando el causante sea institucional pues:

The failure to give thought to the fact that one's actions (or inactions) may be very harmful usually does not call for punishment. On occasion, however, this state of mind may support a punitive award, particularly if an institution (or perhaps a professional) is the defendant [La falta de consideración hacia el hecho de que las acciones (u omisiones) de alguien pueden ser muy dañinas generalmente no justifica un castigo. Sin embargo, en ocasiones, este estado mental puede respaldar una indemnización punitiva, especialmente si una institución (o quizás un profesional) es el demandado] (Owen, 1982, p. 108).

En tercer y último lugar, la naturaleza del daño específico causado como criterio operativo de *punitive damages* es aquel que plantea la pregunta de si la culpa del causante fue activa o pasiva, lo cual en el *Common Law* norteamericano se entiende por *misfeasance* o *nonfeasance*. El primero es un cumplimiento defectuoso de la obligación del contrato, por lo que implica una conducta activa o intencional; mientras que el segundo implica una conducta pasiva porque simplemente es la no ejecución absoluta de la obligación que se tenía a cargo.

Ahora bien, Owen plantea que para entender la doctrina de los *punitive damages* en el *Tort Law* es necesario, no solo comprender cuáles pueden ser sus funciones, sino también cuáles podrían ser los efectos y los costos de utilizar este remedio en la vida real a través de las cortes. Esta es, de hecho, la interrogante que el profesor D.D. Ellis propone en su línea de investigación sobre esta institución. En términos generales, como se mencionó anteriormente, los *punitive damages* cumplen con las funciones de punición, disuasión y compensación (Owen, 1982, p. 109). Sin perjuicio de ello, es posible también estudiar la doctrina y sus funciones a la luz de dos conceptos importantes del análisis económico del Derecho —y de la economía en general— estos son *fairness* (la justicia o equidad) y *efficiency* (la eficiencia).

¿Por qué deberíamos hacer esto? Los *punitive damages* no se quedan en el papel que constituye la doctrina jurídica, sino que se aplican a casos de la vida real a personas reales a través de jueces reales también. Los conceptos de justicia y eficiencia nos permiten aterrizar la institución al plano cotidiano de la litigación civil (por lo menos en Estados Unidos), es ahí donde se materializa la otra cara de la moneda que

el profesor Ellis sostiene que muchas veces pasa desatendido: los efectos de este remedio. Veamos entonces ¿qué tanto se cumple con el concepto de justicia y eficiencia cuando las cortes aplican los *punitive damages*?

Respecto de la justicia, Owen explica brevemente que la postura del profesor Ellis está planteada en términos del merecimiento. Es decir, la punición del causante es justa en tanto la merece, y la merece porque su conducta fue altamente reprochable por los estándares sociales. Aunque el autor no está en desacuerdo, él propone retroceder un paso antes del merecimiento y girar la atención al cómo, por qué y hacia quién es que la conducta del causante es tan mala. Esto porque se debe considerar que la conducta del causante no ocurre de manera aislada: “I prefer to move back a step to examine how, why and to whom the defendant’s conduct was very wrong” [traducción antes de la cita] (1982, p. 108). Dicho de otra manera, es cierto que el merecimiento explica por qué castigar al causante es justo; no obstante, incluso antes que el merecimiento, se encuentran nociones que pululan a la misma relación entre dos agentes que nos permiten entender por qué aplicar un castigo es lo correcto. No es justo solo porque creemos que el causante actuó mal, sabemos que es justo porque actuó mal en función de otra persona.

Así, Owen sostiene “there are three notions that I believe to be particularly important in determining the fairness of the punishment imposed: theft, power, and social expectations” [Hay tres nociones que considero especialmente importantes para determinar la justicia de la pena impuesta: el robo, el poder y las expectativas sociales] (1982, p. 108). El concepto de *theft* (robo) es utilizado por el autor porque considera que cuando estamos frente a conducta reprochable, pareciera que esta siempre se asemeja a lo que es un robo o, en todo caso, al despojo de algo que le pertenecía a la víctima. El objeto que fue robado o despojado de su titular puede tener cualquier forma y valor, podría ser dinero en estricto, integridad física, integridad mental, o incluso felicidad u otros valores asociados como la privacidad, la reputación, o la libertad (Owen, 1982, p. 110). Entonces, la decisión que tomó el causante de seguir el curso de su conducta constituye, de alguna forma también, una decisión de “robarnos” ciertos recursos que consideramos limitados y los valoramos como tal.

Esto nos lleva al concepto de poder, puesto que en sociedad todos tenemos el poder de desperdiciar los recursos de otra persona si decidimos actuar de dicha manera. Sin embargo, es claro que, mientras más poder reúnan algunos, más chances hay de que decidan poder “robarnos” de los recursos que se consideran valiosos. Dado que algunas personas, o grupos de personas, acumulan más poder que otros, la sociedad les ha otorgado licencias —en la forma de información y recursos— para que brinden servicios al resto del grupo. Este es el caso de las industrias, de los profesionales, de los proveedores de servicios públicos, entre otros. Consecuentemente, y aquí es donde entran a tallar las expectativas sociales, esperamos que estas

personas utilicen esas licencias de forma justa y eficiente en pro del bienestar general de la sociedad. En palabras de Owen:

When this permitted power base is abused (...) the ethic of the group is fractured. If the person (or licensee) responsible for the fracture exercised even a passive choice in causing waste, then punishment of the offender may be required to mend the fabric of the social rules (...) [Cuando se abusa de esta base de poder permitida (...) la ética del grupo se ve fracturada. Si la persona (o licenciataria) responsable de la fractura participó siquiera de manera pasiva en causar el desperdicio de recursos, entonces puede ser requerido castigar al infractor para reparar el tejido de las normas sociales (...)] (1982, p. 110).

¿Cómo entran a tallar aquí esas funciones iniciales de punición, disuasión y compensación? Para que los agentes que tienen la capacidad de despojarnos de nuestros recursos y desperdiciarlos, se abstengan de dicha conducta, el Derecho debe crear un desincentivo e imponer un castigo a quienes decidan comportarse así pese a la advertencia de no hacerlo. En ese sentido, la punición se vuelve la consecuencia justa —y natural— de deliberadamente usar el poder para robar y despojar a otros de sus recursos valiosos. Si esto es así, y lo es, es natural también que la sociedad busque disuadir a otros de comportarse de esta manera. En consecuencia, si se identifica un robo de recursos, la segunda consecuencia natural es que se le compense a la víctima y se fuerce al causante a reponer aquel recurso (o su equivalente en dinero). Por tanto, concluye Owen, el castigo civil parece satisfacer el concepto de justicia y equidad respecto del uso de poder y recursos en la sociedad y las consecuencias de su abuso (1982, p. 112).

Respecto de la eficiencia, se supone que, en tanto los *punitive damages* castigan el comportamiento abusivo que desperdicia recursos de otra persona y esto es justo, su uso debería también promover la eficiencia en términos generales, ya que el hecho de que las personas despojen y desperdicien los recursos limitados de los demás es un comportamiento ineficiente. El profesor Ellis sostuvo como parte de su teoría que había específicamente tres tipos de casos en donde la eficiencia era promovida por la doctrina de los *punitive damages*: *i*) cuando la asignación de responsabilidad era menos probable que la pérdida sufrida, *ii*) cuando la indemnización legal era menor que el daño realmente sufrido; y/o *iii*) cuando los costos reales de evitar el daño son menores a los que percibe el actor (como se citó en Owen, 1982, p. 112). Aquí es donde Owen plantea su interpretación respecto al criterio de la eficiencia que, personalmente, sostengo es la más cercana a un entendimiento correcto de cómo los *punitive damages* pueden llegar a ser realmente eficientes. Owen considera que, si bien los escenarios del profesor Ellis son correctos, en realidad no hay una razón

de peso para que la aplicación de los *punitive damages* se vea limitada a los tres escenarios mencionados. Explicaremos este punto a continuación:

Si partimos de la premisa de que los *punitive damages* son capaces de disuadir conductas negativas, y de que el criterio mediante el cual se aplica responsabilidad con una indemnización punitiva como esta, está claramente definido, entonces un remedio de tal naturaleza debería promover la eficiencia prácticamente en todos los casos. “This conclusion flows from my belief that each of Professor Ellis’ categories seems all-inclusive or almost so: none of the categories appears to exclude many, if any, cases” [Esta conclusión se deriva de mi creencia de que cada una de las categorías del Profesor Ellis parece ser totalmente inclusiva o casi: ninguna de las categorías parece excluir muchos, si es que alguno, de los casos posibles] (Owen, 1982, p. 113). Lo que el autor trata de decir es que, aunque el profesor Ellis señale que existen tres escenarios específicos en donde los *punitive damages* pueden ser eficientes, lo cierto es que esos escenarios no son tan limitantes como su clasificación aparenta. Por el contrario, si evaluamos lo que sucede en la vida real, será posible apreciar que, en realidad, casi todos los casos se subsumen en sus tres categorías. Esto apunta a probar, como indica Owen, que los *punitive damages* deberían y pueden ser eficientes en casi todos los casos (1982, p. 112).

Respecto al primer escenario, la probabilidad en el mundo real de que el causante de un daño sea atrapado y juzgado como responsable en un juicio, prácticamente siempre será menor a 1 (Owen, 1982, p. 113). Donde x es la probabilidad de ser juzgado por causar un daño:

$$x < 1$$

Esto es así ya que muchas veces podemos comprobar que, pese a estar frente a la comisión de los daños más flagrantes y obscenos, estos no siempre resultan en un juicio de responsabilidad civil en donde se indemniza a la víctima. “Thus, upon the (...) assumption that punitive damages effectively do deter, no case appears to fall outside of the first category” [En consecuencia, bajo la (...) premisa de que los *punitive damages* efectivamente disuaden, ningún caso parece estar por fuera de esta primera categoría] (Owen, 1982, p. 113). Es decir, difícilmente un caso de la vida real podría no estar incluido en el primer escenario propuesto originalmente por el profesor Ellis.

Respecto al segundo escenario, Owen considera que es aún más evidente porque en la experiencia norteamericana las demandantes rara vez obtiene una indemnización que incluya los costos del litigio, o

sea, los honorarios de sus abogados. Además, es incluso más extraño —si no es que prácticamente imposible— que el demandado pague realmente por todas las pérdidas que su daño ocasionó. Owen explica:

Although today the plaintiff may often receive a judgement sufficient (before attorneys' fees and other costs) to recompense quite fully his resources that were lost; his family, friends and employer will likely lose certain other resources beyond the scope of law [Aunque hoy en día el demandante a menudo recibe un fallo suficiente (antes de contar los honorarios de los abogados y otros costos) para compensar bastante bien los recursos que perdió; su familia, amigos y empleador probablemente perderán ciertos otros recursos más allá del alcance de la ley] (1982, p. 113).

Dicho de otra manera, es materialmente imposible que la indemnización compensatoria reponga absolutamente todas las pérdidas sufridas por la víctima porque, como quiera, siempre existirán pérdidas que el Derecho no contempla dentro de su alcance y eso no necesariamente significa que tengan menos relevancia para la persona afectada por el daño. Evidentemente, pues, como en su momento lo indicó Owen, en la vida real las personas no cometen daños, ni son víctimas de los mismos, de manera aislada. Es más, no solo el círculo cercano de la víctima se ve afectado cuando esta sufre un daño; sino también la sociedad en general. Pensemos en la farmacéutica que vende una medicina ofertándola como libre de efectos secundarios, para que luego la sociedad descubra que esto era falso y en realidad la medicina en cuestión puede causar problemas de salud graves. No solo se ven afectadas las personas que directamente consumieron la medicina gracias a su falsa publicidad; sino también la sociedad en general “(...) may suffer a sense of fear or demoralization from wrongdoing (...)” [(...) podría sufrir miedo o un sentido de desmoralización a causa de la conducta dañina] (Owen, 1982, p. 113).

En el ejemplo, la sociedad se ve afectada por un despojo o robo generalizado de ciertos recursos que se consideran importantes como que los productores de medicamentos sean honestos e íntegros a la hora de publicitarlos (*truthful advertising*). Como consecuencia de la farmacéutica de nuestro ejemplo, ahora la sociedad en general es menos proclive a creer en la publicidad del resto de laboratorios y esto impacta en la eficiencia generalizada del mercado de los medicamentos. Con lo cual, Owen concluye “a wrongdoer virtually never pays in compensatory damages for all the losses he has caused, particularly in cases of extreme wrongdoing for which punitive damages may be awarded” [Un causante prácticamente nunca paga en daños compensatorios por todas las pérdidas que ha causado, especialmente en casos de maldad extrema por la que se pueden otorgar *punitive damages*] (1982, p. 113).

Respecto al tercer escenario, que postulaba que la eficiencia solo podría darse cuando los costos reales de evitar el daño son menores a los que percibe el actor, debemos precisar que es todavía más inclusiva de prácticamente todos los casos posibles. “A “thief” must almost always perceive a greater benefit from his conduct than would the law” [Un “ladrón” casi siempre debe percibir un mayor beneficio de seguir con su conducta de lo que lo hace la ley] (Owen, 1982, p. 113). El doctor que, por ser viernes está pensando en ya irse a casa, se olvida de su paciente moribundo en la sala de espera, definitivamente valora más el costo de asegurarse del bienestar de todos sus pacientes a toda hora, de lo que lo hace la ley. Es decir, quien comete un daño a través de su conducta siempre va a pensar que es más costoso evitarlo de lo que lo piensa el Derecho y la regulación. Es por eso que Owen concluye que esta categoría también es inclusiva de la mayoría de casos de conductas dañinas flagrantes (1982, p. 114).

Por lo tanto, recapitulemos a la pregunta inicial: ¿qué tanto se cumple con el concepto de justicia y eficiencia cuando las cortes aplican los *punitive damages*?

(...) if the normal rules of good behavior are themselves defined in terms of cost efficiency, and if the threat of punitive damages will steer persons toward compliance with the rule, than a “proper” amount of punitive damages should be efficient as a general proposition rather than in only limited situations [(...) si las normas habituales de buen comportamiento se definen en términos de eficiencia de costos y si la amenaza de *punitive damages* llevará a las personas a cumplir con la norma, entonces una cantidad “adecuada” de *punitive damages* debería ser eficiente como regla general en lugar de en situaciones limitadas] (Owen, 1982, p. 114).

La respuesta es que la doctrina de los *punitive damages* satisface los criterios de justicia y eficiencia en términos generales, por lo que no es necesario que limitemos su aplicación a una clasificación de casos taxativa. Esto no quita que, en la vida real de los litigios en las cortes civiles, existan varios problemas que en gran medida evitan que ambos principios se puedan manifestar completamente, por ejemplo, la incertidumbre respecto al significado y las reglas de aplicación de los *punitive damages*¹⁴.

¹⁴ Esta investigación no se propone analizar este problema por el momento. Revisar Owen, D.G. (1982). Civil Punishment and the Public Good. *Southern California Law Review*, 56 (1), 103-122.

2.2.2 Los criterios de aplicación de los *punitive damages* en *Contract Law*

Como se introdujo en las primeras secciones de este segundo Capítulo, ahora corresponde ahondar un poco más en las excepciones típicas que el sistema norteamericano ya tiene previstas para la aplicación de *punitive damages* en casos de *breach of contract*. Esto definitivamente será importante para entender los criterios de aplicación de la institución en responsabilidad por inejecución de obligaciones, pero sobre todo para tener presente la evolución de dichos criterios y responder a la cuestión de ¿cuál sería el siguiente paso? (si es que lo hay).

Hay una pregunta importante por abordar: ¿permitir la aplicación de *punitive damages* para casos de *breach of contract* es consistente con los objetivos principales del Derecho de responsabilidad civil contractual? Lo veremos a continuación. Como explica Sullivan, a diferencia del *Tort Law*, el Derecho de responsabilidad contractual (*Contract Damage Law*) no tiene múltiples objetivos por cumplir; sino que tiene fundamentalmente uno solo: compensar la pérdida pecuniaria sufrida (1977, p. 218). En otras palabras, como ya hemos dejado claro, en *Contract Law* se busca colocar a la víctima del incumplimiento en la misma posición en la que estaría de haberse cumplido la obligación prometida. Por lo que, aparentemente no hay cabida para indemnizaciones no compensatorias en sede contractual (Sullivan, 1977, p. 218).

Sin embargo, y esto es lo relevante, un análisis más cuidadoso nos sugiere que las indemnizaciones en *Tort* y en *Contract* son, en realidad, similares en varios sentidos (Sullivan, 1977, p. 219). El Profesor Corbin¹⁵ sostuvo explícitamente que las indemnizaciones por responsabilidad en sede contractual sirven a muchas más funciones que las de la compensación pecuniaria, por ejemplo, que operan como un sustituto a la venganza personal y actúan como elemento disuadir de otros incumplimientos contractuales (como se citó en Sullivan, 1977, p. 219). Lo que sucedió y sucede aún es más bien una repetición de algo que se volvió un axioma porque se repitió muchas veces en el pasado y no se cuestionó en su debido momento: un conjunto de decisiones judiciales y comentarios doctrinales que de manera unísona y sin cuestionamiento establecieron que el único objeto de la indemnización en sede contractual es compensar la pérdida económica (Sullivan, 1977, p. 219).

En realidad, no cuestionarnos este famoso axioma solo oscurece el proceso mediante el cual se determina la cuantificación de las indemnizaciones en sede contractual. Sobre todo, si recordamos que la regla que prohíbe la aplicación de *punitive damages* en *Contract* termina siendo una suerte de accidente

¹⁵ Uno de los juristas académicos norteamericanos más importantes en lo que respecta a *Contract Law* durante el siglo XX, proveniente de la *Yale Law School*.

histórico. Sullivan nos presenta una reflexión importantísima al respecto: lo cierto es que las indemnizaciones en contractual frecuentemente se basan en calculaciones que son de algún modo inciertas o basadas en especulaciones ¿por qué? Porque, aunque la indemnización no sea públicamente reconocida como punitiva, la extensión precisa de la pérdida casi siempre es incierta. Nunca podremos saber o determinar a ciencia cierta la extensión exacta de la pérdida que sufre otra persona. Si esto es así, cuestiona Sullivan, cómo podríamos aseverar que las indemnizaciones en contractual no cumplen ningún objetivo que no sea la compensación económica (1977, p. 220).

Cuando prestamos atención a este detalle, la comparación entre las indemnizaciones en *Tort* y en *Contract* nos lleva a aceptar que la línea divisoria entre *punitive* y *compensatory damages* no es tan nítida. De hecho, sostiene el autor, mientras más se esfuerza una corte en demostrar que hay una sólida distinción entre el curso judicial de *Tort* y *Contract*, más oscura se vuelve la opinión que produce (Sullivan, 1977, p. 225). Al contrario, nos hace reconocer que las reglas que prohíben su aplicación no están escritas en piedra porque, incluso si decimos que los *punitive damages* y, en general, la función punitiva, es ajena y extraña a la sede contractual; lo cierto es que en un nivel práctico y funcional, las indemnizaciones en *Contract* pueden llegar a tener un efecto punitivo (Sullivan, 1977, p. 220). No significa que todas las indemnizaciones medianamente grandes en sede contractual sean por fuerza punitivas, pero sí es cierto que cada dólar que se recupera en sede contractual por encima del monto concreto de la pérdida económica se aleja de lo que este axioma pretende asentar en la legislación. Y esto sucede así porque, incluso si no existe una ley que explícitamente establezca que dicha suma adicional son *punitive damages*, al final del día, para el demandado tendrá un efecto punitivo pragmáticamente hablando (Sullivan, 1977, p. 220).

Antes de entrar a analizar cómo funcionan las excepciones que otorgan *punitive damages* en *Contract*, es importante entender que cualquier análisis que se haga de las mismas, siempre va a carecer de una explicación real y sólida sobre por qué el sistema norteamericano decidió adherirse a la regla inglesa de prohibición. Sullivan considera que esto se ocasionó porque hubo una carencia, sobre todo en los casos de contractual más antiguos, de elaborar una discusión jurisprudencial que ataque la cuestión filosófica sobre las indemnizaciones y el *Damage Law* en general. Probablemente porque los jueces no son per sé filósofos del Derecho, señala el autor, pero como quiera que fuera, no existe una respuesta realmente sólida a la cuestión del por qué la regla general establece que los *punitive damages* están prohibidos para los incumplimientos contractuales (1977, p. 221).

Ahora bien, una de las excepciones más antiguas y conocidas es *breach of contract to marry*, o como le llamaríamos en nuestro sistema, incumplimiento de la promesa de matrimonio. Básicamente, si

uno promete fraudulentamente matrimonio a través de la seducción, se considera apropiado otorgar *punitive damages* como forma de indemnización y el juicio se desarrolla en *Contract*, no en *Tort* (Miner, 1975, p. 678). La justificación de fondo que siempre fue válida para conceder esta excepción es que, ante un incumplimiento de esta naturaleza, la víctima sufre un daño muy particular y personal a su individualidad. Fue a partir de este criterio que se comenzó a justificar la excepción de otorgar *punitive damages* en *Contract* con base al elemento del fraude; no porque el fraude sea per sé suficiente, sino porque se comenzaron a trazar indicios de que la conducta que merecía tal castigo, incluso en sede contractual, era aquella que era lo suficientemente indignante.

De hecho, menciona Miner, es posible que la disponibilidad de *punitive damages* para casos de fraude originalmente se haya pensado justificada sobre la base del “*tort of deceit*”, es decir, el *tort*/ agravio del engaño. Ello, pues, otra de las excepciones más conocidas y difundidas en los Estados Unidos es que si el incumplimiento está lo suficientemente relacionado a un *tort* independiente, entonces los *punitive damages* pueden estar disponibles independientemente de si el juicio se desarrolla en sede contractual o extracontractual (1975, p. 678).

Asimismo, una de las excepciones con mayor desarrollo histórico es la de permitir los *punitive damages* para incumplimientos de naturaleza opresiva por parte de compañías que brindan servicios públicos o de utilidad pública, por ejemplo, las compañías de agua y alcantarillado, de transporte ferroviario, los bancos y “(...) later, on rare occasions, an employer” [(...) más adelante, en algunas ocasiones, un empleador] (Miner, 1975, p. 678). La justificación de este supuesto es que la explotación que realizan dichos agentes de un elemento de utilidad pública (agua, vías ferroviarias, dinero, trabajo), les otorga una posición de dominio y poder que los diferencia del resto de agentes de la sociedad, en virtud de esta posición favorecedora es que surge también un deber legal para con la comunidad. En ese caso, explica Miner, la ruptura de dicho deber es considerado un *tort* (1975, p. 678). Esto lo hicieron porque, al caracterizar esa conducta como un *tort*, las cortes pudieron otorgar *punitive damages* sin que sea tan evidente que se estaba rompiendo la regla general que los consideraba inapropiados. Lo relevante respecto a esta excepción es que siempre fue pensada como un medio para poder castigar y defender a los individuos del abuso de poder económico (Sullivan, 1975, p. 226).

De cualquier forma, es importante señalar que tanto esta excepción como la de promesa de matrimonio, en un inicio recurrieron a la estrategia de caracterizar el incumplimiento como un agravio independiente (*Tort*). Esto no solo para que sea menos evidente que se estaba rompiendo una regla, como decía Miner, sino también por el hecho de que su propia naturaleza lo hacía más sencillo. Por ejemplo, en

el caso de compañías de servicios públicos, se consideraba que la conducta (el abuso de poder económico) era independiente de su condición de parte en un contrato (Sullivan, 1975, p. 226). En esencia ambas excepciones son el origen de la transformación del Derecho de daños en sede contractual.

Es posible trazar el origen de la excepción para casos de servicios públicos a los inicios del Derecho Inglés. En ese entonces consideraban que aquellos involucrados en un servicio público o de interés público, tenían una obligación de proveer dichos servicios a todas las personas. En adición a ello, se crearon obligaciones circundantes a dicho deber, por ejemplo, que el servicio en cuestión debía ser provisto en términos razonables y que debía ser adecuado (Sullivan, 1977, p. 224). El objetivo de crear estos deberes siempre fue proteger al público en general de situaciones de explotación, abuso u opresión por parte de quienes debían proveerles los servicios. Especialmente porque en dicha época de la historia, el agente que brindaba determinado servicio al público, por lo general gozaba de un monopolio en el mercado.

En la sociedad moderna quienes gozan de esta posición privilegiada y muchas veces de un monopolio son las empresas que manejan las redes de transporte, de gas, de agua, de telecomunicaciones, entre otros. Por lo tanto, esta excepción surge de una preocupación antigua que persiste hasta el día de hoy: proteger a las personas de alguna situación de abuso, independientemente del curso judicial que quieran tomar. Eso no es todo, es importante destacar que en este escenario casi siempre será posible identificar un patrón: primero, que la demandada es parte de los “*big guys*” —la parte dominante— lo cual le otorga un gran poder de negociación a través de una posición económica ventajosa; y que la demandante es parte de los “*little guys*” —la parte dominada— lo cual significa que casi no puede defenderse de los actos de mala fe que cometa su contraparte.

Evidentemente, estamos frente a una excepción cuyo punto principal es la existencia de una relación de poder asimétrica donde una parte poderosa se aprovecha de la debilidad de la otra, y esta conducta en sí misma termina siendo la justificación para otorgar *punitive damages* porque, de lo contrario, se estaría permitiendo una situación de injusticia en el ordenamiento. Miner sostiene al respecto:

In circumstances involving considerable disparity of economic power, punitive damages offer one of the few ways for the court to protect the individual from being trampled upon, and thus to fulfill its responsibility of providing a remedy for every injury it has the power to relieve [En circunstancias que involucran una considerable disparidad de poder económico, los *punitive damages* ofrecen una de las pocas formas para que el tribunal proteja al individuo de ser pisoteado

y, por lo tanto, cumpla con su responsabilidad de proporcionar un remedio para cada lesión que tenga el poder de aliviar] (1975, p. 678).

Este punto es particularmente interesante porque implica aceptar que i) definitivamente el criterio de esta excepción se fundamenta en que hay ciertas relaciones desiguales en donde una parte, la más débil, podría salir altamente perjudicada y esto no es diferente si estamos ante una relación contractual; al contrario, la relación contractual podría propiciar dicho abuso; y ii) no porque ese abuso se de en el marco de un contrato, significa que el Derecho no tiene que aliviarlo; de todas formas tiene la responsabilidad de brindar un remedio. Este razonamiento se ha hecho tan popular que motivó el nacimiento de una nueva excepción: permitir *punitive damages* ante casos de incumplimientos opresivos (*oppressive breaches of contract*) por parte de compañías aseguradoras que pretendían forzar acuerdos injustos con sus asegurados.

El llamado “incumplimiento opresivo” que justifica conceder *punitive damages* en sede contractual se basa en los mismos fundamentos que explican por qué es positivo imponer dicha figura a las grandes empresas de servicios públicos; la sutil diferencia es que se explica con una mayor profundidad qué es lo que hace al incumplimiento tan opresivo:

(...) typically involves an unconscionable breach of contract by someone with a great deal of economic power over the other party; it is an attempt to use this economic leverage to force the weaker party to submit to demands supported by no legal or contractual obligation [(...) típicamente implica una violación inadmisibles del contrato por parte de alguien con un gran poder económico sobre la otra parte; es un intento de utilizar esta influencia económica para obligar a la parte más débil a someterse a demandas que no están respaldadas por ninguna obligación legal o contractual] (Miner, 1975, p. 679).

Es decir, además de ser abusivo, es plena y groseramente injusto porque pretende ejercer un abuso para obtener un beneficio indebido por parte de alguien mucho más débil en la relación contractual. El caso de *Fletcher v. Westner National Life Insurance Co (1970)*. puede graficar este ejemplo: el asegurado (Fletcher) tenía un caso muy sólido para reclamar que se le pague una póliza por discapacidad, pero la aseguradora intentó que Fletcher renuncie a su solicitud amenazando con demandarlo, sin justificación, por la devolución de unos beneficios que se le habían pagado un tiempo antes. Simplemente por la imposición de su poder económico la aseguradora intentó que Fletcher renuncie a un reclamo válido contra la compañía. Este fue un caso donde se otorgaron *punitive damages*. En palabras del autor “if the courts deny punitive damages for such oppression, they are positively encouraging this sort of barbarism” [si las cortes

denegasen *punitive damages* para un caso tal de opresión, estarían incentivando activamente esta clase de barbarismo] (Miner, 1975, p. 679).

Naturalmente, esta excepción es similar a la justificación que existe detrás de la prohibición de enriquecimiento ilícito, una figura que compartimos con el sistema norteamericano. Si no fuese posible recuperar *punitive damages* se permitiría que estos tipos de opresión económica persistan en la comunidad, es más, serían premiados porque la contraparte abusiva solo tendría —en el mejor de los casos— que pagar lo que originalmente debía y el dinero que se ahorra en ausencia de *punitive damages* lo puede utilizar para cualquier otro interés que le sea favorable. Sumado al hecho de que se le permite seguir abusando de otras contrapartes igual de débiles y cada uno de estos escenarios representa mayor dinero que genera a través del abuso y la injusticia de las partes más indefensas. Este es un criterio que, aunque originalmente surge frente a compañías aseguradoras¹⁶, parece no haber mucha oposición a que se extienda a otros casos de incumplimientos opresivos (Miner, 1975, p. 679).

Una excepción bastante similar es la del incumplimiento de deber fiduciario. Tal como sucede en el caso de servicios públicos o servicios de interés público, lo que justifica otorgar *punitive damages* es el incumplimiento de la relación que hay de fondo, antes que el incumplimiento del contrato per sé (Sullivan, 1977, p. 226). Evidentemente, no es menos importante recordar que dicha relación/ deber especial entre las partes siempre termina siendo producto de la relación contractual entre ellas. Un caso gráfico de esta excepción es *Brown v. Coates (1958)*, de la Corte Distrital del estado de Columbia. Se trata del dueño de una propiedad, el demandante, que contrató con un agente de bienes raíces, el demandado, para hacer el intercambio de su propiedad por una de las que el agente tenía listadas. El demandado se encargaría de vender la casa y la ganancia obtenida serviría como parte de pago para la nueva casa que el demandante quería adquirir. Entonces, después de que el agente vendiera la casa, negó completamente que alguna vez haya acordado aplicar las ganancias como parte del pago por la nueva propiedad.

En este caso la corte otorgó una indemnización compensatoria y, además, concedió *punitive damages* para el demandante. Cuando se confirmó el resultado en segunda instancia, el juez superior indicó su criterio como se presenta a continuación: “(...) real state brokers assume fiduciary obligations toward their clients” [(...) los corredores de bienes raíces asumen obligaciones fiduciarias frente a sus clientes] (como se citó en Sullivan, 1977, p. 227). En otras palabras, Mr. Burger, el juez superior, explica que ciertas

¹⁶ Detalle curioso que el autor considera se puede deber al hecho de que, aparentemente, son quienes suelen verse involucradas en esta clase de incumplimientos, es decir, suelen ser la clase de compañías que recurren a tácticas opresivas. Evidentemente no podemos afirmar que sea un comportamiento exclusivo de un solo nicho del mercado.

personas cuentan con suficiente entrenamiento, especialización, experiencia y conocimiento técnico como para que el resto de nosotros consideremos que podemos confiar en ellos y en los bienes o servicios que proveen. Cuando deliberadamente rompen esa confianza depositada por el público en general y, además, lo hacen con la finalidad de obtener un beneficio indebido o injusto, el sentido de protección de la comunidad y de la víctima es lo que justifica que se impongan *punitive damages* (como se citó en Sullivan, 1977, p. 227). Efectivamente, este criterio nos hace pensar —y con justa razón— que, aunque hayan pretendido que sea solo una excepción, estamos frente a un *rationale* que perfectamente podría ser aplicado a muchos otros casos.

Sullivan nos permite reflexionar un poco respecto a este último punto. Es cierto que el razonamiento empleado podría tener un alcance muchísimo mayor, pero no lo hace —o por lo menos es bastante incierto— porque las cortes no se detienen a reflexionar sobre el alcance de la relación fiduciaria presente; sino que simplemente se limitan a prestarle atención a los hechos objetivos del caso (1977, p. 228). Es importante tener esto en cuenta cuando se pretende realizar el trasplante de una institución jurídica con tantas excepciones aparentemente específicas y “limitativas”, pero aún no es pertinente introducir estos cuestionamientos en esta parte de la investigación.

Ahora bien, otro tipo de excepción —y una de las más utilizadas, a decir verdad— es el incumplimiento contractual concurrente de una conducta fraudulenta. Sullivan considera que es la excepción más sencilla de explicar porque es una consecuencia de la tendencia en el ordenamiento norteamericano por favorecer conceptos superficialmente precisos, pero lo suficientemente ambiguos como para permitir resultados diferentes cada vez sin que parezcan inconsistentes (1977, p. 230). Así, el concepto de *fraud* (fraude), es lo que en inglés se conoce como “*catch-all term*”, esto es, un término que engloba dentro de su definición todos los significados que le sean posibles. De manera un poco más concreta, Sassaman identifica los elementos del fraude como la conducta de hacer una declaración falsa, sabiendo que lo es, pero con el objetivo de engañar o sin prestarle importancia a aquello que es cierto, y que finalmente resulta ocasionando un daño (1980, p. 95).

De tal forma que, para una corte creativa, una conducta fraudulenta podría ser entendida como cualquiera de las definiciones que se les pueda ocurrir. De hecho, algunas cortes incluso evitan definir el concepto para tener la mayor libertad posible y así poder castigar a aquellos que consideran como personas que actuaron de forma fraudulenta (Sullivan, 1977, p. 230). La libertad judicial ganada obviamente vino a costa de tener un término expresado de formas realmente oscuras y ambiguas y, en consecuencia, a costa de hacer más difícil la predictibilidad de resultados, lo cual es evidentemente peligroso para todos. El caso más representativo de esta excepción es *Welborn v. Dixon (1904)*, donde la Corte Suprema del estado de

Carolina del Sur permitió la recuperación de *punitive damages* para lo que consideraron como un incumplimiento contractual fraudulento.

El demandante le había pedido un préstamo al demandado y como garantía de la deuda había acordado entregarle algunas parcelas de una tierra sobre la cual era propietario. Las partes acordaron simultáneamente que el demandado prometía devolver la propiedad siempre que se pague a tiempo la deuda. Sin embargo, el demandado violó el contrato y decidió vender la propiedad que le habían otorgado como garantía a un tercero. Fue así como el demandante llevó el caso a juicio buscando una indemnización compensatoria, así como *punitive damages*. Al respecto, la Corte Suprema de Carolina del Sur estableció que, si bien la regla general era en que *breach of contract* las motivaciones del causante del daño eran irrelevantes; ante la presencia de un incumplimiento acompañado de un acto fraudulento, se permitía hacer responder al causante por la indemnización compensatoria, así como los *punitive damages* (como se citó en Sullivan, 1977, p. 231).

Esta *rationale* se ha aplicado a muchos otros casos posteriores, pero es realmente difícil identificar una tendencia generalizada porque el concepto ha sido definido de manera gaseosa. Tal es así que el problema se ha replicado incluso por fuera del estado y tiene sus análogos en jurisdicciones como California. Se ilustrará este panorama con dos casos representativos del problema. Primero, en *Contractor's Safety Association v. California Compensation Insurance Co. (1957)*, el demandado era una compañía aseguradora que le prometió a sus clientes que les pagaría dividendos según una escala establecida, si es que mantenían la ratio entre la póliza pagada y el valor de potenciales pérdidas por debajo de un nivel determinado. Luego, la aseguradora quiso defenderse citando un acuerdo “secreto” de su junta de directores en donde se había acordado que no pagarían dividendos sin previa aprobación de la junta. El demandante buscó que se le compense con *punitive damages* argumentando que la conducta había sido fraudulenta, maliciosa y opresora. La Corte Suprema de California rechazó este pedido sosteniendo que no había fraude, sino un simple incumplimiento contractual porque la aseguradora sencillamente se rechazaba a actuar conforme había prometido (Sullivan, 1977, p. 234).

Segundo —y completamente contradictorio— es el caso de *Sharp v. Automobile Club of Southern California (1964)*. Aquí el demandante, antes de renovar su póliza con el demandado (otra aseguradora), buscó que se le confirme que se le reemborsarían los gastos médicos, incluso cuando haya ya recibido dicho pago por parte de un *collateral*¹⁷ (un tercero). Eventualmente, resultó que esta precisión no formaba parte

¹⁷Esto tiene que ver con la forma en cómo funcionan las aseguradoras de privados en Estados Unidos. Un *collateral* es un tercero que paga inmediatamente los gastos incurridos en caso de que se active la póliza y, según cada tipo de póliza, es posible que luego dichos gastos médicos sean asumidos por la aseguradora. En estos casos, es la aseguradora quien se encarga de pagar directamente al *collateral*.

de las políticas de la aseguradora y luego, cuando el demandante solicitó la restitución de gastos médicos, el demandando se negó a hacerlo. En este caso la Corte Suprema sí otorgó *punitive damages* porque consideraron que se trataba de una conducta fraudulenta; en ningún momento se hizo referencia a la opinión de *Contractor's v. California Compensation Insurance Co.* que habían emitido no muchos años atrás (Sullivan, 1977, p. 234).

Ante la confusión, podemos concluir que en ambas jurisdicciones el éxito del demandante dependerá de su capacidad para convencer a la corte de que los hechos del caso son suficientes como para mover el caso de la línea entre *Contract* a *Tort*, hacia una categoría prácticamente delictual (Sullivan, 1977, p. 235). Como señala el autor: “confusion in this area of the law is perhaps inevitable, for it is surely difficult to apply consistently a rule whose cardinal concept (fraud) many courts have persistently defined in the most sweeping and general terms” [la confusión en este ámbito de la ley es quizás inevitable, ya que seguramente es difícil aplicar sistemáticamente una norma cuyo concepto cardinal (fraude) muchos tribunales han definido persistentemente en los términos más amplios y generales] (1977, p. 235). Pero, entonces ¿puede ser esto considerado como una doctrina legal? Realizo esta pregunta porque hasta el momento se evidencia que las excepciones más importantes y más difundidas en el ordenamiento norteamericano se sostienen casi como un castillo de naipes¹⁸. Estamos hablando de excepciones a una regla que, en principio, es una regla que se define como un accidente histórico, y luego sus excepciones se basan en definiciones ambiguas, en tradiciones que no se cuestionaron nunca, en zonas grises, etc.

Al respecto, Sullivan menciona algo con lo que estamos totalmente de acuerdo “a rule composed of concepts so obscure can be described as a governing legal doctrine only by a long lead of faith” [una regla compuesta de conceptos tan oscuros podría describirse como una doctrina jurídica solo por un gran acto de fe] (1977, p. 236). En otras palabras, pretender que todos estos razonamientos increíblemente difusos los unos con los otros, realmente pueden constituir una regla que se vuelva una verdadera doctrina jurídica en un ordenamiento, es algo que solo podría afirmarse basándonos en la fe de que las cosas funcionan así porque sí; sin ninguna justificación real de por medio. ¿Por qué se mantuvo entonces? Cuestiona Sullivan. “Partly because lawyers and judges find rules, however ghostly, comforting presences, and partly because the rule in this instance provides convenient camouflage for otherwise legally indefensible decisions” [En parte porque los abogados y los jueces encuentran las reglas, por más gaseosas y ambiguas que sean, una presencia reconfortante, y en parte porque la regla en este caso proporciona un camuflaje para decisiones que de otro modo serían legalmente indefensibles] (1977, p. 236).

¹⁸ Y esto al final impacta en lo que una regulación extranjera decida importar a su propio ordenamiento, evidentemente.

Es decir, esta es una excepción que nadie puede definir realmente, ni siquiera las cortes, y aún así se volvió increíblemente popular y crucial para la aplicación de *punitive damages* en casos de *breach of contract* por el hecho de que a los operadores de justicia nos encanta justificar las cosas a través de reglas. Lo curioso es que, incluso en EE.UU, prefirieron mantener esta excepción y su extraña construcción de pie para poder aplicar *punitive damages* donde era correcto hacerlo, en lugar de cuestionarse por qué de facto se prohíbe su aplicación en sede contractual y se tiene que recurrir a estos artificios tan elaborados. Al final, estamos frente a una excepción que sirve de escape para las cortes que se encuentran en jurisdicciones donde se prohíbe tajantemente otorgar *punitive damages* para incumplimiento contractual. Al respecto solo queda secundar la crítica visión de Sullivan sobre el estado de las cosas:

If it were confessed that the rule permitting the recovery of punitive damages for fraudulent breach is largely a legal chimera, it would follow that courts that award punitive damages by invoking the rule are permitting non compensatory recovery for breaches of contract that are merely malicious or oppressive as distinguished from fraudulent. Such results come perilously close to making the aggravated breach of contract the equivalent of a tort. Few courts are willing to openly acknowledge the destruction of established doctrines of conventional damage law, finding it much simpler to apply the 'rule' by searching the evidence for tell-tale signs of fraudulent conduct rather than confess that the rule they invoke is largely devoid of meaning [Si se confesara que la norma que permite el cobro de *punitive damages* por incumplimiento fraudulento es en gran medida una quimera legal, se deduciría que los órganos jurisdiccionales que otorgan *punitive damages* invocando la regla, permiten la indemnización no compensatoria de los incumplimientos contractuales que son meramente maliciosos u opresivos, a diferencia de fraudulentos. Tales resultados se acercan peligrosamente a hacer del incumplimiento agravado del contrato el equivalente de un *tort*. Pocos tribunales están dispuestos a reconocer abiertamente la destrucción de las doctrinas establecidas de la ley convencional del derecho de daños, resultando mucho más sencillo aplicar la 'regla' buscando en las pruebas signos reveladores de una conducta fraudulenta, en lugar de confesar que la regla que invocan carece en gran medida de significado] (1977, p. 236).

Con lo cual, tal como señala Sullivan, suele suceder que es más fácil hacer que los hechos encajen perfectamente en la pre concepción que se tiene sobre cómo deberían funcionar las cosas. Lo que agrava esta situación es que el “cómo” en realidad esté vacío de sentido y significado. Evidentemente, siempre será mucho más complejo apartarse de las reglas que parecen escritas en piedra y forman parte de la tradición jurídica de un sistema, aunque también es interesante cuestionarse si ellas realmente tienen una razón de ser. Si las excepciones casi siempre terminan volviendo la línea entre *Contract* y *Tort* más difusa, ¿no será que la línea en cuestión nunca fue tan clara y estricta como nos hicieron creer? Si las excepciones

no tienen una definición exacta y casi siempre terminan aplicándose a cuánto caso se logre hacer encajar, ¿no será que la regla de fondo no está funcionando o nunca estuvo bien planteada? Creo que sí, y por eso es tan importante el análisis que estamos presentando en cada una de las famosas excepciones que por años han dictado los criterios de operación de *punitive damages* en sede contractual.

De manera similar es la excepción de incumplimiento acompañado de agravio independiente (*independent tort*). Las cortes consideran que esta es una salida lógica a la regla principal porque los *punitive damages* se otorgan como justificación de un agravio independiente a la relación contractual entre las partes. Sullivan considera que, aunque a primera vista parezca un argumento convencible, esto no es más que una visión simplificada de su operación (1977, p. 237). Especialmente porque se basa en la única premisa de que la línea entre *contract* y *tort* es especialmente notoria, rígida e indiscutiblemente diferenciable. Lo cual, como ya se ha explicado, no solo no es cierto, sino que ha sido reconocido por los mejores académicos juristas como uno de los retos más complejos del Derecho. De hecho, Lee explica que como el proceso para diferenciar *contract* de *tort* es tan complejo, lo que realmente se hace es una distinción basada entre si el deber incumplido era contractual, o si era un deber separado del contrato (1981, p. 95).

Esto responde a un proceso de evolución histórico que al día de hoy no se comprende del todo, porque en los inicios del Derecho Inglés ni siquiera existía tal diferenciación entre las categorías; mas bien se trata de una diferenciación del Derecho moderno. De hecho, sostiene Sullivan, las cortes reconocen que la distinción entre *Tort* y *Contract* es una difícil de mantener, y aun así, es casi imposible para ellas despegarse de una categorización como esa, al punto de crear *tests* para determinar lo que es un simple incumplimiento contractual y un incumplimiento contractual que también constituye un *Tort* (1977, p. 237). Este *test* se basa en la diferencia de *misfeasance* y *nonfeasance*¹⁹. El autor explica que, según el *test*, un total incumplimiento de la obligación contractual constituye solo un incumplimiento contractual (*breach of contract*); mientras que un intento fallido por cumplir es lo que podría constituir el *tort* independiente adicional. Lo cierto es que aclarar el concepto de cada una de estas categorías ha hecho difícil que el *test* sea útil para aclarar los límites entre *Contract* y *Tort* (1977, p. 238).

Generalmente las cortes realizan la diferenciación simplemente indicando que la sola mala intención no es suficiente para constituir un *Tort* independiente del incumplimiento, quizá ocasionalmente detallan qué es lo que entienden por la diferenciación entre un incumplimiento normal y uno concurrente al *Tort*. Sin embargo, la mayoría se limita a listar los hechos del caso y esto ha hecho que, actualmente, haya una suerte de tendencia por reconocer que muchas acciones judiciales son una mezcla indiferenciable entre elementos de *Tort* y de *Contract*. Con lo cual, algunas cortes flexibilizan los requerimientos para que

¹⁹ Ambos conceptos se trataron en la sección 2.2.1

el demandante demuestre la existencia de un *Tort* independiente; al contrario, en esos casos será suficiente que demuestren que la conducta del demandado era opresiva o maliciosa. El autor opina que este es un estándar que debería ser aplicado de manera general, pues permitiría una mayor disponibilidad de *punitive damages* para casos de incumplimiento contractual. Aunque podrían ser términos un poco ambiguos también, se tiene el beneficio de que no existe una historia larga y confusa detrás que inhiba la innovación (1977, p. 239).

Algunas jurisdicciones tomaron una perspectiva mucho más revolucionaria, ya sea porque decidieron dejar de pretender que había una diferencia tangible entre *Contract* y *Tort*, o porque se dieron cuenta de que era un criterio irrelevante para establecer si los *punitive damages* son adecuados o no. El caso más ilustrativo de este fenómeno es *Boise Dodge Inc. v. Clark* (1969), de la Corte Suprema del estado de Idaho. En este caso el demandante había comprado un auto “nuevo” al demandado. El supuesto nuevo auto era, en realidad, un auto usado de demostración al cual se le había alterado el kilometraje para que aparente ser 0 km. El demandante logró obtener un resultado que le otorgue *punitive damages*, pero en segunda instancia la defensa del demandado alegó que en sede contractual no correspondía este tipo de indemnización.

Entonces, la Corte Suprema sostuvo que no era relevante si la acción del demandante debió haber sido llevada en *Contract* o en *Tort*; lo cierto es que la regla:

(...) is that punitive damages may be assessed in contract actions where there is fraud, malice, oppression or other sufficient reason for doing so. The rule recognizes that in certain cases elements of tort, for which punitive damages have always been recoverable upon a showing of malice, may be inextricably mixed with elements of contract in which punitive damages generally are not recoverable [(...) es que los *punitive damages* pueden ser evaluados en acciones contractuales cuando haya fraude, malicia, opresión u otra razón suficiente para hacerlo. La norma reconoce que, en ciertos casos, los elementos del agravio, por los que siempre se han podido recuperar *punitive damages*, tras una demostración de malicia, pueden mezclarse inextricablemente con elementos de sede contractual en los que los *punitive damages* generalmente no son recuperables] (como se citó en Sullivan, 1977, p. 240).

Este criterio es sumamente adelantado a su época pues es una forma directa de cortar un problema que pulula alrededor del sistema legal norteamericano desde hace siglos: la diferencia y el tratamiento que

se le otorga a los remedios de sede contractual²⁰ y de sede extracontractual. Lo que hizo la corte fue admitir que los *punitive damages* son, y quizá siempre han sido, mucho más accesibles de lo que la regla nos quiere hacer pensar (Sullivan, 1977, p. 240). Lo importante es que estos criterios se vuelvan precursores de *legal change* (transformación legal) en lugar de unos simples ejemplos aislados de un presagio judicial que termine siendo apagado por una fidelidad ciega a la regla ortodoxa.

Entonces, a lo largo del tiempo los *punitive damages* estuvieron (y siguen estando) disponibles para muchos más casos de los que uno podría pensar si se queda con lo que estrictamente señala la regla general. Esto sucede porque, como indica Sullivan, las excepciones alrededor de la regla en cuestión están basadas en conceptos legales de sorprendente flexibilidad (1977, p. 240). El estado de California es, sin ninguna duda, uno de los precursores más destacados en la evolución del tratamiento de *punitive damages* en sede contractual. El caso más significativo es *Gruenberg v. Aetna Insurance Co. (1973)*, en donde la Corte Suprema de California revirtió una decisión de primera instancia en donde se negaron los *punitive damages* al demandante. La razón de la Corte Suprema se basó en que existe una obligación de buena fe y trato justo en todos los contratos que implica que ninguna de las partes lastimará los derechos de la otra con el objetivo de recibir algún beneficio. En ese sentido, no reconocieron explícitamente que se estaba concediendo *punitive damages* por el incumplimiento contractual; aunque el remedio efectivamente se otorgó en sede contractual.

La Corte Suprema insistió en que la responsabilidad surgía, no por un incumplimiento de mala fe contractual; sino por el incumplimiento de un deber de negociar justamente y esta responsabilidad no nace de los términos de la póliza que se tenían con la aseguradora, sino que es una obligación impuesta por la ley (como se citó en Sullivan, 1977, p. 241). Vale decir que esta decisión fue aceptada por una gran cantidad de jurisdicciones fuera de California y, más aún, por la jurisprudencia ya existente. Lo que California había establecido, la obligación de ejecutar de buena fe las obligaciones contractuales, es similar a la obligación de buena fe que acompaña excepciones ya conocidas como la de la relación fiduciaria. En esos casos, como ya se explicó, se conceden *punitive damages* pese a la relación contractual porque paralela y simultáneamente existe una relación no contractual entre la compañía pública y el consumidor (Sullivan, 1977, p. 243). Por lo tanto, lo que justificó la aplicación de la institución era el incumplimiento de una obligación no contractual en el marco de una relación contractual.

²⁰ El caso de California es interesante porque inició con la tendencia expansiva de aplicación de *punitive damages* en sede contractual para casos de aseguradoras, pero no se quedó ahí y continuó expandiendo su criterio a otros casos como aquellos de empleador-empleado, entre otros contextos comerciales (John, 1986, p. 2035).

Ahora, la mayor fuente de incertidumbre en el criterio de *Gruenberg* es el carácter peculiar que tienen las obligaciones implícitas de buena fe, ya que incluso los mejores académicos del Derecho anglosajón —entre ellos el aclamado jurista Oliver W. Holmes Jr.— reconocen la complejidad de entender por qué el Derecho reconoce “obligaciones implícitas” en determinados casos. Algunos abogados, por no decir la mayoría, han sido educados para creer que, siempre que uno aplique la lógica legal y algún dogma jurídico, entonces se podrán tener resultados predecibles en todos los casos. No obstante, sostiene Sullivan, los juristas y jueces más perspicaces comprenden que los dogmas legales no son simplemente un ejercicio de lógica, como piensan los abogados; por el contrario, son un producto de muchos factores: algunos completamente entendidos y otros no tanto. Todos estos factores convergen para producir una decisión en un caso específico (1977, p. 244).

Con lo cual, realmente no podemos explicar por qué la Corte Suprema de California decidió tomar la decisión de que existió un deber implícito. Lo que sí podemos reconocer es que, aunque fue una decisión muy importante en criterios innovativos para la época, termina fundamentándose mucho en la diferencia entre un simple incumplimiento y la del incumplimiento acompañado de *Tort* independiente, por lo que es susceptible a las mismas críticas. Es sorprendente la frecuencia en la que parece que se trata de romper con este dogma, pero termina siendo un cambio resistido. Sullivan añade:

So long as courts continue to act on the apparent belief that it is important to distinguish between remedies available for breach of contract and for tort, however, and are content to write opinions indicating that there is a meaningful distinction between a mere breach of contract and tortious violation of a duty of good faith performance, the law of punitive damages in contract will continue to be shifting and ill-defined [Mientras los tribunales sigan actuando sobre la aparente creencia de que es importante distinguir entre los recursos disponibles por incumplimiento contractual y por responsabilidad extracontractual, y se contenten con escribir opiniones que indiquen que existe una distinción significativa entre un mero incumplimiento contractual y una violación agravada de un deber de cumplimiento de buena fe, la ley de *punitive damages* en sede contractual seguirá siendo cambiante y mal definida] (1977, p. 244).

Esto ocasionó el surgimiento de lo que algunos autores consideran como la excepción más moderna a la aplicación de *punitive damages*: el incumplimiento del deber de buena fe y trato justo. Autoras como Leslie John sostienen que efectivamente esta excepción nace con la tendencia creada por las cortes de California. Lourderback y Jurika, dos comentaristas legales, sostienen haber identificado cuatro factores comunes alrededor de los casos que sostienen esta excepción: primero, una de las partes en el contrato tiene que tener un poder de negociación superior a la otra y eso le permite dictar los términos de la relación;

segundo, el propósito de la parte más débil en el contrato no es principalmente lucrar, sino asegurarse a sí misma un servicio o producto esencial, o seguridad financiera o simplemente tranquilidad; tercero, la relación entre las partes es tal, que la más débil simplemente confía en la más fuerte; y cuarto, el causante del daño tiene una conducta que indica su voluntad por frustrar a la otra el disfrute de sus derechos contractuales (como se citó en John, 1986, p. 2047).

Primero identificaron un deber implícito en la ley de negociar de buena fe y no causar un daño a la otra parte, esto lo hicieron remitiéndose a casos antiguos de *Contract* e interpretando el “*implied-in-law covenant of good faith*” (pacto implícito de buena fe), como un deber implícito legal. Otra de las formas que emplearon fue redefinir un *Tort* popular, el de causar intencionalmente sufrimiento emocional, y hacerlo menos estricto (Miner, 1975, p. 680). Estos son los factores que nos permitirían diferenciar un incumplimiento contractual ordinario de un incumplimiento tortuoso del deber de buena fe y trato justo. Este razonamiento incluso fue empleado por fuera del contexto de aseguradoras y se expandió al contexto de contrataciones laborales, donde la Corte Suprema de California lo hizo *dictum*. En *Wallis v. Superior Court (1984)*, la segunda instancia consideró el incumplimiento de un contrato laboral como un *Tort*, basándose en lo previamente establecido por *Louderback y Jurika*. Además, la corte introdujo un quinto criterio y es que la indemnización compensatoria no podría ser adecuada en estos casos porque no responsabilizan al causante del daño y no logran satisfacer por completo a la víctima (1986, p. 2048). Lo que esta excepción comparte con el resto es que la pérdida sufrida por el incumplimiento es, en gran parte, intangible, y este criterio históricamente ha formado parte de las excepciones que conceden *punitive damages* en sede contractual.

Eventualmente, algunas cortes han tomado el camino más deseable según el criterio de Miner, esto es, declarar que los *punitive damages* están disponibles para todos los casos de incumplimiento contractual que sean lo suficientemente indignantes. Esta forma de abordar los casos permite que la institución esté disponible para las personas que merecen el resarcimiento, y al mismo tiempo permite evitar que se creen diversas ficciones legales con tal de permitir su aplicación. En todo caso, sostiene el autor, es cuestión de tiempo para que las cortes y los operadores de justicia maduren en su razonamiento, de modo que dejen de lado las distintas ficciones legales que existen en cada jurisdicción estatal para permitir la aplicación de *punitive damages* en *breach of contract*. Al final, lo que estamos presenciando es la forma predilecta de evolución que ha adoptado el *Common Law*: “first they cut several exceptions from the general rule, then they expand these exceptions, until finally it becomes necessary to redefine the general rule in narrower terms” [primero eliminan varias excepciones de la regla general, luego amplían estas excepciones, hasta que finalmente se hace necesario redefinir la regla general en términos más estrechos] (1975, p. 681).

Afortunadamente, decisiones posteriores apostaron por sustentar *punitive damages* en sede contractual con un *rationale* por encima de lo establecido en *Gruenberg*. El caso que presentaremos es fundamental para el desarrollo de la institución materia de estudio porque establece un criterio que no se basa en un deber implícito de buena fe; sino que es el incumplimiento contractual en sí mismo lo que constituye el agravio que justifica los *punitive damages*. El estado de Indiana representa uno de los ejemplares más importantes en lo que respecta a la expansión y masificación en la disponibilidad de *punitive damages*. Es el estado más progresivo frente a la tendencia de permitir los *punitive damages* para casos del llamado incumplimiento opresivo en sede contractual.

El caso en cuestión es *Vernon Fire & Casualty Insurance Co. v. Sharp (1972)*. Sharp era el dueño de un terreno que era operado por Easter, con un valor total de \$125,000.00. Sharp había asegurado su terreno con total cobertura (*full insurance*) dividiendo las pólizas en partes iguales entre cuatro compañías diferentes. En algún momento del tiempo, Sharp decidió cancelar una póliza y después Easter canceló otra sin conocimiento previo del propietario. Luego, ocurrió un incendio, al tiempo en que solo estaban activas dos pólizas: una con *Vernon* y otra con *Great American Insurance Company*. Las dos pólizas que quedaron activas en ese momento cubrían un total de \$62,500.00, pero los daños totales causados por el incendio ascendían a \$94,000.00, entonces Sharp decidió solicitar una cobertura total (*full recovery*).

De la misma manera, Easter decidió reclamar el valor de la propiedad que había perdido a causa del incendio. Sin embargo, las aseguradoras decidieron negarse a llegar a un acuerdo porque consideraban que Easter, incluso si hubiera estado asegurado, lo habría estado bajo las dos pólizas a nombre de Sharp, por lo que pagarle a ambos representaría un pago doble innecesario. Además, argumentaron que cada póliza cubría solamente 1/4 del total de la pérdida. Durante todo el tiempo del juicio, Sharp instó a las aseguradoras a hacer efectiva la póliza porque necesitaba desesperadamente el dinero, pero aun así se negaron a negociar y llegar a un acuerdo, ofreciéndole incluso solo \$23,527.02 si lograba que Easter decline su reclamación (Miner, 1975, p. 684).

Al final, el jurado decidió conceder *punitive damages* para este caso, pese a estar frente a un caso de *breach of contract*. Esto lo hicieron principalmente por dos razones: primero, el reclamo de Easter no tenía nada que ver con Sharp, la aseguradora simplemente estaba tratando de usar su poder económico en la relación para lograr que se desista de su solicitud, pese a ser válida. Segundo, se determinó que las aseguradoras, equivocadamente, creyeron que sus políticas habían dejado establecido la condición de solo cubrir 1/4 del total de la pérdida. No obstante, esto no era lo que indicaba el contrato, por lo que cuando la mitad de las pólizas fueron canceladas, las compañías restantes eran responsables por el total de la aseguración (*full recovery*) en caso de que más de la mitad de la propiedad fuera destruida. Entonces, lo

que las aseguradoras estaban haciendo era maliciosamente ir a un juicio para lograr que Sharp desista de su reclamación y así lograr evitar cumplir con sus obligaciones contractuales (Miner, 1975, p. 685).

El *rationale*²¹ más relevante, y revolucionario hasta cierto punto, que surgió de este caso fue que no se verificó fraude y no se requirió su presencia como requisito para conceder los *punitive damages*. Fue precisamente esta la razón que hizo este caso tan significativo, ya que la Corte Suprema de Indiana dejó por sentado que el fraude era innecesario y, por tanto, también era innecesario la presencia de un *Tort* independiente en sede contractual para poder conceder los *punitive damages*. Entonces, “Indiana law permits recovery of punitive damages where the conduct of the wrongdoer indicates a heedless disregard of the consequences, malice, gross fraud, or oppressive conduct” [La ley de Indiana permite la recuperación de *punitive damages* cuando la conducta del infractor indica un menosprecio imprudente de las consecuencias, malicia, fraude grave o conducta opresiva] (Miner, 1975, p. 686).

Como el caso de *Vernon* es tan importante a causa de la innovación que representa el haberse alejado de las excepciones tradicionales para justificar los *punitive damages*, la Corte Suprema de Indiana llegó a esta solución basándose en un *test* de dos pasos. Primero, se debe verificar que se ha cometido un acto seriamente malo que es agravioso en naturaleza; sin necesidad de que el causante calce exactamente en la definición de algún *Tort* predeterminado. Segundo, debe haber indicios de que “the public interest will be served by the deterrent effect punitive damages will have upon future conduct of the wrongdoer and parties similarly situated” [el interés público será servido por el efecto disuasorio que tendrán los *punitive damages* sobre la conducta futura del causante y de las partes en situación similar] (como se citó en *Sassaman*, 1980, p. 96).

Algunos de los elementos que se identificaron como relevantes para poder superar los dos pasos del *test* son el fraude, malicia, negligencia grave u opresión. Con lo cual, ambos pasos y los elementos que nos ayudan a identificar cuándo podríamos estar frente a un caso que amerite *punitive damages* en sede contractual se volvieron algo que en el sistema norteamericano se conoce como *dicta*. Esto es, un pronunciamiento formal de una fuente que se considera como autoridad en el sistema jurisprudencial; aunque no significa que sea un precedente de observancia obligatoria, es considerado como un *rationale* importante de una autoridad persuasiva.

Vernon ha inspirado numerosos casos²² posteriores en donde se ha replicado el mismo criterio que otorga *punitive damages* para casos contractuales sin necesidad de probar *torts* independientes, incluso

²¹ Razonamiento o criterio fundamental que sustenta la jurisprudencia del sistema norteamericano.

²² Por ejemplo: *Photovest Corp. v. Fotomat Corp.* (1979); *Owen Country Farm Bureau Coop. Ass’n v. Waeger* (1980); *First Fed. Sav & Loan Ass’n v. Mudgett* (1979); *Jones v. Abriani* (1976). En general, algunos de los estados que han

fuera del estado de Indiana, por ejemplo, *Linscott v. Ranier National Life Insurance Co.* (1980), donde el estado de Idaho permitió conceder *punitive damages* porque la aseguradora se negó injustificadamente a honrar la póliza del asegurado. Cuando la corte explicó su razonamiento, señaló que hicieron un contraste entre la regla tradicional y el criterio *Vernon*, llegando a la conclusión de que la fórmula *Vernon* fungía de mejor regla y que era más útil para proteger a los consumidores (Sassaman, 1980, p. 98).

El criterio de *Vernon* prácticamente establece que no debería haber un trato diferenciado para la aplicación de *punitive damages* en acciones contractuales y en acciones de *Tort* (Sullivan, 1977, p. 245). Lo cierto es que, según criterio del autor, aunque *Vernon* represente un cambio legal importante, la regla que deniega *punitive damages* en *Contract* nunca fue tan impenetrable como se pensaba. Prueba de ello es que las llamadas excepciones que hemos revisado simplemente permitieron que las cortes más conservadoras tengan un mayor ángulo de escape a la regla, sin necesidad de decir que efectivamente estaban desobedeciéndola (1977, p. 247). En todo caso, *Vernon* es una evolución a las salidas camufladas que dichas excepciones han representado a lo largo del tiempo, y esto no necesariamente es equivalente al nacimiento de nuevos principios legales.

De cualquier forma, compartimos el criterio de Sassaman, y es que no hay absolutos en esta área del Derecho —una afirmación que no muchos se atreven a admitir— lo cual implica que las mismas cortes constantemente están buscando y encontrando nuevas formas de evadir la regla tradicional respecto a los *punitive damages* en *Contract* cuando las circunstancias aparentemente lo ameriten. De hecho, Sassaman es de la opinión de que la misma regla podría incluso ser abolida si los operadores de justicia continúan tomando decisiones sobre la base de excepciones que se fundamentan en conceptos vagos como el fraude o la supuesta distinción entre *Tort* y *Contract* (1980, p. 104). En todo caso, este autor se suma a la corriente que apuesta por permitir los *punitive damages* sobre la base del grado de conducta del causante del daño, dejando completamente lado la rígida —y absurda— dicotomía entre *Tort* y *Contract*.

Este es el resultado de la tendencia que iniciaron California e Indiana en el panorama jurídico: los juristas más atrevidos respecto a sus cuestionamientos llegaron paralelamente al consenso de que el estándar para otorgar *punitive damages* debía estar regido y adaptado a un criterio objetivo como lo es la conducta del causante del daño. Por ejemplo, el nivel de rechazo de su conducta hacia las normas de lo que es aceptable en un contexto comercial; en lugar de darle mayor protagonismo a la intención subjetiva que podría haber tenido en su mente mientras cometía el acto. Bajo este razonamiento, sostiene John, criterios como “malicia” son conceptos inherentemente ineficientes para poder trabajar en aquellos casos donde la

aceptado otorgar *punitive damages* en sede contractual (algunos con sus propias precisiones) son Florida, Indiana, Michigan, Ohio, Carolina del Sur y Texas (John, 1986, p. 2041).

línea entre *Contract* y *Tort* es sumamente difusa, por lo que la autora considera que la mejor opción es adoptar en consenso el criterio de la opresión como un estándar más adecuado (1986, p. 2036). Cuando nos centramos en un criterio objetivo es cuando se puede maximizar el nivel de disuasión de herramientas como los *punitive damages* y, en consecuencia, se logra materializar de mejor manera los objetivos y políticas que subyacen la existencia de esta figura (John, 1986, p. 2036).

Por lo tanto, lo que sí podríamos afirmar de este caso es que evidencia una tendencia a tratar de forma directa lo que otras cortes tratan de ocultar: “there really are no insurmountable theoretical objections to the award of punitive damages for breach of contract on a basis similar to that which governs in the typical tort case, that is, where defendant’s conduct is oppressive or malicious” [realmente no hay objeciones teóricas insuperables a la adjudicación de *punitive damages* por incumplimiento contractual sobre una base similar a la que rige en el caso típico de *tort*, es decir, cuando la conducta del demandado es opresiva o maliciosa] (Sullivan, 1977, p. 247). La pregunta, entonces, es ¿hay objeciones teóricas insuperables en Perú? Particularmente, considero que no, pero esto es algo que se profundizará en el último capítulo de la investigación.

La expansión de los *punitive damages* no es gratuita, de hecho, hay algunos factores determinantes que contribuyen a su masificación para casos de *breach of contract*. Primero, hay una tendencia judicial, al menos en Norteamérica, por condenar la opresión contractual (*contractual oppression*). Esto ha sido también llamado como “*consumer fraud*” o fraude al consumidor; sin embargo, es importante destacar que, aunque usualmente estas situaciones si involucran a consumidores, el punto esencial es la opresión a través del abuso económico. Como señala Miner, simplemente es lógico que esta situación se presente con mayor frecuencia en una relación que involucra a los consumidores (1975, p. 687). Por lo tanto, el criterio operativo que más importancia ha tomado ya no es el fraude, sino la opresión:

Oppression is the actual key, and justifiably so. Does it make any difference whether the man never intended as he promised, or whether he realized after the contract was signed that he could extort more from the other party? One is fraud, the other is merely an oppressive breach [La opresión es la clave real, con razón de serlo ¿Hace alguna diferencia si el hombre nunca tuvo la intención, según prometió, o si se dio cuenta después de que se firmara el contrato de que podía aprovecharse de la otra parte? Uno es fraude, el otro es simplemente un incumplimiento opresivo] (Miner, 1975, p. 687).

Lo que el autor quiere decir es que, si alguien de facto sabe que no va a cumplir desde el inicio y pese a ello decide contratar, eso es lo que podemos llamar como un acto de fraude. Por el contrario, la actitud de que pretende justificar la aplicación de *punitive damages* en sede contractual implica un paso adicional: aprovechar una situación donde el otro está en clara desventaja para sacar un provecho personal y egoísta sin importar las consecuencias es lo que se define como opresivo. Además, las cortes americanas reconocen que cuando uno entra a una relación contractual, por lo general una de las partes se hará más dependiente de la otra por la propia naturaleza del intercambio mercantil. Entonces, reconocen que aquí surge una suerte de relación fiduciaria (Miner, 1975, p. 687).

Algo importante a señalar es que, según criterio de quien ahora escribe —compartido por la doctrina también— este criterio tampoco es tan radicalmente distinto a lo que históricamente se ha visto respecto a la aplicación de *punitive damages*. Esto simplemente responde al cambio que como sociedad hemos atravesado a nivel económico y social, las personas ya no comerciamos con el mercader del pueblo; negociamos y nos involucramos con empresas transnacionales y capacidad económica de alcance internacional en muchos casos. Esto significa, como explica Miner (1975, p. 687), que como individuos hemos perdido capacidad de negociación: cuando las relaciones contractuales se daban en marcos muy limitados y pequeños era sencillo simplemente recurrir a la competencia si uno estaba disconforme. Ahora esto es mucho más difícil, algunos servicios son previstos exclusivamente por compañías específicas y no es posible recurrir a la competencia con la misma facilidad.

Entonces, al final, cuando las cortes deciden fortalecer la posición de los consumidores a través de la disponibilidad de los *punitive damages*, lo están haciendo por la misma razón que un inicio se permitió tener excepciones para su aplicación en sede contractual: prevenir comportamiento abusivo y opresor que surge de mala fe, de malicia o de simplemente maldad (Miner, 1975, p. 687). La diferencia, en realidad, es que, hoy por hoy, hay más y nuevas oportunidades de sufrir/ejercer conductas opresivas. Con lo cual, lo que vemos es una respuesta natural de los operadores de justicia por crear nuevas formas de controlar el mismo problema. Evidentemente esto es un problema específico no de todas las relaciones comerciales; sino de aquellas donde se presenta una asimetría muy evidente entre poder y capacidad económica. Esto es importante porque, como explica Miner, nuestro sistema funciona mejor si permitimos cierto grado de fricción entre partes que comparten un nivel similar de capacidad de negociación.

Es decir, no se ha justificado que se apliquen *punitive damages* para una relación comercial que, aunque podría ser catalogada como abusiva, se da entre dos agentes que comparten una posición similar en el mercado, por ejemplo, dos empresas del mismo nivel y categoría. La aplicación parece estar reservada

como última alternativa para aquellos casos donde “someone is picking on the little guy, who lacks the power to protect himself in the ordinary ways (typically a consumer), that the court is justified in awarding punitive damages to deter similar oppression in the future” [alguien está acosando a la parte pequeña e indefensa, que carece del poder para protegerse en las formas habituales (normalmente un consumidor), el tribunal está justificado en otorgar *punitive damages* para disuadir futuras opresiones similares] (Miner, 1975, p. 688).

Empero, esto no es suficiente, se debe conectar dos puntos importantes: ¿por qué la opresión sería un criterio objetivo adecuado para materializar la aplicación de *punitive damages* en sede contractual? Respondamos esta interrogante a continuación. El profesor Ellis sostiene que los *punitive damages* sirven como un excelente método de disuasión en dos situaciones: primero, cuando la expectativa de ser responsable por una indemnización compensatoria es menor que el daño ocasionado, y segundo, cuando el daño es deliberadamente ocasionado para obtener un beneficio ilícito.

Además, el profesor señala que hay una situación adicional donde podría ser eficiente conceder los *punitive damages* y es cuando la probabilidad previa de ser descubierto y señalado como responsable por la pérdida es menor que la probabilidad real del daño (como se citó en John, 1986, p. 2053). Como no es sorpresa para nadie, en realidad estos escenarios son tan extensivos que podrían ser prácticamente “*all-inclusive*”. Como explica la autora, si las normas del buen comportamiento en la sociedad están definidas en términos de costo/eficiencia y si la amenaza de ser impuesto *punitive damages* es un buen disuasor que incentiva a las personas a cumplir esas normas (y de hecho lo hace), entonces conceder *punitive damages* en una medida adecuada debería ser eficiente como una proposición general, en lugar de estar limitada a excepciones exageradamente específicas (1986, p. 2053).

¿Por qué decimos que la disuasión (*deterrence*) es el objetivo que mejor justifica otorgar *punitive damages* en casos de incumplimiento contractual? Decir que el mejor objetivo es la compensación es un razonamiento incompleto. Se suele pensar que esto justifica conceder la figura porque sirve para compensar los costos reales de la compensación; sin embargo, al momento que un incumplimiento se clasifica como *Tort* los demandantes ya gozan del beneficio de recuperar una compensación completa por los gastos y costos de litigar. Luego, decir que el mejor objetivo es el castigo es muy ambiguo porque justificar los *punitive damages* por simple vindicación es un criterio particularmente insatisfactorio en contextos comerciales (John, 1986, p. 2053), es decir, no es suficiente alegar que se otorgan *punitive damages* en el marco de una relación comercial moderna por la simple razón de que una de las partes quiere vengarse.

No obstante, lo que sucede con la disuasión es que realmente nos permite modificar una conducta concreta en la vida real. Esto sucede cuando el causante del daño se involucra en una práctica sistemática de infringir determinado daño que, cuando se suman muchos casos es bastante alto, pero al mismo tiempo es casi insignificante si se evalúa de manera individual a cada parte afectada. En este escenario, la probabilidad previa de ser hallado responsable es pequeña; aunque la probabilidad real del daño que se realiza de forma sistemática es alta.

Imaginemos un banco que cada cierto tiempo sustrae pequeñas cantidades de dinero de nuestras cuentas de ahorro por “problemas en su sistema”, a cada uno podrían restarle unos cuantos soles o incluso céntimos, pero cuando se consideran los miles de clientes que tiene un banco la suma del daño causado deja de parecer tan insignificante. Siendo así las cosas, la amenaza de *punitive damages* puede alterar el cálculo que realiza el causante a la hora de decidir su conducta y de esta forma promover disuasión, es por esto que consideramos que la disuasión es un criterio suficiente para lograr que ciertas conductas institucionales que irrespetan los derechos de las personas puedan ser corregidas (John, 1986, p. 2054).

Ahora bien, si la disuasión es el objetivo que realmente justifica conceder los *punitive damages* para casos de *breach of contract* ¿qué debería pasar después para materializar dicho objetivo? John (1986, p. 2055) sostiene que la meta debe ser formular estándares de aplicación que maximicen la función disuasoria de la institución. Específicamente se debe apuntar por un estándar objetivo, como la opresión, en lugar de otros de naturaleza subjetiva como la malicia. Estamos hablando de precisar las categorías de comportamiento que clasifican para la aplicación de *punitive damages*. Al respecto, el profesor Owen propone tres clasificaciones que pueden ser útiles para este propósito: según los tipos de causante, según los estados mentales y según la naturaleza de los daños causados. Veamos esta interesante propuesta:

Primero, es importante determinar el tipo de causante que más comúnmente se ve involucrado en estos casos. No se trata de solo decir que todas las corporaciones estarían dentro de la clasificación; por ejemplo, California impone la responsabilidad si se puede demostrar que las personas a cargo tienen suficiente discreción en la toma de decisiones como para determinar una política de la misma compañía. Por ende, es importante evaluar el poder que tienen las personas dentro de la compañía y también el poder que esta ejerce sobre el individuo: ¿la compañía dicta unilateralmente los términos del contrato? ¿la demandante confía plenamente en esta corporación?

Un segundo elemento crucial para formular los estándares de aplicación es el estado mental del causante, mismo que puede ser subdividido en tres: deliberado, evaluativo e inadvertido. El comportamiento es deliberado cuando no existe razón válida para la conducta, será evaluativo cuando el causante sabe el resultado probable de sus acciones, pero por motivos económicos a su favor decide actuar

de todas formas, y será inadvertido cuando conscientemente evita reconocer las consecuencias de sus acciones.

Finalmente, es importante apreciar la naturaleza de la conducta a partir de la diferencia entre *misfeasance* y *nonfeasance*. Un demandado que es una corporación podría tener que responder no solo por su negatoria total a cumplir, sino también por un cumplimiento deficiente que no logra los mínimos estándares o expectativas. De la misma manera, puede ser que, por la naturaleza de la conducta y el daño, la indemnización ordinaria no compense totalmente a la víctima y el causante no tenga que asumir sus acciones (como se citó en John, 1986, p. 2058). Entonces, esta propuesta nos permite formular estándares de aplicación para *punitive damages* en sede contractual que estén especialmente diseñados a categorías de comportamiento y de causantes/ demandados. Esto es especialmente importante para aquellos casos que la doctrina americana ha bautizado como *borderland*, es decir, casos en donde no es posible diferenciar tajantemente si pertenecen a *tort* o a *contract*. En estos casos utilizar estándares como “malicia” no son suficientes para lograr los objetivos principales de los *punitive damages*, o sea, la disuasión.

En otras palabras, los estándares subjetivos de conducta son inadecuados para lograr la disuasión efectiva si hablamos de causantes institucionales, como suele pasar en estos casos. Sobre todo, porque en un contexto corporativo o institucional es muy difícil que una víctima logre probar conductas “maliciosas” —en el ejemplo del banco ¿cómo podríamos probar individualmente que un banco está siendo malicioso con cada uno de nosotros por restar unos centavos de nuestras cuentas?— lo cual hace que un criterio objetivo sea mucho más preferible. Como explica la autora, un estándar objetivo como la opresión se concentra en el abuso real que surge como parte de la asimetría en el poder de negociación que ejerce el causante del daño y, en un contexto institucional, esto funciona mejor porque logra efectivamente advertir al causante de manera mucho más explícita cuál será el estándar sobre el cual una jueza podría juzgar su conducta si terminase en un juicio (1986, p. 2059). Por lo tanto, podemos decir que sirve mejor al propósito de la disuasión.

Hoy en día el principal detractor de la aplicación de *punitive damages* para casos de *breach of contract* es la siempre popular teoría del incumplimiento eficiente²³. En este punto de la investigación corresponde que abordemos específicamente por qué esta teoría no debería ser un limitante para los *punitive damages*. Hay dos problemas básicos con los argumentos que la teoría del incumplimiento eficiente sostiene en contra de la aplicación de *punitive damages* y Dodge ha realizado una excelente explicación de ambos puntos (1999, p. 632). En primer lugar, el fundamento detrás de que puedan existir incumplimientos

²³ Recordemos que esta teoría y sus principales fundamentos fueron abordados en la sección 1.2.1 de este trabajo.

eficientes no justifica que se deba proteger o blindar los incumplimientos oportunistas de ser remediados a través de los *punitive damages*.

Estos incumplimientos son aquellos en donde la causante del daño pretende obtener más de lo establecido en el contrato, a costa de su contraparte la víctima del incumplimiento. Básicamente se trata de una conducta que no tiene una justificación económica real y simplemente se deben disuadir. No obstante, bajo la luz de la teoría, muchas cortes prohíben los *punitive damages* para incumplimientos no solo involuntarios y supuestamente eficientes, sino también aquellos oportunistas.

En segundo lugar, permitir que una promitente incumpla y solamente pague una indemnización compensatoria no es la forma más eficiente de evitar cumplimientos así llamados ineficientes. Este es un razonamiento que hemos explicado antes: si A sabe que, de incumplir, deberá pagar *punitive damages* esto no necesariamente significa que su cumplimiento de la obligación se tornará ineficiente; al contrario, si realmente quiere escapar su obligación, entonces A tendrá un incentivo para negociar una salida con su parte y esa negociación tiende a ser más eficiente que la decisión unilateral de incumplir.

A rule that forces such negotiation will tend to be more efficient than a rule that allows one party to breach and pay damages without the other party's consent because the costs of negotiation will tend to be lower than the costs of litigation necessary to establish expectation damages [Una regla que fuerza tal negociación tenderá a ser más eficiente que una regla que permite a una parte incumplir y pagar una indemnización sin contar con el consentimiento de su contraparte porque los costos de negociación tenderán a ser menores que los costos de litigación que se necesitan para establecer la indemnización de las expectativas] (1999, p. 632-633).

Con lo cual, Dodge forma parte de los autores que consideran que las obligaciones contractuales deberían estar protegidas mediante reglas de propiedad y, de acuerdo a su entendimiento de la diferencia entre reglas de propiedad y de responsabilidad²⁴, los *punitive damages* forman parte del primer grupo. Esto significa que la institución debería estar disponible para cualquier incumplimiento deliberado como una forma de remedio. El planteamiento de Dodge respecto a cómo deberíamos aplicar la permisibilidad de los *punitive damages* en sede contractual de la mano con la teoría del incumplimiento eficiente es el siguiente:

Por un lado, hay que tener en cuenta que existen diferentes tipos de incumplimientos (y esto es algo que ya forma parte de la propia teoría). Los incumplimientos pueden ser clasificados entre involuntarios y deliberados. Los incumplimientos involuntarios implican buena fe, por ejemplo, instalar la tubería

²⁴ Abordamos el planteamiento de Dodge en la sección 2.1.2 de este trabajo.

incorrecta en el sistema de drenaje de una casa, porque la causante genuinamente cree que tiene una defensa para su incumplimiento, como la imposibilidad. Por otro lado, los incumplimientos deliberados implican mala fe, por ejemplo, la aseguradora que no quiere pagarle a su asegurada. Ahora, los incumplimientos deliberados pueden ser sub clasificados de la siguiente manera: oportunistas y eficientes. Veamos.

Un incumplimiento deliberado será oportunista cuando la parte que incumple lo hace porque pretende obtener más de lo pactado a expensas de su contraparte, se trata de una parte que quiere crear más valor para sí misma, pero tomando el equivalente o más, del resto presentes en la relación. Por ejemplo, alguien que evita pagarle a su contraparte, cuando esta ya realizó la obligación a su cargo, con la esperanza de que esto la convenza de reducir el precio pactado, incurre en un incumplimiento oportunista.

Por el contrario, un incumplimiento será eficiente si permite que la parte incumplidora se posicione de forma tan buena que pueda compensar a su contraparte por todas sus pérdidas y aún así obtener un beneficio. Si la parte que incumple está obligada a compensar a la otra, este incumplimiento es eficiente según el estándar de Pareto; pero si la parte que incumple no requiere compensar a nadie, el incumplimiento es eficiente según el estándar Kaldor-Hicks (Dodge, 1999, p. 653). Expliquemos esto porque será importante para entender la posición de Dodge.

El criterio de eficiencia Pareto (óptimo de Pareto) implica que la riqueza común aumenta y nadie se encuentra en una peor posición de la que estaba antes, esto se logra gracias a que los ganadores compensan a los perdedores por sus pérdidas. En contraste, el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks implica que la riqueza aumenta, pero la distribución de la misma no cambia, o sea, los ganadores ganan más de lo que los perdedores pierden. Entonces, cuando se habla de incumplimiento eficientes se suele utilizar el óptimo de Pareto como referencia porque se asume la disponibilidad de *punitive damages*, que son una herramienta que fuerza a que la causante del daño tenga que compensar a su contraparte por sus pérdidas.

Con lo cual, un incumplimiento oportunista no aumenta la riqueza en general, simplemente hace que la parte incumplidora obtenga un beneficio mayor a expensas de lo que le tocaba a su contraparte; mientras que un incumplimiento eficiente aumenta la riqueza permitiendo que la parte incumplidora obtenga algo adicional sin disminuir lo que la otra recibe (1999, p. 653). Lo que el autor considera, en consecuencia, es que los *punitive damages* deberían estar disponibles para toda clase de incumplimiento deliberado: los oportunistas y los eficientes también.

Respecto a los incumplimientos oportunistas, es evidente que son ineficientes porque, no solo no crean riqueza, sino que la consumen. De manera tal que las indemnizaciones compensatorias son insuficientes para compensar las pérdidas y no logran disuadir a las causantes del daño de reincidir en su

conducta o alertar a potenciales causantes de no hacerlo. La explicación es relativamente sencilla: el comportamiento oportunista no crea riqueza; sino que la distribuye de una parte a la otra y consume la riqueza existente porque constantemente potenciales agentes oportunistas y potenciales víctimas utilizan sus recursos para crear nuevas artimañas o para protegerse de las mismas. Por ejemplo, los oportunistas consumen recursos buscando lagunas contractuales de las cuales puedan aprovecharse; mientras que las víctimas consumen recursos tratando de investigar de más a sus futuras contrapartes contractuales para evitar vincularse con, precisamente, oportunistas, o también gastan más recursos haciendo contratos más detallados o monitoreando la conducta de sus contrapartes (Dodge, 1999, p. 654).

Luego, las indemnizaciones compensatorias no disuaden los incumplimientos oportunistas porque en esta clase de situaciones, la parte incumplidora podría escapar de la responsabilidad si es que su contraparte no logra detectar el incumplimiento o si no puede costear el juicio para hacer cumplir su contrato. Si eventualmente la parte incumplidora tiene que asumir cierta responsabilidad, solo tendría que pagar la indemnización compensatoria y aun así mantener los beneficios que ganó a través de su conducta oportunista, por lo que termina siendo una estrategia lucrativa en lugar de ser reprochable. Al respecto, la Corte Suprema de Nevada presentó un criterio interesante para justificar *punitive damages* en un caso de despido verbal a un trabajador para así evitar pagarle sus beneficios sociales de jubilación:

If all a large corporate employer had to do was to pay contract damages for this kind of conduct, it would allow and even encourage dismissals of employees on the eve of retirement with virtual impunity. Having to pay only contract damages would offer little or no deterrent to the type of practice apparently engaged by K Mart in this case [Si todo lo que un gran empleador empresarial tuviera que hacer fuera pagar una indemnización contractual por este tipo de conducta, se permitiría e incluso se alentaría los despidos de empleados en vísperas de su jubilación con prácticamente total impunidad. Tener que pagar solo una indemnización contractual ofrecería poco o ningún elemento disuasivo al tipo de práctica aparentemente llevada a cabo por K Mart en este caso] (como se citó en Dodge, 1999, p. 655).

Veamos dos ejemplos bastante conocidos de incumplimientos contractuales oportunistas para graficar nuestra explicación: el caso *K Mart Corp. v. Ponsock (1987)*, y *Seaman's Direct Buying Service Inc. v. Standard Oil Co. of California (1984)*. El primer caso corresponde a una técnica oportunista que Dodge define como "*pretextual termination*", por su traducción literal se trata de un despido verbal que no consta por escrito en un documento oficial. Es un tipo de incumplimiento común en el contexto laboral, donde una parte despide a otra sin una base legítima para hacerlo. Aquí el empleador inventa una causa

“legítima” para despedir al empleado, de manera que puede negarle el pago de beneficios laborales, como su jubilación.

En el primer caso, *Ponsock* era un trabajador que se dedicaba a conducir una maquinaria de construcción para *K Mart Corporation*, y se encontraba a solo seis meses de acumular el total de sus beneficios de jubilación. Lamentablemente, después de nueve años trabajando fue despedido por sorpresa bajo la acusación de haberse apropiado ilegalmente de propiedad y mercadería de la empresa, ello pues había utilizado una lata de pintura desechada para arreglar una hendidura de su maquinaria. Fue así como la Corte Suprema de Nevada consideró que *Ponsock* había sido víctima del *Tort* de un despido de mala fe por causa injusta con la motivación de negarle sus beneficios contractuales de jubilación, de modo que recibió *punitive damages* (Dodge, 1999, p. 658).

El segundo caso corresponde a una técnica oportunista llamada “*stonewalling*”, que por su traducción al español debe entenderse como la conducta de “hablar con una pared²⁵” que algunas personas asumen en las negociaciones. El caso clásico para demostrar esta técnica es el de *Seaman’s*, una empresa dedicada a la venta de combustible para embarcaciones. *Seaman’s* contrató con *Standard* en 1972 para que este último sea su proveedor de dicho combustible; sin embargo, tras el evento del embargo arábigo del petróleo²⁶, *Standard* trató de evitar y zafarse de su obligación de diversas maneras, al punto que llegó a decir que el contrato nunca existió. *Standard* incluso amenazó a su contraparte de llevarla a juicio y, al respecto, la Corte Suprema de California sostuvo que no es mucha la diferencia entre una parte contractual que pretende obtener un pago adicional a través de un supuesto juicio, y una parte contractual que pretende evitar cualquier responsabilidad con su “*stonewall position*” sabiendo que no hay causa probable o defensa alguna para el juicio en cuestión. La corte consideró que esta conducta iba más allá de un simple incumplimiento contractual y que, en esencia, afectaba la ética de los negocios (como se citó en Dodge, 1999, p. 660).

Eventualmente, *Seaman’s* recibió *punitive damages* porque se le había negado, con mala fe y sin causa justa, la existencia de su contrato. No obstante, años después la Corte Suprema de California anuló el criterio de *Seaman’s* precisamente bajo la teoría del incumplimiento eficiente. Sin perjuicio de ello, como explica Dodge, es evidente que el *stonewalling* no se condice con el óptimo de Pareto porque, por definición, estamos hablando de una conducta que implica que una parte simplemente se niega a conceder una indemnización a la otra en mala fe (1999, p. 661). Con lo cual, se trata de una conducta oportunista que

²⁵ El *stonewalling* hace referencia a la conducta de una persona que se niega a aceptar las negociaciones y simplemente muestra un rechazo a comunicarse.

²⁶ Evento histórico acontecido durante la guerra árabe-israelí de 1973.

se lleva a cabo con la esperanza de que el otro no pueda costear la litigación o se conforme con un monto menor al esperado inicialmente, o sea, con la esperanza de obtener un beneficio económico a costa del otro.

Esto nos demuestra que, en la práctica, no es tan inusual que las mismas cortes se confundan entre incumplimientos que son eficientes y aquellos que son oportunistas, y todo sobre la base de la teoría del incumplimiento eficiente. Lo cual significa que la aplicación sin crítica de la teoría, por más popular que sea, estaría ocasionando que incumplimientos contractuales oportunistas sean protegidos de recibir un remedio como los *punitive damages* y si las cosas se mantienen así “we might as well throw the book at the promisor (...) such conduct has no economic justification and ought simply to be deterred” [bien podríamos lanzar un libro al promisor (...) tal conducta no tiene justificación económica y debe simplemente ser disuadida] (Posner como se citó en Dodge, 1999, p. 662).

Ahora bien, respecto a los incumplimientos así llamados eficientes y sobre por qué deberíamos permitir la aplicación de *punitive damages* en dichos casos también, Dodge ha elaborado una justificación interesante que debemos compartir. El criterio del autor se sustenta en lo siguiente: permitir que una parte incumpla su contrato y pague una indemnización no es tan eficiente como obligarla, con la amenaza de los *punitive damages*, a negociar con la otra una salida de dicho contrato (1999, p. 663), y esto atañe directamente al centro de la teoría del *efficient breach*. En este punto de la investigación no es necesario explicar nuevamente la teoría, lo importante es recordar que parte del siguiente razonamiento: una indemnización de las expectativas incentiva la eficiencia porque permite que los incumplimientos eficientes existan; mientras que los *punitive damages* disuaden la eficiencia porque obligan a la parte incumplidora a pagar más de lo que la pérdida parece indicar (1999, p. 664).

Teniendo esta premisa en mente, pasemos a detallar los dos problemas principales que existen con este análisis, esto será importante para explicar por qué la teoría del incumplimiento eficiente no debería ser un limitante para la aplicación de *punitive damages* en sede contractual. En primer lugar, la idea de que existe un incumplimiento deliberado eficiente presupone que la causante estará después bien dispuesta a pagar todas las pérdidas y daños que ocasione, así como que no estará interesada en sacar ventaja de los altos costos de litigación como para evitar totalmente asumir responsabilidad o forzar a su contraparte a conformarse con una indemnización menor a lo que realmente le tocaría. ¿Qué tan común es realmente ver a una causante de un daño pagar voluntariamente el resarcimiento? Este escenario es incluso considerado como un simple hipotético (Dodge, 1999, p. 664).

En segundo lugar, y más importante aún, esta teoría asume que la indemnización de las expectativas sí logra efectivamente colocar a la víctima del incumplimiento en una posición tan buena como en la que estaría de haberse ejecutado la obligación. No obstante, como ya se ha explicado, existen diversos factores

que hacen que esto realmente no sea posible, como los criterios de certeza y previsibilidad del daño, o el hecho de que las afectadas no pueden recuperar daños por afectaciones emocionales o los honorarios de los abogados. En ese sentido, sostiene Dodge, si la causante del daño no es totalmente responsable de las pérdidas que ocasiona, entonces siempre tendrá un incentivo para incumplir, incluso cuando no sea eficiente (1999, p. 664).

En este punto es posible que alguna lectora se cuestione y piense “entonces el sistema norteamericano solo debería comprometerse con hacer la indemnización compensatoria mucho más compensatoria de lo que actualmente es”. Es un punto válido: podríamos razonablemente aceptar que alguna parte incumplidora está dispuesta a compensar los daños a su contraparte y que esta indemnización es suficiente para colocarla en la misma posición en la que estaría de haberse cumplido el contrato. Sin embargo, “even with these assumptions (...) the efficient breach argument against punitive damages is mistaken because breach is not the only alternative to inefficient performance” [incluso con estas presunciones (...) el argumento del incumplimiento eficiente en contra de los *punitive damages* está errado porque incumplir no es la única alternativa a un cumplimiento ineficiente] (Dodge, 1999, p. 665). Este un punto que no muchos juristas se detienen a elaborar. Lo que el autor propone es que, aunque esto sea cierto, y aunque es cierto también que la alternativa de que la parte incumplidora busque una salida a través de negociar implica un costo elevado²⁷; los costos de litigación siempre serán más elevados. Por tanto, la solución más eficiente es incentivar a que quienes deseen incumplir negocien con su contraparte a través de la amenaza de que podrían responder por *punitive damages*. Expliquemos esto.

En un comienzo se habló de como los *punitive damages* son parte de lo que Melamed y Calabresi describen como una regla de propiedad. Al respecto, el *quid* del asunto entre las reglas de propiedad y reglas de responsabilidad es la diferencia en cómo se determina el precio de la situación subjetiva que se supone que protegen. Por ejemplo: el derecho de las personas a gozar de un aire no contaminado está protegido por una regla de propiedad si dicha comunidad tiene la capacidad de prohibir legalmente que una fábrica se instale y contamine el aire; por otro lado, estaremos frente a una regla de responsabilidad si la fábrica puede instalarse, contaminar y luego pagar una indemnización a las personas de la comunidad. ¿Cómo cambia la forma de valorizar el derecho a gozar de un aire no contaminado en cada caso? Cuando se protege por reglas de propiedad, la fábrica debe negociar con la comunidad para liberarse de la prohibición, entonces el valor

²⁷ Es razonable pensar que los costos de negociación sean elevados en un contexto donde una parte quiere desentenderse de su prestación y la otra está interesada en que se cumpla. Lo que sucede en esos casos es llamado un monopolio bilateral, y significa que ninguna de las partes tiene otra alternativa que no sea negociar con la otra, lo cual suele incentivar a que opten por conductas estratégicas que les permita obtener una ganancia más grande fruto de la negociación en la que se encuentran. El planteamiento de Dodge, en todo caso, es que estos problemas también se presentan en la litigación y sus costos.

será el resultado de dicha negociación. Por el contrario, cuando se protege con reglas de responsabilidad, el valor de ese derecho será determinado mediante una corte, un juez o un jurado (Dodge, 1999, p. 666).

Pues bien, los remedios disponibles en sede contractual también pueden ser clasificados como un tipo u otro de regla. La indemnización compensatoria de las expectativas es una regla de responsabilidad porque la causante del daño puede decidir incumplir cuando lo estime así y luego simplemente pagar lo que una corte estime como el valor de su cumplimiento. Sin embargo, la ejecución forzosa o los *punitive damages*, por ejemplo, son parte de las reglas de propiedad porque vuelven el costo de incumplir tan alto, que la causante debe antes negociar una salida con su contraparte. Es evidente que el sistema contractual norteamericano tiene una preferencia por las reglas de responsabilidad cuando se trata de remedios contractuales (Dodge, 1999, p. 667). Esto es diferente a lo que sucede en los sistemas del *Civil Law*, donde los remedios contractuales también pueden ser reglas de propiedad, por ejemplo, en el sistema peruano, donde una víctima del incumplimiento puede escoger entre la ejecución forzosa o la cláusula penal.

Entonces, ¿hay alguna forma de saber si es mejor usar reglas de responsabilidad o de propiedad? De hecho, sí, y es propuesta por los mismos autores Melamed y Calabresi en su propuesta:

A very common reason, perhaps the most common one, for employing a liability rule rather than a property rule to protect an entitlement is that market valuation of the entitlement is deemed inefficient, that is, it is either unavailable or too expensive compared to a collective valuation [Una razón muy común, quizá la más común, para emplear una regla de responsabilidad en lugar de una regla de propiedad para proteger un derecho es que la valuación de dicho derecho en el mercado es ineficiente, es decir, no se tiene la información necesaria o resulta muy caro comparado a una valuación colectiva] (como se citó en Dodge, 1999, p. 668).

Lo que quiere decir que no hay una regla absoluta para determinar cuándo es mejor aplicar una regla u otra y esto, en consecuencia, significa que tampoco deberían aplicarse de forma absoluta sin un análisis previo. Como enfatiza Dodge, se debe realizar una comparación de los costos de negociación (*market valuation*) con los costos de valuación por una corte (*collective valuation*), por lo que la comparativa es lo más importante (1999, p. 668). Las reglas de responsabilidad podrían ser apropiadas no cuando los costos de negociar sean elevados en términos absolutos; sino cuando sean más elevados en comparación a los costos de que una corte estime el valor del derecho y su respectiva compensación. Comparemos.

Ante un incumplimiento se tiene dos alternativas según lo que se viene proponiendo: negociar previamente o ir a un litigio. Cuando se opta por negociar surge lo que llamamos costos de negociación, o

transaction costs, y estos presentan una serie de barreras. La existencia de un monopolio bilateral es ya un problema en sí mismo, pero es preocupante también que esto incentive a las partes a comportarse de manera estratégica y que obstaculicen la negociación. Sin embargo, existe un consenso de que, en realidad, el comportamiento estratégico no es una barrera para que las partes finalmente lleguen a un acuerdo (Dodge, 1999, p. 672). Se llegó a este consenso porque existen investigaciones y experimentos en donde se pone a prueba la capacidad de las personas para llegar a una solución, aun cuando tienen intereses contrapuestos. Según los experimentos de Elizabeth Hoffman y Mathew Spitzer, 36 de 38 casos llegaron a un acuerdo que corresponde al óptimo de Pareto (como se citó en Dodge, 1999, p. 672).

Lo cierto es que, aunque las partes puedan llegar a un acuerdo en su negociación, pese a tener comportamientos estratégicos, eso no significa que la negociación no se vuelva costosa. Es posible conceder esto, por lo que corresponde presentar los costos de lo que sucede en el escenario del litigio. Cuando se opta por ir a juicio para que una corte determine el valor del derecho afectado y su respectiva indemnización, surge lo que llamamos costos de evaluación, o *assessment costs*. Los costos de evaluación incluyen dos costos adicionales: costos de valuación (*valuation costs*) que surgen de los costos de las partes y la corte de procesar la información necesaria para determinar la indemnización; y los costos de error (*error costs*) que son los costos de que la corte se equivoque.

En el litigio también se presentan barreras como el monopolio bilateral y el comportamiento estratégico, probablemente porque son problemas inherentes a la conducta humana en medio de una negociación con intereses que se contraponen. No porque exista un juez presente como intermediario las personas dejarán de actuar estratégicamente, si las partes ya se ocultan información la una de la otra, por supuesto que también pueden ocultarla de un juez (Dodge, 1999, p. 674).

Incluso si aceptamos que en el contexto de un litigio hay factores que ayudan a mitigar la conducta estratégica de las partes, de todas formas, hay costos inherentes a los *assessment costs* que los vuelven considerablemente mayores a los que se presentan en un contexto de negociación. Por ejemplo, están los costos que las partes deben asumir para conducir el litigio y eso implica el costo de los abogados; el costo de informar a la corte respecto al contrato, la industria y las valuaciones que cada parte hizo del daño; y el costo del error. Los *error costs* se traducen a la posibilidad de que la corte le otorgue a la víctima un monto menor al daño realmente sufrido, o que le otorgue un monto mucho mayor a la ganancia obtenida por la causante.

Esto no sucede en la negociación porque “the party from whom a release is sought will not accept less than his actual damages and the party who seeks a release will not agree to pay more than she would gain from the release” [la parte de la que uno busca liberarse no aceptará menos que sus pérdidas reales y

la parte que busca liberarse no aceptará pagar más de lo que ganaría de su propia liberación del contrato] (Dodge, 1999, p. 675). En otras palabras, es mucho más difícil que este escenario se presente en la negociación porque cada parte es quien mejor conoce la verdadera extensión de su interés y por tanto quien mejor lo defenderá.

Con lo cual, si comparamos los costos de negociación con los costos de evaluación, es posible apreciar que los primeros terminan siendo más accesibles y económicos. Es cierto que la negociación se ve encarecida por la conducta estratégica de las partes, pero este es un problema que atañe a cualquiera de las dos alternativas y, en adición, el litigio se ve aún más encarecido por la necesidad de contratar abogados, los costos de valuación al tener que informar a las cortes todo lo relacionado al vínculo contractual y los costos de error en los que la corte podría incurrir. Por ende, al ser los costos del litigio más elevados, es menos eficiente proteger los derechos contractuales mediante reglas de responsabilidad y se vuelve más eficiente protegerlos con reglas de propiedad, como los *punitive damages* (Dodge, 1999, p. 675). Incluso si las indemnizaciones compensatorias se vuelven “más compensatorias²⁸”, los *assessment costs* siempre tenderán a ser más elevados que los *transaction costs* asociados a la negociación entre las mismas partes.

Con toda esta explicación es que el autor justifica que los *punitive damages* deberían estar disponibles para todo tipo de incumplimiento deliberado, no solo aquellos oportunistas, sino también los eficientes, toda vez que aunque se consideren eficientes, los costos asociados a permitir el incumplimiento y solo proteger a la víctima con reglas de responsabilidad que la obliguen a ir a juicio para recibir una compensación, son más altos que los costos de que la parte que desea incumplir negocie una salida que pueda ser beneficiosa para ambas. No se trata de permitir los *punitive damages* en sede contractual con el único objetivo de castigar a quien incumple sus promesas o de pagar un adicional a las víctimas, sino de incentivar estas negociaciones para una salida que pueda proveer valor para las dos partes involucradas de manera más eficiente de lo que lo haría un juez o una corte.

Evidentemente esta negociación solo puede existir en el marco de un incumplimiento deliberado porque si el incumplimiento no es intencional, el hecho de que se concedan *punitive damages* no va a generar que la causante quiera negociar; al contrario, la causante nunca tuvo la intención de incumplir. Por lo que, la posibilidad de responder por *punitive damages* en este escenario solo generaría que las partes empiecen a tomar precauciones adicionales para evitarlos y elevarían los costos de manera totalmente ineficiente. Así como también podrían incentivar a que las partes prometidas quieran inducir a la promitente a incumplir. De manera general, un incumplimiento no intencional sencillamente no cumple con el grado

²⁸ Por ejemplo, empiezan a incluir criterios como reponer los costos de los abogados (para el caso de Estados Unidos).

de culpabilidad que a lo largo del trabajo hemos explicado como necesario para justificar la existencia de *punitive damages* para casos de *breach of contract*.

En suma, la posibilidad de responder por *punitive damages* en sede contractual no necesariamente implica que existirá un cumplimiento ineficiente, como sostiene la aclamada teoría que aparentemente muchas cortes han considerado suficiente para limitarse a aplicar la regla tradicional en contra de la institución. Al contrario, se ha demostrado que los *punitive damages* son útiles para incentivar negociaciones donde la parte que desea incumplir busca una salida de su obligación contractual, y que esto termina siendo más eficiente que simplemente permitirle incumplir y que luego pague una indemnización que en realidad no satisface totalmente a la víctima.

Ahora, considero que esta investigación también pecaría de absolutista si asume sin comentario alguno la posición de Dodge respecto a la disponibilidad total de *punitive damages* para incumplimientos deliberados e intencionales, ya sean oportunistas o eficientes. Es cierto que, como se ha demostrado, la teoría del incumplimiento eficiente parte de ciertas premisas que no son ciertas para la mayoría de casos en medio de una relación contractual donde existe la asimetría de poder para negociar y a nivel económico; sin embargo, es posible llegar a un punto medio y priorizar el planteamiento que coloca el criterio de la opresión como el criterio determinante para conceder una indemnización por *punitive damages*. Esto, pues, es verdad que existen incumplimientos eficientes porque son necesarios, por ejemplos los incumplimientos justificados por el deber moral frente a un tercero, como no pagar el contrato de renta a tiempo para poder alimentar a los hijos.

Con lo cual, definitivamente no podemos negar que algunos incumplimientos, por más que tengan costos elevados (los *assessment costs* que señala Dodge), no dejan de ser eficientes así considerados por las propias partes involucradas. Probablemente porque el valor económico de la ejecución o de la indemnización no es el único criterio que las partes toman en cuenta para evaluar si les conviene más ir a juicio o negociar una salida con su contraparte, o también porque es totalmente posible que algunas partes no tengan interés alguno en negociar con la parte que desea incumplir y la negociación simplemente no sea posible entre ellas. Por lo que, podemos conceder que algunos incumplimientos seguirán siendo eficientes y/o necesarios para las partes y, claramente, la imposición de *punitive damages* en dichos casos no se condice con los objetivos que se supone el legislador busca alcanzar.

En todo caso, aunque la propuesta de Dodge es sumamente interesante, también podríamos optar por la alternativa de conceder la aplicación de *punitive damages* solo para aquellos incumplimientos intencionales que son clasificados como oportunistas en función del criterio de la opresión. Esto significa que las partes contemplando el incumplimiento tendrían que predecir con seguridad cuándo sus

incumplimientos serían catalogados como oportunistas o realmente eficientes (Calleros, 2006, p. 87). De esta manera, la amenaza de *punitive damages* que funciona como disuasivo de conductas oportunistas, sigue operando de forma eficiente (el objetivo de Dodge), sin que esto perjudique su coexistencia con los escenarios en donde la teoría del incumplimiento eficiente sí podría ser útil.



CAPÍTULO III

Los “daños punitivos” en el ordenamiento peruano

Hasta este punto de la investigación se ha realizado un análisis exhaustivo de la institución conocida como *punitive damages* en el ordenamiento norteamericano, la lectora de este trabajo debería estar en capacidad de identificar sus raíces históricas, su ubicación normativa dentro de la responsabilidad contractual, el razonamiento detrás de los criterios operativos en *Tort*, y por supuesto, de los criterios operativos en *breach of contract*. En suma, es posible responder a las preguntas ¿qué? ¿dónde? ¿cuándo? y ¿por qué? respecto a la funcionalidad de los *punitive damages* en los Estados Unidos de América. Ahora bien, en este tercer Capítulo corresponde establecer cómo pasamos de *punitive damages* a los famosos “daños punitivos”, para esto primero se explicará la incorporación realizada por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral Previsional, luego se explicará lo mismo respecto al VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral Previsional, y finalmente se sistematizará el debate académico de la academia jurídica peruana respecto a la incorporación que ambos Plenos realizaron (o intentaron realizar).

No cabe la menor duda de que las lectoras deben haber arribado a esta sección preguntándose lo más obvio: ¿por qué este trabajo no comenzó llamando “daños punitivos” a los *punitive damages* desde un comienzo si está escrito en español y el resto de doctrina peruana (incluso hispana) así lo ha hecho? Pues bien, considero que el término “daños punitivos”, específicamente introducido por los Plenos Jurisdiccionales, es solo una traducción literal al español, mas no es conceptualmente equivalente. En todo caso, lo descubriremos a continuación.

3.1 La incorporación de los “daños punitivos” realizada por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral Previsional

Como antesala a esta sección es relevante aclarar brevemente qué es un Pleno Jurisdiccional y cuál es su rol dentro del ordenamiento jurídico peruano. Los Plenos Jurisdiccionales son la manifestación de los principales acuerdos a los que llegan un conjunto de jueces y juezas pertenecientes a diversas salas magisteriales, por ejemplo en el caso de estudio, de la Corte Suprema del Perú. Estos acuerdos versan sobre los temas que se indique y que corresponda a cada sala, por ejemplo, en nuestro caso: temas procesales y de fondo en materia laboral y de seguridad social, entre otras áreas. Como señala Quispe, los Plenos Jurisdiccionales contienen los criterios y razonamientos guía para resolver asuntos repetitivos, completos y controversiales que suelen ver en distintos niveles de la jerarquía procesal. De esta manera, un Pleno

Jurisdiccional no tiene naturaleza de precedente vinculante, toda vez que no se emite específicamente como resultado de una sentencia de casación en un caso concreto, como indica la Nueva Ley Procesal del Trabajo²⁹ peruana (2020, p. 120).

Por el contrario, estos plenos no necesariamente están contenidos en sentencias casatorias, sino que son acuerdos que se tomaron en las reuniones celebradas por los magistrados al amparo del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁰, misma que indica que los jueces y juezas de las salas especializadas pueden reunirse para coordinar jurisprudencia de su especialidad. Por lo tanto, los Plenos Jurisdiccionales no contienen decisiones con naturaleza de precedente vinculante, toda vez que no se satisfacen los requisitos legales para ostentar dicho título en nuestro ordenamiento. En todo caso, su rol se limita de manera muy similar a lo que sería una opinión consultiva sobre los criterios sugeridos para resolver determinados casos, sin que eso signifique que los demás jueces tengan que adoptar el criterio por fuerza³¹.

Ahora bien, el 19 de octubre de 2016, en la ciudad de Lima, los jueces supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente se reunieron para celebrar el V Pleno Jurisdiccional Supremo en las materias laborales y previsionales. De manera específica al tema base de nuestra investigación —la responsabilidad civil— los magistrados se reunieron para resolver sobre la indemnización y las remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado. ¿Por qué hicieron esto o qué los motivo? Un problema muy interesante en nuestro ordenamiento: en el sistema laboral existen algunos tipos de despidos³² que no cuentan con una regulación apropiada sobre su funcionamiento porque

²⁹ Artículo 40.- Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente (Ley N° 29497, 2010).

³⁰ Artículo 116.- Plenos Jurisdiccionales

Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial (D.S. N° 017-93-JUS, 1993).

³¹ Estamos conscientes de la modificación realizada por la Ley N° 31591, al respecto se comentará más adelante. Revisar nota N° 59.

³² Es menester precisar brevemente el panorama sobre los tipos de despido en el ordenamiento peruano para que sirva de referencia para las y los lectores de este trabajo:

realmente fueron creados y desarrollados de manera jurisprudencial por el Tribunal Constitucional, estos son el despido incausado y el despido fraudulento. Esto ha motivado la necesidad de que alguien cubra el vacío sobre diversos elementos de su funcionamiento, y en la praxis este es el rol que han tomado precisamente los Plenos Jurisdiccionales.

En el caso concreto, se percataron de un problema y es que para el despido nulo —un tipo efectivamente regulado en nuestro ordenamiento³³— se tiene muy claro cuáles serían las consecuencias que se manifiestan a nivel de remedio para la parte afectada: se puede reponer al trabajador en su puesto laboral y reconocerle el pago de las remuneraciones devengadas por el plazo que no estuvo trabajando, o se le puede pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el despido nulo (Blancas, 2013, p. 443). Sin embargo, para el caso del despido incausado y el despido fraudulento no se tenía ningún consenso parecido y, jurisprudencialmente, se tuvo que ir construyendo algunos acuerdos. Veamos.

En nuestro ordenamiento teníamos, inicialmente, reconocidos dos tipos principales de despidos laborales, el despido nulo y el despido arbitrario, ambos previstos en el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-097-TR).

Primero, el **despido arbitrario** se materializa cuando no se expresa ninguna causa o cuando esta no se puede demostrar en el juicio. En teoría la norma está hablando implícitamente del despido injustificado (se indica un motivo que no se puede probar) y del despido incausado (no se indica motivo). Esta clase de despido, según la Ley, se repara únicamente con una indemnización.

Segundo, el **despido nulo** se presenta cuando se vulneran ciertos derechos fundamentales, lo cuales se encuentran detallados en causales específicas en el artículo 29 de la misma Ley. Por ejemplo, estaremos frente a un despido nulo cuando tenga por motivo: la afiliación y participación sindical; ser representante de los trabajadores; presentar quejas del empleador ante autoridades; motivos relaciones a discriminación por sexo, raza, religión u otros; o embarazo (D.S. N° 003-097-TR, 1997). Esta clase de despido se repara, de acuerdo con la Ley, por reposición en el puesto de trabajo o con una indemnización, según lo escoja la trabajadora afectada.

Posteriormente, en el 2022, se hizo conocida la sentencia del caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel (Expediente N° 1124-2001-AA/TC). Fue en esta Sentencia donde se mencionó explícitamente y por primera vez al **despido incausado**, señalando que la falta de reposición como reparación para esta clase de despido vaciaba de contenido el derecho constitucional al trabajo y a la protección frente al despido arbitrario (2002, fundamento 12). Luego, un año después, el Tribunal Constitucional volvió a hacer referencia explícita a este tipo de despido en el caso Llanos Huasco v. Telefónica del Perú S.A. (Expediente N° 0976-2001-AA/TC) y en dicha oportunidad lo definió literalmente como el despido, verbal o escrito, donde no se expresaba causa alguna derivada de la conducta o labor de la trabajadora (2003, foja 15). Este tipo de despido se materializa cuando la interrupción laboral deviene de la sola voluntad del empleador, sin tener de por medio una causa justa o legal para hacerlo (Liza, 2021, p. 163).

Por último, el **despido fraudulento** que ya había sido implícitamente nombrado en una sentencia del 2002 (Expediente N° 0628-2001-AA/TC), quedó oficialmente consagrado en la mencionada Sentencia del Expediente N° 0976-2001-AA/TC, donde señalaron que este despido se origina cuando se interrumpe la relación laboral con un ánimo perverso, provocado por el engaño, de tal forma que, a través de mentiras, se le imputa a la trabajadora hechos inexistentes o falsos, así como faltas no previstas legalmente (2003, foja 15).

³³ Ver nota al pie de página anterior.

En primer lugar, se suponía que para casos de despido arbitrario (clasificación dentro de la cual estaría el despido incausado) el trabajador solo tenía derecho a una tutela resarcitoria, es decir, a recibir el pago de una indemnización como remedio para el daño que había sufrido por esta clase de despido (Artículo 34 y 38 del D.S. N° 003-097-TR³⁴). No obstante, el Tribunal Constitucional expresó, a través de la conocida Sentencia del Expediente N° 1124-2001-AA/TC, que la única forma de proteger realmente el contenido del derecho al trabajo, en todos los tipos de despido, era permitiéndole al trabajador la posibilidad de la reposición en su puesto de trabajo. Esto, pues, consideraron que el segundo párrafo del Artículo 34 mencionado vaciaba de contenido el derecho constitucional al trabajo.

De esta manera, concluyeron que no podría haber otra forma de protección a este derecho que no sea el retrotraer el estado de las cosas al momento antes de que se comenta el despido: “la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo” (2002, fundamento 12). Eventualmente se aclaró que solo el despido incausado es inconstitucional, mientras que el injustificado es meramente ilegal, lo cual implica que el despido incausado pueda evaluarse por la vía del amparo (Neves, 2015, p. 229).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia del Expediente N° 976-2001-AA/TC, en donde estipuló que los efectos restitutorios se generaban en casos de despido nulo, despido incausado y despido fraudulento (como se citó en Toledo, 2012, p. 4). Con lo cual, al menos jurisprudencialmente se llegó al consenso de que estos casos de despido sí podían dar lugar a la reposición en el puesto de trabajo. De hecho, así también lo recogió el I Pleno Jurisdiccional en materia laboral celebrado en 2012³⁵, donde finalmente acordaron que la reposición se podía demandar tanto por despido

³⁴ Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

(...)

Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba (D.S. N° 003-097-TR, 1997).

³⁵ (...) existen suficientes fundamentos para concluir que el proceso abreviado laboral se erige como la vía igualmente satisfactoria para la solución de conflictos en los que se discuta la existencia de despido incausado o fraudulento y se

fraudulento, como por despido incausado, por ser la vía laboral una vía igualmente satisfactoria a la del proceso de amparo³⁶.

En segundo lugar, y a diferencia del primero, no se llegó a ningún acuerdo respecto a la procedencia del pago de las remuneraciones devengadas. Sucede que, si la reposición procede, en teoría un requisito es el pago de las remuneraciones devengadas³⁷, pero para el caso de los despidos incausados y fraudulentos, las opiniones al respecto eran muy diferentes. En un primer momento el Tribunal Constitucional declaró estar en contra del pago de remuneraciones devengadas para los casos de despido arbitrario porque consideró que la remuneración es lo que se paga por trabajo efectivamente realizado y, en estos despidos, la relación laboral efectivamente se había interrumpido. Luego cambió de opinión y consideró que la trabajadora que era víctima de esta clase de despidos tenía derecho a reclamar las remuneraciones devengadas a título de indemnización por daños y perjuicios sufridos al haber sido privada de su trabajo, pero dejando en claro que estas remuneraciones debían ser reclamadas en la justicia ordinaria laboral (como se citó en Blancas, 2013, p. 557).

Por otro lado, la Corte Suprema, es decir, la vía ordinaria laboral, inicialmente estuvo de acuerdo con otorgar las remuneraciones devengadas en estos casos porque consideraba que los procesos de amparo para despidos donde se había ordenado la reposición tenían efectos equiparables a aquellos previstos para los procesos ordinarios laborales de nulidad de despido. En otras palabras, las previsiones del artículo 40

pretenda exclusivamente como pretensión principal única la reposición al centro de trabajo (Corte Suprema de Justicia, 2012, p. 41).

³⁶ Básicamente, el I Pleno Jurisdiccional hizo las veces de organizador para las ideas de la Corte Suprema que hasta ese momento estaban completamente desperdigadas. Sobre todo, respecto a las vías a las que las víctimas de los despidos tenían que recurrir para acceder a tutela. Así, se llegó a ordenar el panorama de la regulación de los despidos y las vías para recurrir a las pretensiones de los y las demandantes. Al respecto, la siguiente Tabla, originalmente elaborada por el maestro Javier Neves, será de suma utilidad para las y los lectores:

Tabla 1
Comparación de tipos de despido, pretensiones disponibles y vías procesales en el ordenamiento peruano

Despido	Pretensión	Vía
Incausado	Reposición/ Indemnización	Laboral/ Laboral
Injustificado	Indemnización	Laboral
Fraudulento	Reposición/ Indemnización	Laboral/Laboral
Nulo	Reposición/ Indemnización	Laboral/Constitucional Laboral

Nota. De “El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral”, J. Neves, 2015. CC-BY 4.0.

³⁷ Artículo 40.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses (Decreto Supremo N° 003-097-TR, 1997).

del D.S. N° 003-097-TR les eran igualmente aplicables. Sin embargo, la Corte Suprema luego cambió de posición de una forma un tanto abrupta y decidió que el pago de remuneraciones devengadas en casos de reposición ordenada por sentencia en proceso de amparo era improcedente. Esto basándose en que, según su criterio, los procesos de amparo y de nulidad de despido tienen una naturaleza jurídica distinta. Según el entendimiento de la Corte Suprema, los procesos de amparo se limitan a devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de la afectación de un derecho que requiere cierto grado de urgencia en su atención, propia de un proceso constitucional. Por lo que, no tienen eficacia más allá de lo señalado por la afectación específica a un derecho tangible, en otras palabras: solucionan la afectación al derecho colocando a la trabajadora en su puesto laboral, pero no buscan la nulidad del acto que puso fin a esa relación laboral en principio (Blancas, 2013, p. 561).

De tal forma que, los procesos de nulidad de acto de despido serían diferentes porque sí se centran en el análisis de fondo respecto a las causales de nulidad del acto que ocasionó dicho despido y eso conlleva la consecución de alguna forma de reparación del daño. Esto lo hacen negando la existencia de los actos que ocasionaron el despido y esto es lo que conoce como la ficción legal retroactiva de las labores prestadas durante el periodo en que se separó a la trabajadora. Dicho de forma más simple: en el proceso de amparo solo se busca detener la afección de forma inmediata; mientras que en el proceso de nulidad de acto de despido —ya que el acto de despido fue nulo— se utiliza una ficción para retrotraer sus efectos y es como si la trabajadora nunca hubiera dejado de trabajar, es de ahí de donde nace su derecho a que se le paguen las remuneraciones devengadas. Esto no existe en los procesos de amparo y es por ello que la Corte Suprema cambió de opinión y decidió declarar esos pedidos como improcedentes.

Entonces, evidentemente no se logró un consenso respecto a si procedía o no el pago de las remuneraciones devengadas para los trabajadores que habían sido víctimas de despidos incausados o fraudulentos y, siendo así las cosas, los plenos jurisdiccionales se plantearon la tarea de resolver este conflicto. Este fue uno de los acuerdos que se planteó arribar con el V Pleno y al respecto, esto fue lo que sostuvieron los magistrados:

No hay diferencia en los casos del despido incausado y del despido fraudulento en tanto ambos tipos de despido no tienen origen legal, sino que son construcciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. Es cierto que en ellos se advierte la afectación directa a derechos constitucionales, sin embargo, de ello no se deriva la existencia de una ficción jurídica que determine el desarrollo de labor efectiva en el periodo que transcurre entre el despido y la reposición del trabajador (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 19).

Lo primero que introduce el V Pleno como parte de su acuerdo es que, para la Corte, no es posible realizar una ficción legal de retroactividad para esta clase de despidos, como sí sucede con el despido nulo. Recordemos que la ficción legal en cuestión es la herramienta que se utiliza para justificar que en los casos de despido nulo la trabajadora tenga derecho a recibir las remuneraciones devengadas por el plazo que no estuvo trabajando. ¿Por qué decidieron esto? Porque consideraron que esta clase de ficciones jurídicas solo podían ser establecidas por ley (2016, p. p. 19) y, como es sabido, no existe una ley que así lo disponga para el despido incausado o el despido fraudulento. Esto fue lo que mencionaron:

En el ordenamiento jurídico nacional no existe ninguna norma legal que establezca que luego de un despido incausado o de un despido fraudulento la relación laboral persiste en su existencia, o que el trabajador tiene derecho al pago de remuneraciones, derecho que se genera dentro de una relación laboral producto de una labor efectiva. Distinto es el caso, por ejemplo, del despido nulo en el que corresponde el pago de remuneraciones por mandato legal del artículo 40° del Decreto Supremo 003-97-TR (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 19).

Con lo cual, la Corte expresó que la reparación prevista para estos despidos —la reposición— está específicamente diseñada para evitar que la afectación de derechos constitucionales se prolongue en el tiempo; mas no para remediar la agresión ya sufrida, pues para esto debe operar la indemnización de daños y perjuicios. Al respecto, Quispe explica el criterio de la Corte de la siguiente manera:

(...) los despidos fraudulentos e incausados, al carecer de regulación legal, limitan sus efectos a la reanudación de la relación de trabajo, correspondiendo al afectado plantear pretensiones resarcitorias por daños materiales y morales para acceder a una reparación económica, que no se deriva automáticamente de la determinación de la existencia del acto lesivo, sino que debe dilucidarse en un conflicto judicial con la satisfacción de las cargas probatorias que ello implica (2020, p. 142).

Por tanto, la Corte determinó que las trabajadoras víctimas de esta clase de despidos, en realidad, no tienen derecho a las remuneraciones devengadas: “la indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas” (2016, p. 25). ¿Por qué? Porque no existe ficción legal prevista para conceder este efecto al despido incausado o fraudulento. Bajo ese razonamiento, la Corte sostuvo que era evidente que la ausencia de pago de remuneraciones era un daño cierto que “podría ser calificado como lucro cesante” (2016, p. 20), por lo que el monto de las remuneraciones devengadas serviría como un indicador adicional del *quantum* de la indemnización total. Entonces, el V Pleno establece que el despido incausado o fraudulento no genera el derecho a recuperar remuneraciones devengadas, pues dicho concepto se reemplaza por la indemnización.

Sin embargo, el monto de esas remuneraciones sí podría ser tomado en cuenta como parte del concepto de lucro cesante que la trabajadora tendría que reclamar en la indemnización de daños y perjuicios. A criterio personal, considero que es una elaboración un tanto confusa, pero todo se explica del entendimiento (de la Corte) de que una trabajadora que efectivamente fue despedida —aunque sea de forma arbitraria— no podría recibir las remuneraciones devengadas porque no se ha previsto el plazo ficticio por el cual se genera su derecho a recibir dicha remuneración. Ciertamente, la Corte no puede negar que, independientemente de si existe una ficción jurídica o no, estamos frente a una persona que no ha recibido su sueldo porque fue despedida por una razón generalmente aceptada como injusta por el sistema. Por tanto, el V Pleno no tuvo mejor idea que introducir el monto que deberían recibir por remuneraciones devengadas dentro del concepto de lucro cesante.

En resumidas cuentas, mediante el V Pleno se estableció como primera regla que **en los casos de despidos incausados o fraudulentos, las remuneraciones devengadas tienen un carácter indemnizatorio y no contraprestativo** porque no se podía aplicar una ficción legal que permita otorgar las remuneraciones como parte de la contraprestación que correspondería a la trabajadora por el tiempo no trabajado a causa de un despido fraudulento o incausado. Esto significó dos cosas: *i*) la equiparación de las remuneraciones no recibidas al concepto de lucro cesante; y *ii*) el trato diferencial entre el despido nulo y el despido fraudulento o incausado.

Sobre la primera premisa, la doctrina ha considerado fuertemente que la equiparación realizada es un error conceptual, toda vez que el lucro cesante no puede ser equiparado al ingreso dejado de percibir; sino a la utilidad que normalmente uno obtendría, pero como consecuencia del daño ya no podrá recibir (Campos, 2019, p. 211). En otras palabras, el lucro cesante es la utilidad esperada, pero que se vio frustrada; mientras que las remuneraciones no recibidas a consecuencia de un despido son el ingreso debido que no se recibió. En todo caso, como explica el autor, la única relación que podría tener el lucro cesante con las remuneraciones devengadas es que, para obtener la cuantía del primero, tendríamos que tomar el monto de las remuneraciones como base y a ello restarle los costos fijos correspondientes para calcular la ganancia-utilidad que la trabajadora hubiera recibido (2019, p. 212). Ese monto final sí correspondería al concepto de lucro cesante.

Sobre la segunda premisa, el trato diferencial que otorgaron se debe a un estricto seguimiento legalista mediante el cual la Corte consideró que no estaba permitido reconocer a las remuneraciones dejadas de percibir una naturaleza contraprestativa porque la ley no lo había previsto para ninguna clase de despido que no sea el despido nulo. La ficción, como ya se explicó, funciona de la siguiente manera: el sistema pretende que el despido nunca existió y todo regresa al estado en que estaba, es casi como si la

trabajadora en realidad nunca hubiera dejado de laborar y es por eso que tiene derecho a dichas remuneraciones. Entonces, la ficción legal utilizada por nuestro ordenamiento “aleja la obligación de pagar las retribuciones devengadas en el marco de un despido nulo de cualquier consideración ‘reintegrativa’ vinculada a la ineficacia del acto de despido y las conduce al ámbito estrictamente contraprestativo” (Campos, 2019, p. 209).

Ahora, este razonamiento —el vincular el lucro cesante de la indemnización de daños y perjuicios con las remuneraciones devengadas— es la base sobre la cual el V Pleno afirma su segunda regla respecto a este asunto: **los despidos incausados y fraudulentos generan “daños punitivos” y los jueces, una vez que reconozcan el derecho a recibir la indemnización por daños y perjuicios, deben imponer el pago de esta suma adicional de oficio.** Esto se explica de la siguiente manera y es que, si las remuneraciones devengadas se otorgan a título de indemnización, de algún otro monto tiene que sustentarse lo que la trabajadora dejó de aportar al Sistema de Pensiones (la AFP o la ONP) y ese otro monto es lo que han introducido como los famosos daños punitivos.

Como menciona Campos, “si se considera que los ingresos dejados de percibir tienen naturaleza indemnizatoria y no contraprestativa, estos no podrán servir de base para el descuento de los aportes que corresponden al sistema de pensiones, el cual debe realizar el empleador” (2019, p. 206). Evidentemente el V Pleno no podía dejar este problema en el aire y, precisamente en aras de garantizar que se satisfaga el derecho de las trabajadoras a recibir los aportes debidos a sus fondos de pensión, es que optó por la salida de los “daños punitivos”. Así, el V Pleno estableció que, de forma adicional a la indemnización por daños y perjuicios que le corresponde a una trabajadora víctima de un despido incausado o fraudulento, los magistrados también debían imponer este monto a título de daños punitivos, mismo que representaría los montos no aportados al sistema de pensiones escogido por la trabajadora durante el tiempo que no estuvo laborando. Esto fue lo que literalmente sostuvo el V Pleno:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.

La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la

suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 25).

A simple vista parecería ser cierto que el V Pleno no realizó la introducción de la voz “daños punitivos” con la intención de que tenga una vocación disuasiva o represiva, sobre todo porque el acuerdo que tomaron explícitamente establece que, para cuantificar el “daño punitivo” causado, simplemente se debe hacer referencia al monto que se dejó de aportar a los fondos de pensiones y, evidentemente, estamos frente a cuantías que no representan desincentivos para los grandes empleadores, pues se trata de montos ínfimos que de todas formas eran debidos a cualquier trabajador en regla. No obstante, lo cierto es que el V Pleno se explayó considerablemente para justificar la naturaleza y el funcionamiento de lo que habían bautizado como “daños punitivos” ya que aparentemente su intención era la de realizar un *legal transplant* o trasplante legal de la ya reconocida institución anglosajona.

Los “daños punitivos” fueron explicados por el V Pleno como aquel daño que el juez laboral deberá tener en cuenta con el objetivo de castigar al que produce un daño y disuadir a terceros de incurrir en la misma conducta. Por lo tanto, esta suma no tendría finalidad compensatoria, sino ejemplificadora. Según el V Pleno, pueden ser entendidos como una pena privada y la víctima del daño es la beneficiaria del dinero que representa los daños punitivos. Es por esto que solo debería otorgarse en casos donde el perjuicio ha sido particularmente “ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima” (2016, p. 22), por lo que solo se conceden para los despidos fraudulentos o incausados, que son considerados como especialmente vejatorios. Además, tienen naturaleza accesoria, requieren de un daño principal, y aunque no estén regulados en el ordenamiento peruano, la Corte considera que su existencia se justifica por una aplicación extensiva de los daños morales. Por último, se deben calcular con un patrón objetivo que no resulte en un monto muy alto, ni muy bajo. El patrón en este caso es considerar como monto máximo para los “daños punitivos” la suma equivalente al monto dejado de aportar por la trabajadora al fondo de pensiones que le correspondía (2016, p. 21-23).

Es interesante destacar lo enfática que fue la Corte en que, por más que el monto dejado de aportar a los fondos de pensiones sea el criterio objetivo utilizado para calcular los “daños punitivos”, esto no significa que se reconozcan derechos de carácter remunerativo para las víctimas de estos despidos. Por supuesto esto debía ser así, pues de lo contrario el V Pleno habría incurrido en una contradicción todavía

más evidente. En este punto considero que la Corte llegó al mismo resultado que se origina en los despidos nulos, pero a través de un camino mucho más engorroso, complicado y confuso. En la praxis, una trabajadora víctima de despido nulo podrá gozar de la reposición en su puesto de trabajo, además de la reintegración de sus remuneraciones devengadas a título contraprestativo, lo cual naturalmente implica que su empleador podrá aportar lo que le corresponda al fondo de pensión escogido.

Por otro lado, en el caso de una trabajadora víctima de despido incausado o fraudulento, ella también puede solicitar la reposición; aunque en teoría no tiene derecho a que se le otorguen remuneraciones devengadas. Sin embargo, con las elaboraciones del V Pleno, en la práctica podría utilizar ese concepto como criterio para calcular el lucro cesante que le corresponde como indemnización y los aportes al fondo de pensiones los recibirá directamente la trabajadora a través de la suma que se le conceda con los daños punitivos. Lo que se evidencia ante esta comparativa es que hay tres tipos de despido que, para efectos de la realidad, son igualmente vejatorios de derechos constitucionales. A pesar de ello, jurisprudencialmente se han empeñado en acentuar tratamientos diferenciados que ocasionan que los magistrados deban recurrir a instituciones que, en principio, ni siquiera están reguladas como parte del sistema legal continental.

Lo cual es interesante porque el V Pleno rechaza de facto el carácter contraprestativo de las remuneraciones devengadas para casos de despido fraudulento o incausado, basándose en que ello no está previsto en la ley. Aun así, plantea integrar una institución extranjera que tampoco existe en la ley peruana para resolver los vacíos ocasionados por sus propios razonamientos. En palabras más simples: si el V Pleno hubiera aceptado que para despidos fraudulentos e incausados las remuneraciones devengadas se conceden a título contraprestativo, no hubiera tenido la necesidad de equiparar esa suma al concepto de lucro cesante y, en consecuencia, no hubiera generado el problema de los aportes al fondo de pensiones. Si eso no hubiera sucedido, tampoco habría generado la necesidad de que incorporen los “daños punitivos”.

Además, aunque parezca que se ha llegado al mismo resultado, es importante destacar que, en el camino, se está generando también un trato diferenciado para las víctimas del despido. La trabajadora del despido nulo recibirá las remuneraciones devengadas menos la suma que represente los aportes al sistema de pensiones que realizará su empleador; mientras que la trabajadora víctima de despido incausado o fraudulento recibirá el lucro cesante (las remuneraciones devengadas) completas sin haber sufrido ningún descuento y, aparte de ello, el empleador tendrá que desembolsar una suma adicional (los “daños punitivos”) que representan los aportes mencionados. En ese sentido, una trabajadora termina recibiendo más dinero que la otra, pese a haber sufrido afectaciones materialmente similares en función del despido. Esto también fue explicado por Campos:

En efecto, el trabajador despedido incausada o fraudulentamente recibe el íntegro de su remuneración (sin descuento por el aporte previsional) y, adicionalmente, un monto que es (o puede ser) el equivalente al aporte al sistema de pensiones, pero que lo recibe directamente, sin nada destinado obligatoriamente al SNP o al SPP. Esta situación es completamente diferente en el despido nulo, en donde la naturaleza contraprestativa de las remuneraciones devengadas hace que el trabajador solo reciba estas, pero descontando el aporte al sistema previsional (2018, p. 95).

En síntesis, las ideas presentadas contribuyen a aclarar el contexto y la problemática que incentivó al V Pleno a introducir el concepto de “daños punitivos” por primera vez en el ordenamiento peruano³⁸. Discutir sobre la pertinencia de las razones que esbozaron los magistrados para realizar dicha introducción se aleja del objetivo del Capítulo. Por lo que, nos hemos limitado a explicar qué dijo el V Pleno y por qué/para qué lo dijo. Ahora corresponde realizar el mismo ejercicio respecto del VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral.

3.2 La (re) incorporación de los “daños punitivos” realizada por el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral Previsional

Entre el 18 de septiembre y el 2 de octubre de 2017, nuevamente en la ciudad de Lima, los jueces supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia se reunieron para celebrar el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional. El primer acuerdo es el que resulta particularmente atinente a nuestro trabajo, ya que los jueces decidieron compartir sus razonamientos respecto a la responsabilidad civil por accidente de trabajo en aplicación del artículo 53 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Al respecto, el VI Pleno se materializó en tres reglas, de las cuales nos concentramos en la primera y la última, ya que están directamente relacionadas al tema de investigación. Veamos.

El VI Pleno explicó que, en principio, siempre se debía considerar al empleador como responsable de cualquier evento dañoso que les ocurra a las trabajadoras y afecte su vida o salud. Esto es lo que dijeron: “El empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador”. Así, la primera regla, aparentemente, apunta

³⁸ Se contó con los votos en minoría de los jueces Walde Jáuregui, Rodríguez Mendoza y Toledo Toribio, así como del juez Arias Lazarte, quienes consideraron (con su propia argumentación) que lo correcto era reconocer el carácter contraprestativo de las remuneraciones devengadas y, por tanto, las trabajadoras víctimas de despido incausado y fraudulento debían tener derecho al pago de dichas remuneraciones.

a la **responsabilidad objetiva del empleador ante cualquier tipo de daño a la vida o salud que sufran sus trabajadoras**. Pero, ¿cómo es que se sustentó esto?

La Corte inició definiendo los accidentes de trabajo como todos los acontecimientos, fortuitos u ocasionales, que pudieran originar un daño sobre la persona y que hayan ocurrido en el centro de trabajo o con ocasión del mismo (2017, p. 1). Sumado a ello, el VI Pleno identificó la existencia de deberes y obligaciones respecto a la seguridad y saludos de las trabajadoras, que existen más allá de lo que las normas legales sostienen. Esto es así porque, según su criterio, existe un carácter contractual que origina el nacimiento de deberes (y otras situaciones jurídicas) a cargo del empleador cuando busca que su contraparte, la trabajadora, cumpla con su parte de la prestación.

En ese sentido, el VI Pleno señaló que existe un deber de seguridad a cargo del empleador para con las trabajadoras y que, debido a su carácter contractual, no es suficiente que el empleador cumpla con las normas de seguridad y salud, sino que tiene que activamente gestionar la insalubridad y peligrosidad en su centro laboral o en las actividades a cargo de las trabajadoras (2017, p. 2). Esto bajo el entendimiento de que, en tanto estamos frente a una relación contractual, el empleador debe cumplir con dicha obligación recíprocamente. El VI Pleno literalmente sostuvo lo siguiente:

En otras palabras, no basta con el cumplimiento objetivo de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, sino que se exige un empleador diligente que busque reducir al mínimo posible cualquier afectación que pueda sufrir el trabajador en su salud o vida (2017, p. 2).

El concepto de empleador diligente es importante porque significa que el criterio por el cual se mide el cumplimiento del deber de protección mencionado debería ser subjetivo, es decir, estaríamos ante un escenario de responsabilidad subjetiva: dependiendo del grado de culpa se determinará el grado de incumplimiento del deber a cargo del empleador. En palabras del VI Pleno, el empleador diligente es aquel que, además de cumplir con las normas de salud y seguridad en el trabajo, realiza capacitaciones, identifica íntegramente los riesgos, toma medidas para minimizarlos o eliminarlos, fiscaliza el cumplimiento de las medidas de seguridad, entre otros (2017, p. 3). El empleador diligente es, básicamente, aquel que cumple con la diligencia debida según los términos del artículo 1314³⁹ de nuestro Código Civil.

En este punto es importante destacar un problema: la primera regla del VI Pleno apunta a un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, el empleador siempre responde por cualquier tipo de accidente en el trabajo que puedan sufrir sus trabajadores. Sin embargo, la argumentación presentada por los magistrados

³⁹ “Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (D.L. N° 295, 1984).

indica un sentido contrario, y es el de la responsabilidad subjetiva, toda vez que se basan en conceptos como el de “empleador diligente”. Como sostiene Quispe:

Tal desarrollo argumentativo daría a entender una concepción subjetiva de la responsabilidad en tanto que lo determinante para establecer la responsabilidad del empleador frente a un accidente de trabajo o enfermedad profesional sería el incumplimiento de las obligaciones que emanan del deber de prevención. Es decir, la culpa (2020, p. 147).

En otras palabras, la argumentación del VI Pleno indica que el incumplimiento de los deberes de prevención es el elemento determinante para establecer la responsabilidad del empleador ante un accidente de trabajo; no obstante, la regla final establecida en el acuerdo sostiene que el empleador siempre deberá responder y ser responsable ante cualquier accidente, sin hacer referencia al cumplimiento o incumplimiento del estándar de diligencia desarrollado. ¿Por qué ocurrió esta desvinculación entre la regla y la motivación? Porque el VI Pleno pretendió darle un sentido diferente al artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783.

El VI Pleno indicó, en referencia al artículo en mención, que “(...) en caso se produzca daños en la salud del trabajador, el empleador deberá indemnizarlo, a él o a sus descendientes” (2017, p. 3). Lo cual en teoría es cierto, pues esto es lo que literalmente establece el artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo:

Artículo 53.- Indemnización por daños a la salud en el trabajo

El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva (Congreso de la República, 2011).

La Corte decidió ir un paso más allá y considerar que la Ley, tal como se demostraría en el artículo citado, no establece una restricción respecto a cómo se hubiera causado el accidente, o sea, si fue directa o indirectamente por acción u omisión de tercero. De cualquier modo, debe analizarse si el empleador se comportó como un “empleador diligente” y no puede sustraerse de sus obligaciones indemnizatorias si es que no cumplió con las obligaciones legales de salud y seguridad en el trabajo, así como con el estándar de diligencia. En este orden de ideas, concluyó con la regla ya mencionada y es que el empleador siempre responda por cualquier evento dañoso para la vida o salud de sus trabajadoras.

Esto es incongruente con su propia motivación, pero no es la primera vez que expresaba este criterio, puesto que la Corte Suprema ya le había dado este sentido interpretativo al artículo 53 de la Ley a través de una casación que incluso declaró como precedente de obligatorio cumplimiento. Se trata de la Casación Laboral N° 4258-2016-Lima, en donde se dijo que la interpretación correcta era la siguiente:

Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332° del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 17).

En ese sentido, incluso desde el 2016, la Corte ya había establecido que el correcto sentido del artículo 53 implica que la responsabilidad del empleador corresponde a un régimen objetivo, lo cual significa que, para esta gatillarse, basta que un daño contra alguna trabajadora se haya producido. Precisamente esto se materializa en el acuerdo que terminan celebrando en el VI Pleno un año después. No obstante, si retomamos la apreciación directa al sistema normativo respecto a la responsabilidad del empleador, podremos notar que el artículo 53 no se lee de manera aislada; sino de la mano con lo previsto por otros cuerpos normativos, como el Reglamento de la Ley. Efectivamente, esto es lo que señala el artículo 94 del Reglamento:

Para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo (Decreto Supremo N° 005-2012-TR, p. 22).

Con lo cual, la regulación en el área —a diferencia de lo estipulado por el VI Pleno— ha establecido un modelo de responsabilidad para el empleador que claramente se basa en lo que suele suceder en una relación contractual: el incumplimiento se gatilla cuando una de las partes incumple, con culpa o dolo, alguna de las obligaciones a su cargo, ya sean las pactadas por medio del acuerdo, o aquellas que emanan naturalmente de las leyes. Dicho de otra forma, la obligación de resarcimiento del empleador debe nacer cuando incumpla su deber de prevención (previsto en la ley) por no actuar con la debida diligencia.

Como explica Quispe, esto es coherente con el repertorio de exigencias que tiene la normativa para los empleadores, toda vez que el propósito es incentivar a que tomen las medidas suficientes para

diligentemente evitar un accidente en el trabajo. En cambio, si el ordenamiento hubiera previsto un régimen de responsabilidad objetiva por riesgo para los empleadores, la exigibilidad de todos estos deberes a su cargo se debilitaría considerablemente pues, a pesar de cumplir con cada uno de ellos, ante cualquier accidente de todas formas siempre tendría que asumir la responsabilidad (2020, p. 149). El criterio del autor forma parte de un entendimiento en donde se considera que la cultura de la prevención eventualmente mejora a través de incentivos, es decir, un empleador se ve motivado a ejecutar diligentemente sus deberes de prevención si sabe que, de lograrlo, podrá evitar asumir responsabilidad en caso ocurra un accidente.

Por el contrario, si sabe que, independientemente de su nivel de diligencia, tendrá que responder por los daños que pueda sufrir alguna de sus trabajadoras ante la ocurrencia de un accidente, no tiene los mismos incentivos para procurar cumplir sus obligaciones con el correcto estándar de diligencia. Es más, probablemente no tenga incentivos para cumplir ninguna de sus obligaciones, pues de todas formas deberá asumir responsabilidad por el riesgo. Evidentemente este ha sido un punto bastante controversial del acuerdo del VI Pleno, ya que se considera que la Corte Suprema estaría empleando un Pleno Jurisdiccional no para interpretar el sentido de una norma, sino para modificar totalmente el sentido que el legislador ya le otorgó. En palabras de Quispe, esto implica exceder las potestades jurisdiccionales y no es posible que, con un Pleno, la Corte pretenda modificar una ley en un sentido diferente al expresamente otorgado (2020, p. 150).

Sin perjuicio de la relevancia de esta controversia, la presente investigación no tiene como objetivo discutir los alcances de la potestad jurisdiccional de la Corte Suprema respecto a la interpretación (o modificación) que realizó del artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Lo que es atinente a nosotros es mencionar cómo llegó el VI Pleno a la primera regla de su acuerdo, toda vez que luego nos servirá para entender cómo razonó la tercera regla relacionada a la aplicación de los daños punitivos en casos de accidentes laborales. Antes de ello, el VI Pleno asumió como segunda regla que **se debe realizar un control judicial de las transacciones que se celebren para resarcir los daños sufridos por las trabajadoras.**

Al respecto, el VI Pleno reconoció que las transacciones son un mecanismo válido para extinguir obligaciones y, como tal, pueden ser útiles para que los empleadores negocien el resarcimiento debido a las trabajadoras en caso de haber sufrido un daño. Lo que el VI Pleno hizo fue establecer cuál debería ser la valoración aplicable para controlar los montos indemnizatorios que se conceden por medio de las transacciones. Así, estableció que, a diferencia de las transacciones en procesos civiles, en los procesos laborales los jueces deberán tener en cuenta que, para respetar la dignidad humana, los montos indemnizatorios no deberían ser sumas ínfimas que demuestren desprecio ante la trabajadora (2017, p. 10).

En todo caso, esta segunda regla no deja de ser controversial pues el criterio del VI Pleno no necesariamente esclarece el problema que pretendía resolver: ¿cómo debe lidiar el Derecho Laboral con las transacciones extrajudiciales que culminan procesos de resarcimiento entre empleador y trabajador? Definitivamente es una pregunta válida, pero el criterio del VI Pleno —la dignidad— es prácticamente igual de ambiguo que no tener ningún criterio establecido. Esto porque, como señala Quispe, no se ha resuelto la incertidumbre respecto a qué monto sería lo suficientemente digno para alguien que falleció o contrajo una enfermedad profesional (2020, p. 152). Es decir, el VI Pleno pretende dar respuesta a un problema real, pero sin lograr realmente concretar algo al respecto.

Como quiera, esta segunda regla no es particularmente atinente al asunto que deseamos abordar, por lo que es necesario introducir la tercera y última regla respecto al acuerdo de la Corte: la introducción a los “daños punitivos” (nuevamente). Para finalizar su argumentación, el VI Pleno sostuvo la necesidad de **reconocer un monto por daños punitivos a las trabajadoras frente a los accidentes de trabajo tras evaluar la conducta del empleador**. Para esto no hizo alusión alguna al trabajo ya presentado por el V Pleno; sino que los magistrados se concentraron en elaborar nuevamente una suerte de justificación/explicación para el funcionamiento de lo que llamaron “daños punitivos”.

Al respecto, el VI Pleno tuvo la intuición de mencionar que los “daños punitivos” son una clase de acción indemnizatoria, lo cual, ciertamente, es lo que son en términos estrictos si se fuera a realizar una traducción legal acertada de la institución⁴⁰. Asimismo, reconocieron que su objetivo no es reparar el perjuicio ocasionado a la víctima de un daño, sino castigar a quien lo produjo y disuadir a terceros de incurrir en la misma conducta. Los “daños punitivos” fueron igualmente catalogados como penas privadas, de naturaleza accesoria, que se otorgan judicialmente cuando hay una conducta particularmente ultrajante como causa del daño. Por tanto, los magistrados dictaminaron que serían concedidos solo ante las siguientes circunstancias consideradas como agravantes:

⁴⁰ Como mencioné en la introducción del Capítulo III, la denominación correcta de los *punitive damages* en el castellano debería ser “indemnización punitiva”. Sin embargo, por motivos didácticos, este trabajo persiste en utilizar la denominación que fue originalmente otorgada por los Plenos Jurisdiccionales estudiados. La razón de esto es que los magistrados, probablemente por desconocimiento o simplemente por una mala labor de comparación, decidieron otorgar a los *punitive damages* un nombre que corresponde a una traducción literal al castellano, tratando de asimilar el término “damages” a la palabra “daños” en español.

Lo que la Corte no tuvo en cuenta es que “damages” se debe traducir a “indemnización”, pues en su idioma original hace referencia a la pérdida (patrimonial o no) sufrida por una persona (o más). Mas aún, el daño, como lo conocemos en esta parte del mundo, no puede ser punitivo. El daño es simplemente el evento que ocasionó el perjuicio; lo que realmente es punitivo o no, es la reacción que tiene en el ordenamiento frente a él. Por tanto, lo correcto sería hacer referencia a una indemnización punitiva.

(...) se aplicará los daños punitivos solo cuando el empleador además de haber incumplido las disposiciones de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, el deber de prevención contenido en ellas, sus propias directivas sobre salud y seguridad en el centro de trabajo, haya actuado de la siguiente manera:

- a) Haya negado la relación laboral,
- b) No haya asegurado al trabajador, o
- c) Se haya negado a brindarle todo tipo de auxilio inmediato por el infortunio laboral sufrido (2017, p. 11-12).

Por último, en esta oportunidad se indicó como límite máximo de indemnización el total del monto indemnizatorio que se concede a la víctima como daño emergente, lucro cesante o daño moral. De acuerdo a los magistrados del VI Pleno, la puesta en peligro de la vida y salud de las trabajadoras, de manera particularmente gravosa, es lo que sustenta la expedición y existencia de una figura como los daños punitivos según su entendimiento (2017, p. 13). Esta es la parte del acuerdo a la que se llegó respecto a esta figura:

(...) 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 será fijado con criterio prudencial por el juez, sin exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral y atendiendo a la conducta del empleador frente al caso concreto (2017, p. 14).

Así, podemos apreciar una diferencia sutil, pero importante con el V Pleno antecesor y es que ahora los magistrados sí desarrollaron ligeramente los criterios que justifican otorgar “daños punitivos” a una persona. En el V Pleno era suficiente el haber sido víctima de un despido fraudulento o incausado, pero para el VI Pleno y en lo que respecta accidentes y/o enfermedades laborales, no es suficiente con el mero incumplimiento de las normas y regulaciones sobre la materia, sino que se precisa la necesidad de que exista concurrencia con conductas que han sido descritas como particularmente ultrajantes o vejatorias (de derechos, se sobreentiende) para las víctimas. Sin perjuicio de ello, podemos concluir esta sección resumiendo que ambos Plenos coincidieron en calificar sus “daños punitivos” como una extensión del daño moral, con naturaleza accesoria, que se otorgan de oficio por parte de los jueces.

3.3 El debate actual de la academia peruana sobre la incorporación de los “daños punitivos” en nuestro ordenamiento

3.3.1 El debate doctrinal respecto de los “daños punitivos”

En esta última sección del Capítulo corresponde presentar las principales ideas que la academia jurídica peruana ha elaborado respecto a la situación de los “daños punitivos” y su incorporación en el país. Para sistematizar este debate se presentarán las opiniones de diversos juristas, organizadas de acuerdo al autor o autora en cuestión y la antigüedad de sus obras. Asimismo, se incluirá en esta presentación un breve recuento de jurisprudencia peruana vinculada al asunto de los “daños punitivos” y publicada a partir de la fecha del V Pleno. Esto será útil para identificar cuál es el estado del debate actual en nuestro ordenamiento respecto a los “daños punitivos” y a los *punitive damages* en Perú, indistintamente.

Fernández Cruz se pronuncia respecto a las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil desde una óptica sistémica para brindar un punto de vista interesante respecto a la existencia de instituciones como los *punitive damages*. Al respecto, primero explica que la responsabilidad civil ha atravesado un proceso de evolución importante en donde ha pasado de ser vista como la única tutela ante un hecho ilícito, a ser entendida como la reacción a un daño injusto que sirve como instrumento de desarrollo social y, por ende, no cabe que sea vista exclusivamente desde una óptica individualista (2001, p. 12). Lo que ha sucedido es que, en función de los cambios trascendentales en la sociedad a causa de la industrialización, el rol de la culpa también evolucionó: de ser una culpa ética (en el sentido subjetivo de parámetros evaluados en virtud de una relación entre dos partes), a una culpa social. Como explica Salvi, autor citado por Fernández, esto significa que la noción de culpa se desprendió de sus elementos ético individuales para configurarse de forma objetiva como la disconformidad de un comportamiento respecto a parámetros que representan el grado de tolerabilidad social del riesgo de dicha conducta (2001, p. 16).

¿Cómo se explica este cambio de paradigma? Porque a inicios de la industrialización era imperativo evitar cualquier clase de desincentivo a los empresarios para poder continuar con la expansión de esta nueva etapa en nuestra historia. En ese sentido, el contenido ético de la culpa dejó de ser suficiente para satisfacer las necesidades del incipiente desarrollo industrial y se exige que este concepto se abstraiga de valores (2001, p. 17). De tal forma que, las víctimas de los daños terminaron convirtiéndose en quienes financiarían los inicios de la industria para poder desarrollar el mercado. Básicamente se hizo que las pérdidas permanezcan, en la mayor medida posible, dentro de la esfera de quienes las sufrieron porque con ello la responsabilidad civil evitaba costos excesivos para quienes forjaban la industrialización (2001, p. 18).

Ahora bien, eventualmente el detrimento de las víctimas no podría seguir siendo tolerado cuando era posible notar que la industria había alcanzado un grado de desarrollo tecnológico considerable o, por lo menos, deseado e importante. Por lo tanto, señala Fernández, se reemplaza la función individual (también llamada micro económica o diádica) de la responsabilidad civil, por la función social (macro económica o sistémica). Esto significa que coexistirían dos principios: la culpa y el riesgo (2001, p. 18). Así, pues, los países industrializados que lograron un desarrollo importante pasan a evaluar la responsabilidad civil en dichos mercados ya no a través de la culpa; sino bajo el concepto de riesgo creado, o sea, un régimen de responsabilidad objetiva. El determinar si una actividad se regirá por la responsabilidad subjetiva u objetiva dependerá de la evaluación que se haya sobre el progreso que ha alcanzado en términos de avances tecnológicos (Fernández, 2001, p. 19).

Según criterio del autor, este principio “solidarístico” de la responsabilidad civil en nuestro sistema legal implica que la función esencial de esta, desde un punto de vista diádico, sea la reparación del daño, es decir, la función satisfactoria. Sin perjuicio de ello, esta función siempre estaría subordinada a la función sistémica de incentivar o desincentivar actividades (2001, p. 22). Esta lógica no se comparte por un ordenamiento del *Common Law*, mucho menos por el norteamericano, toda vez que ellos privilegian el principio de eficiencia económica en la responsabilidad civil y eso los lleva a reconocer otras funciones como importantes: la función preventiva, la función compensatoria y la función punitiva (2001, p. 23). Es precisamente por esta última que existen figuras como los *punitive damages*, pero el autor considera que estos no son sino una distorsión que se genera por dos problemas específicos al *Common Law*.

Primero, al otorgar una indemnización que va por encima del perjuicio económico realmente sufrido por la víctima, se está alternando el principio de resarcimiento integral y esto genera un incentivo a que las personas quieran lucrar con sus daños, lo cual consecuentemente genera un incentivo para que las ocasiones de daño se repitan. Segundo, su sistema no discierne entre las visiones diádica y sistémica de la responsabilidad civil y eso implica que, naturalmente, se provoque el efecto no deseado de incentivar ocasiones de daño (2001, p. 27). Esto lo explica Fernández con su postura de que negar la función punitiva de la responsabilidad civil, en realidad no afecta en nada a la función de prevención.

En términos del autor, imaginemos a la víctima de un daño por un producto defectuoso que fue introducido al mercado en un caso donde se ha comprobado que el resto de consumidores están potencialmente expuestos a sufrir exactamente el mismo daño. “Nada obsta para considerar como ‘víctimas del daño’ al individuo que realmente lo ha sufrido (perspectiva diádica) conjuntamente con la sociedad toda (perspectiva sistémica)” (2001, p. 28). Esto significa que, si evaluamos la responsabilidad civil a través del binomio diádico y sistémico necesariamente por igual, no estamos frente a una sola víctima, sino que por

fuerza deberemos incluir a la sociedad en su conjunto como víctima del daño ocasionado por la introducción de ese producto defectuoso.

En ese sentido, en lugar de utilizar recursos como los *punitive damages*, bajo la lógica explicada, bien se podría aplicar indemnizaciones que serían de tal cuantía que, de todas formas, se cumpla con el efecto de prevención o *deterrence* porque, por un lado —diádico— se cumple con la función compensatoria y no se otorga más que lo indispensable para reparar el daño; y por otro lado —sistémico— se resarce a la víctima social del daño que sería la comunidad en conjunto. De esta manera se evita el incentivo perfecto de tener víctimas que pretenden lucrar con sus propios daños (2001, p. 28).

Haro Seijas era de la opinión, al menos en el 2002, de que en nuestro país no se ha desarrollado de manera apropiada un método para determinar las indemnizaciones contractuales. Lo cual implica que exista una reparación inadecuada de las víctimas afectadas por el incumplimiento, y resolver este problema debería ser una tarea de la Corte Suprema (2002, p. 83). El autor, aun en ese entonces, ya hablaba de reconocer que en algunos casos existía la necesidad de exonerar el cumplimiento cuando este fuera ineficiente desde un punto de vista social, es decir, reconocía la existencia de la teoría del incumplimiento eficiente. No obstante, Haro sostiene que una regla de tal naturaleza permitiría a los jueces actuar de forma sumamente arbitraria. Esto porque las cortes no cuentan (nunca lo han hecho) con los instrumentos adecuados para medir las valoraciones subjetivas de las partes y eso significa que realmente no están en la capacidad de diferenciar entre un contrato eficiente y uno ineficiente o, en palabras del propio autor, un contrato ganador y uno perdedor (2002, p. 93).

Además, el costo administrativo de investigar si las partes en realidad no están haciendo ver el contrato como más o menos eficiente según su propia conveniencia, es un costo que las cortes peruanas no se pueden permitir pues sería demasiado elevado. La idea, entonces, es que el Derecho Contractual prevea de las herramientas necesarias para inducir los cumplimientos eficientes e inducir los ineficientes. Según el autor, esto se lograría si las cortes ordenasen el cumplimiento de la prestación en los términos originalmente planteados por las partes (2002, p. 93). En otras palabras, Haro postula que las cortes deberían basarse en la indemnización de las expectativas —concepto originalmente del *Common Law*— para permitir una indemnización correcta en sede contractual, por lo menos.

El autor señala, basándose en el famoso y ya explicado caso de *Hawkins v. McGee*, que en sede extracontractual la mejor forma que tenemos de calcular una indemnización es contrastar el valor asignado al bien afectado con el menor valor que obtiene después del accidente; sin embargo, en sede contractual debemos verlo de otra forma pues es necesario considerar exactamente lo que las partes pactaron. Es decir, resulta menester colocar a la parte afectada en la misma posición en que estaría si el contrato si hubiera

cumplido y esto, según el autor, es lo que genera los incentivos para que el contrato se ejecute cuando sea eficiente hacerlo. Este planteamiento es lo que efectivamente se conoce en el mundo anglosajón como la indemnización de las expectativas y se podría decir que por esta parte del mundo lo conocemos como el interés positivo. Como quiera, se está haciendo referencia al beneficio que el acreedor esperaba recibir del contrato y eso es equivalente a la diferencia entre el precio y el valor que se le asignó a la prestación (Haro, 2002, p. 97).

Haro explica que cuando utilizamos este criterio para calcular las indemnizaciones, se generan incentivos adecuados para el deudor porque cumplirá cuando el costo de hacerlo sea inferior al beneficio esperado; mientras que incumplirá cuando el costo de la ejecución sea superior a dicho beneficio. En resumidas cuentas, cuando evaluamos los conceptos de daños emergente o lucro cesante bajo este razonamiento, nos obliga a calcular la indemnización no en abstracto; sino en función de lo que las partes específicamente pactaron, toda vez que debemos aproximarnos lo más posible a lo que el acreedor hubiera obtenido si el contrato se hubiera ejecutado (2002, p. 98).

Juan Espinoza Espinoza se ha pronunciado respecto a los “daños punitivos” específicamente señalados por el V Pleno Jurisdiccional. Al respecto, el autor reconoce estar a favor de incorporar una figura como la indemnización punitiva para el daño ambiental; sin perjuicio de ello, también sostiene que la incorporación del V Pleno no es suficiente para considerar los “daños punitivos”⁴¹ como una voz autónoma en las categorías de indemnización reconocidas por el legislador. Espinoza considera que los daños punitivos surgen de la aplicación de la tesis del incumplimiento eficiente y los considera una forma de pena privada (2017, p. 14). Sin embargo, entiende la opinión mayoritaria en la doctrina respecto a que son una figura inaplicable para el *Civil Law* porque su existencia afectaría uno de los principios más consagrados en este sistema jurídico y es que la víctima no debe enriquecerse a expensas del daño que ha sufrido, sino que debe obtener exactamente una reparación por el daño sufrido. En otras palabras, el autor sostiene que parte de la negativa es que se les considera contrarios a uno de los principios más relevantes de la responsabilidad civil: la *compensatio lucri cum danno*, esto es, evitar que el resarcimiento se convierta en lucro indebido y esto ha llevado a que la opinión dominante sea negar la pertinencia de una función punitiva en la responsabilidad civil (2017, p. 15).

De cualquier forma, Espinoza es partidario de asimilar una figura como los *punitive damages* en el ordenamiento peruano para casos específicos como el daño ambiental o daños producidos en el contexto

⁴¹ El autor les llama así para hacer referencia al lenguaje ya utilizado por los Plenos, pero reconoce el concepto y nombre original de *punitive damages*. De hecho, en su obra explícitamente conviene con que el término “daños punitivos” es incorrecto desde el punto de vista conceptual (2017, p. 16).

consumidor-empresa. En ese sentido, comparte algunos de los criterios que considera deberían tener en cuenta para permitir esta asimilación, por ejemplo, que el monto recibido no puede ir exclusivamente a la víctima, sino que la mayor parte del dinero debe ser recaudado por un fondo compensatorio para así poder ser distribuido a futuras víctimas o para tomar acciones preventivas de una situación como el daño ocurrido (2017, p. 16).

A propósito de la denominación incorrecta de “daños punitivos”, Espinoza considera que el nombre más apropiado para la traducción es “multa civil por actos desaprensivos” (2017, p. 16). Así, pues, nos propone dos criterios de aplicación que deberían analizarse para conceder esta multa a los causantes de un daño: desde el punto de vista objetivo, el daño debe ser grave, o sea de trascendencia social o repercusión institucional; y desde el punto de vista subjetivo, la conducta debe ser dolosamente antisocial (2017, p. 16). Ciertamente, a juicio propio, estos criterios pueden ser ulteriores, ya que al final del día, todas las víctimas consideran que sus daños fueron graves, parecería muy difícil encontrar a una víctima que opte por restar importancia al daño que ha sufrido. En todo caso, no necesariamente es adecuado priorizar un daño en base a criterios de trascendencia social porque termina siendo un criterio arbitrario —¿quién o quiénes determinan qué daño fue trascendente para la sociedad en conjunto? Parece ser que, dadas estas consideraciones, el autor adelanta que deberían determinarse criterios objetivos para este “tipo especial de dolo” (2017, p. 16).

Con lo cual, tenemos que, para Espinoza el elemento crucial para una óptima asimilación de la figura como voz propia es la existencia de un dolo particular, mismo que debería ser posteriormente definido de forma objetiva. Asimismo, respecto a cuestiones estrictamente de forma, el autor estaría de acuerdo con asimilar la estrategia de un sistema mixto como el de Quebec (Canadá) e incorporar los *punitive damages* a un ordenamiento del *Civil Law* exclusivamente a través de una ley y no un pleno jurisdiccional u otro tipo de jurisprudencia (2017, p. 17).

Ahora, respecto al debate de las funciones que la responsabilidad civil debería tener o no, Espinoza es defensor de que la responsabilidad civil tiene diversas funciones y estas no son excluyentes entre sí, sino que tienen que verse desde sus protagonistas: para la víctima será satisfactiva, para el agresor será sancionadora, para la sociedad podría ser disuasiva o incentivadora, y para todos en general será distributiva (2017, p. 19). No obstante, de acuerdo al autor, lo que específicamente ha sucedido en el V Pleno no es la incorporación o manifestación de alguna de estas funciones. Por el contrario, el autor considera que los magistrados simplemente han descrito un criterio de cuantificación de un daño que ya existe (daño moral) y esto lo deduce de la propia mención de los jueces al decir que aplican los daños punitivos en extensión del daño moral. Para Espinoza esto significa que, entonces, el daño moral es suficiente para afrontar los

casos de despidos incausados o fraudulentos y la descripción de “daños punitivos” simplemente es una forma para determinar el *quantum* del daño (2017, p. 21).

Chang Hernández señala tajantemente que la función de la responsabilidad civil en el Perú es la función reparadora. Por tanto, rechaza la incorporación de los “daños punitivos” en el ordenamiento y considera que, en todo caso, este es un concepto que podría estar dentro de una categoría de daño ya reconocida y fácilmente aceptada en nuestro sistema: el daño moral. Dicho de otra manera, el autor es partidario de utilizar los criterios que se crearon para los “daños punitivos”, como criterios de valoración del daño moral (2017, p. 29). Es decir, es como incorporar dentro de este tipo de daño un criterio punitivo para la hora de cuantificarlo. Es importante mencionar que es precisamente esta la premisa que hemos evidenciado en los Plenos Jurisdiccionales, eso explica la razón de por qué los Plenos consideran a los “daños punitivos” como una extensión del daño moral.

Además, Chang no admite como razón válida aludir a la ineficiencia en la reparación, pues opina que el problema de las indemnizaciones en Perú en realidad está relacionado con problemas intrínsecos, como el mal manejo de instituciones del Derecho Civil que tienen los jueces peruanos (2017, p. 29). En esencia, Chang considera que no es labor del Derecho Civil sancionar conductas, y esto porque, según su criterio, no es práctico ni conveniente que nuestro sistema legal pretenda asumir esta labor cuando no existen los recursos económicos suficientes como para pagar esta clase de indemnizaciones. En otras palabras, el autor considera que, si hoy por hoy ya es difícil para el juez peruano determinar la indemnización con los criterios y conceptos conocidos, no podríamos esperar mucho —o por lo menos mejores resultados— de la incorporación de un criterio nuevo que, además, tampoco es tan sencillo de comprender. Por ende, en el estado actual de nuestro ordenamiento, el Derecho Civil no debería asumir la labor de prevenir o sancionar daños, pues esta es una tarea que debería dejarse al Derecho Administrativo (2017, p. 31).

Bardales Sigvas se presenta totalmente en contra de la figura introducida por el V Pleno Jurisdiccional pues, a su criterio, se ha realizado un intento fallido de trasplante legal. Es importante iniciar mencionando que, para este autor, las remuneraciones devengadas sí tienen carácter de lucro cesante (2017, p. 35)⁴². Dentro de la explicación que brinda sobre su entendimiento de los *punitive damages*, sostiene que

⁴² Bardales considera que las remuneraciones devengadas son una forma de lucro cesante porque son una cantidad de dinero que no se recibe a causa del despido. En ese sentido, él considera que el Derecho Laboral ha extrapolado este extremo del lucro cesante para darle un tratamiento especial y diferenciado en casos de despido, de tal forma que se tiene un pago automático cuando se determine la nulidad del despido, evitando tener que ir a un juicio de responsabilidad como tal.

estos no son “daños”⁴³ realmente, ya que se sobreentiende que la víctima fue totalmente compensada a través de los *compensatory damages*. Por lo tanto, serían una suerte de suma adicional que es necesaria para reparar los daños producidos (2017, p. 41).

Para Bardales es imposible crear una voz autónoma de daños punitivos en el Perú porque sería una contravención al principio de reparación integral del daño, el cual actúa como un límite para el monto por el que el causante debe responder. En ese caso, conceder “daños punitivos” implicaría sobrepasar el límite que establece dicho principio (2017, p. 44). Así, el autor explica que esto no sería un problema en el ordenamiento de origen porque en el *Common Law* no existe un principio de esta naturaleza, lo cual implica que no haya ningún problema con que una víctima se enriquezca a expensas de la indemnización que recibe: “(...) la función de punición surge cuando la reparación integral no puede generar el desincentivo necesario en la esfera del dañante” (2017, p. 45). En otras palabras, Bardales considera que, en el Derecho norteamericano, no es necesario volver a la víctima al estado anterior en el que estaba por lo que incluso es posible enriquecerlo y eso simplemente no se concede en nuestro sistema legal (2017, p. 45).

Un segundo punto que encuentra el autor para oponerse es la limitación al *quantum* de los “daños punitivos”. Básicamente, se explica que este límite otorgado por los magistrados no es coherente con la lógica de la institución original pues, en el *Common Law*, los *punitive damages* y su cuantía tendrían un amplio margen de discrecionalidad para ser otorgados por parte de los jueces y los jurados. El mayor problema de este límite es que se está colocando una regla general para una institución que, por su propia naturaleza, debe aplicarse evaluando específicamente cada caso particular (2017, p. 46).

Como tercera consideración, el autor sostiene que hay problemas inherentes al método que escogieron los magistrados para establecer los “daños punitivos”. En principio, al tener un límite muy preciso (aportes debidos al sistema pensionario), se está revelando a priori al potencial causante del daño lo que tendría que pagar para cometer la conducta indebida; luego, se está vinculando el criterio de cuantificación con un factor propio de la esfera de la víctima (cuánto gana); y, por último, esto significa que se está personalizando el castigo, lo cual termina ocasionando que haya tratos diferenciados dependiendo de cuánto gana la trabajadora, y por ende cuánto aporta a su sistema de pensión (2017, p. 49). En síntesis, Bardales considera que el V Pleno se acerca más a la lógica de una indemnización por despido arbitrario, ya que el monto es tasado de acuerdo al salario de la víctima; mientras que los *punitive damages* delimitan su cuantía basándose en el monto otorgado por *compensatory damages* (2017, p. 49).

⁴³ Está haciendo alusión al término *damages*.

Asimismo, el autor se pronunció respecto a la imposición de oficio que se realiza de los “daños punitivos” señalando que esto no es coherente con la figura original porque los *punitive damages* son discrecionales, no impuestos; e, incluso si obviásemos la comparación, no tiene sentido que un pleno jurisdiccional pretenda establecer una obligación legal pues no es un pronunciamiento vinculante (2017, p. 49). Sin perjuicio de todas estas objeciones a cuestiones que el autor considera como errores de forma a la hora de realizar el “trasplante legal”⁴⁴, Bardales tampoco ha obviado el debate de fondo, o sea, si es que existe una función punitiva en el sistema de responsabilidad peruano.

Al respecto, Bardales reconoce que la función punitiva de la responsabilidad civil parece haber sido aceptada por la doctrina jurídica y también por los jueces peruanos, de tal forma que dejan expresa la necesidad de ir más allá del principio de reparación integral para poder tomar en cuenta el comportamiento del causante del daño (2017, p. 51). En virtud de esta premisa, Bardales considera que sí hubo un intento de trasplante legal, solo que fue uno fallido puesto que “(...) nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con la flexibilidad de los principios del *common law* respecto al enriquecimiento de la víctima para generar la disuasión necesaria del dañante” (2017, p. 54). En todo caso, el autor considera que —aunque no sea posible generar esta nueva voz del daño— sí se puede utilizar como criterio de cuantificación para otorgar la indemnización y esto determina que no sea necesario incorporar una figura extranjera a nuestro sistema (2017, p. 54).

Tantaleán Odar, quien también analiza los “daños punitivos” a través del V Pleno Jurisdiccional y los considera una pena privada, señala que la responsabilidad civil debe verse exclusivamente desde la perspectiva de la víctima y sin interesar quién es el agresor (2017, p. 60). En ese sentido, puede reconocer que exista más de una función de parte de la responsabilidad civil, pero estipula que la más importante de todas es la satisfactiva y, si con la indemnización que recibe la víctima esto no se consigue, entonces no es muy relevante atender el resto de funciones. Tomando en cuenta este orden de prelación según el criterio del autor, concluye que esta lógica solo puede explicar que el resarcimiento no piense en castigar al causante, sino en resarcir a su víctima (2017, p. 61). En todo caso, agrega, al momento de determinar la indemnización se debe priorizar la satisfacción de la víctima y, luego, se debería evaluar el dolo o la culpa para ponderar si el monto otorgado podría incrementarse de modo sancionador: esta es la redistribución que cumple con la función disuasiva (2017, p. 62).

Un punto muy interesante mencionado por el autor —y que no se suele presentar— es que se manifiesta respecto a la excepcionalidad de la figura original en sede contractual. Tantaleán sostiene que, aunque los *punitive damages* no se utilicen en sede contractual salvo que la conducta “(...) vaya

⁴⁴ Se profundizará sobre este concepto en el capítulo IV.

evidentemente más allá de lo pactado y sea acompañada por algún otro agravio” (2017, p. 66), el caso tratado por el V Pleno es evidentemente una de las excepciones previstas por el ordenamiento norteamericano, puesto que “(...) la materia laboral gira siempre bajo las directrices de un contrato” (2017, p. 66). Es decir, el autor considera que estas materias laborales en específico podrían equipararse a los daños adicionales o *independent torts* que se señalan como excepciones en Estados Unidos. Por último, Tantaleán no critica en exceso la previsión de los magistrados respecto a otorgar de oficio los “daños punitivos”. El autor indica que, además de ser una postura previsible, es entendible también pues sería una consecuencia natural de la naturaleza tuitiva del Derecho Laboral (2017, p. 67).

Geldres Campos rechaza la admisión de los *punitive damages* en Perú, también considera los “daños punitivos” como una pena privada y es un tajante crítico de la incorporación de una figura como esta sin contar con una base jurídica previa que los justifique (2017, p. 72). En todo caso, el autor plantea como alternativa utilizar figuras ya existentes en nuestro ordenamiento para los casos en los que el causante del daño haya obtenido beneficios económicos a costa del daño causado, esta solución sería la del enriquecimiento sin causa. En pocas palabras, Geldres sí considera que debería proveerse un remedio para aquellos incumplimientos ineficientes en donde el causante se enriquece a costa de la víctima, pero ese monto debería darse a título de enriquecimiento sin causa.

Olavarría Parra y Braul Anaya consideran que los “daños punitivos” son una suerte de sanción civil que busca castigar y remediar el enriquecimiento injusto del dañante. Es decir, según las autoras, el único escenario que justifica otorgar “daños punitivos” es aquel en donde el causante del daño generar un enriquecimiento que identificamos como injusto, esta es la situación en donde podría concederse la figura. Ahora bien, si esto es así, las autoras critican que el V Pleno Jurisdiccional introduzca los “daños punitivos” en función de los montos dejados de aportar al sistema de pensiones pues, como explican, la obligación de aportar al fondo de pensiones no es una obligación del empleador, sino de la trabajadora. El empleador actúa como retenedor del monto y, dado que la trabajadora ha dejado de trabajar a causa del despido, ya no tiene la obligación de aportar a su fondo de pensiones. Por lo tanto, bajo esta lógica no explican cómo es que el empleador podría estar enriqueciéndose injustamente si el dinero siempre es de la trabajadora (2017, p. 218).

Por otro lado, incluso concediendo la hipótesis de que los “daños punitivos” se impongan independientemente de si hubo enriquecimiento o no —lo cual reconocen como la postura mayoritaria de la doctrina— las autoras señalan que esto generaría una vulneración al principio que prohíbe la doble sanción. Esto, pues, la ley laboral ya contemplaría sanciones e incluso multas para quienes incurren en estos supuestos de despido, por lo que no comprenden la razonabilidad de aplicar una sanción pecuniaria

adicional (2017, p. 218). Por último, vale la pena mencionar que las autoras son partidarias de reconocer a la responsabilidad civil la función principal reparadora y, en general para el ordenamiento, el objetivo de la reparación integral de la víctima (2017, p. 219).

Campos García, uno de los autores que más ha tratado el tema de los Plenos Jurisdiccionales Laborales y la introducción de los “daños punitivos” al ordenamiento peruano, considera que el tema no es más que una alusión que se reduce a un simple recurso retórico, es decir, que nuestro sistema nunca ha reconocido realmente la procedencia de los *punitive damages* peruanos. No podría ser de otra manera, claro, ya que el autor sostiene que el trabajo de los magistrados es una intromisión al principio de separación de poderes, en donde ilegítimamente pretendieron imponer multas civiles pecuniarias (llamadas “daños punitivos”) a casos de responsabilidad civil derivados de relaciones laborales.

La teoría del autor es que la regulación de los “daños punitivos” fue originada por un mal manejo de conceptos de responsabilidad civil por parte de la Corte Suprema. Primero, respecto al V Pleno Jurisdiccional, sostiene que todo se puede reducir a la equivocación que realizan los jueces al identificar el lucro cesante con las remuneraciones devengadas. Esto, pues, debido a ese error es que se crearía la aparente necesidad de incorporar los “daños punitivos” a nuestro sistema. Campos⁴⁵ indica que el lucro cesante no es la ganancia dejada de percibir, sino la utilidad que normalmente uno recibiría, pero que no percibirá como consecuencia del daño. Por lo tanto, es el resultado de liquidar el ingreso esperado con los costos fijos o, dicho de otra forma, se trata del margen de ganancia que uno hubiese gozado. En ese sentido, Campos explica que las razones del V Pleno para hacer caso omiso a esta clara diferencia, en realidad, tampoco tienen mucho asidero jurídico.

El autor señala que, en principio, la razón por la que en casos de despido nulo se pagan las remuneraciones devengadas a título contraprestativo es porque es una consecuencia lógica de todo acto ineficaz: los actos ineficaces generan un efecto retroactivo donde es inherente reintegrar la situación al estado como se encontraban las cosas antes de cometido dicho acto. Con lo cual, cuando se pagan las remuneraciones devengadas ante un despido nulo, se hace porque es lógico considerar como que la relación laboral nunca terminó realmente. Campos considera que esta lógica reintegrativa también debió ser aplicada para los despidos incausados o fraudulentos porque también son actos ineficaces (2018, p. 86). Por otro lado, Campos refuta el facilismo con el que los magistrados asimilaron el lucro cesante con las remuneraciones devengadas porque, aunque efectivamente sea más sencillo calcular el lucro cesante bajo este concepto, se están obviando las reglas básicas de prevención en la relación causante-víctima. Para el

⁴⁵ Las ideas que explicaremos a continuación forman parte de la justificación ya presentada en la sección 3.1 de este trabajo.

autor esta asimilación implica un problema de causalidad material, pues se está asumiendo que el ingreso necesariamente habría ingresado al patrimonio de la trabajadora; y un problema de causalidad jurídica, ya que la cuantía del daño resarcible debería estar limitada por la *compensatio lucri cum danno*⁴⁶ (2018, p. 88). Es decir, la víctima se enriquecería injustamente al recibir todo el ingreso como concepto de lucro cesante, sin antes haber restado los gastos necesarios que habría tenido que realizar para lograr el ingreso en principio.

Entonces, sostiene Campos, este fue el error que ocasionó que la Corte Suprema se de cuenta de un problema y es que, si las remuneraciones devengadas tienen carácter indemnizatorio, no se puede descontar de dichos montos los aportes al sistema de pensiones de la trabajadora. Claramente no podían pasar por alto el absurdo de que solo en el despido nulo se permita gozar a la víctima de las remuneraciones devengadas y de los beneficios de aportar a su sistema de pensiones. Por tanto, así es como nacen los “daños punitivos”, con el trasfondo de tratar de guardar coherente con la premisa de que las remuneraciones devengadas tienen naturaleza indemnizatoria (2018, p. 91). Al respecto, Campos presenta la tesis de que la Corte Suprema pudo haber recurrido a un supuesto ya existente en nuestro ordenamiento para evitar todo este embrollo y se trata de la tesis de la mora del acreedor.

De acuerdo al autor, cuando el empleador se niega a aceptar que la trabajadora ejerza sus funciones, estamos frente a un rechazo que podría considerarse como ilegítimo y eso gatilla los efectos de la institución de la mora del acreedor. Con lo cual, una de las consecuencias previstas por el ordenamiento civil peruano es que se traslade el riesgo de la imposibilidad de la prestación no imputable al deudor, al acreedor. Es decir, el empleador asumiría el riesgo de la imposibilidad de la prestación (la prestación laboral que se habría ejecutado durante el tiempo que se dio el despido antes de la reposición) y ese riesgo es que tenga que asumir el pago de la contraprestación, o sea, de las remuneraciones devengadas (2018, p. 93). Campos presenta esta solución como una alternativa a los “daños punitivos” para poder atender los problemas que aquejaban a la Corte Suprema en el V Pleno Jurisdiccional y, como tal, su conclusión es que, si los magistrados pudieron haber llegado a la misma solución, entonces el recurrir a los “daños punitivos” (a los *punitive damages*) no fue más que un recurso retórico de su parte.

Como consecuencia de lo explicado, Campos considera que la incorporación de los “daños punitivos” es, en general, ilegítima para nuestro ordenamiento. En principio, el autor sostiene la idea de que no se está creando una nueva voz o tipo de daño, sino que simplemente hace referencia al pago de una suma de dinero con funciones sancionatorias punitivas. Es decir, no es un nuevo tipo de daño, sino simplemente

⁴⁶ Compensación de beneficios. Esto significa que se debe evitar que las personas conserven incrementos patrimoniales como consecuencia de los daños que sufren.

una suma de dinero que tendría finalidades punitivas. Como tal, el autor señala que no es claro si la Corte Suprema considera a los “daños punitivos” como consecuencia de la responsabilidad civil o como consecuencia autónoma de la tutela resarcitoria. Al respecto, y según su criterio, los magistrados no consideran los “daños punitivos” como parte de la responsabilidad civil porque es una categoría que se paga por fuera de la indemnización compensatoria; lo que justifica su imposición no es la comisión del daño como tal, sino las características particulares del acto generador; y el monto otorgado no depende de la dimensión del daño en tanto es un costo privado (2018, p. 98). Para Campos todo esto se refleja en el hecho de que, en ambos Plenos Jurisdiccionales, el “daño punitivo” es asimilado a la pena privada, lo cual le hace concluir que no se le está dando una función punitiva a la responsabilidad civil, sino que solo se está fijando un tipo de sanción por fuera de la misma.

Ahora bien, esa es la lógica que para Campos explica por qué la incorporación es ilegítima: si estamos hablando de un mecanismo sancionador autónomo, la Corte Suprema no tiene competencia para desplegar una función legislativa (le corresponde la función jurisdiccional); además, una sanción punitiva requiere ser previamente determinada por una ley para ser válida (esto es el principio de legalidad). Esto no quiere decir que para el autor el Derecho Civil no tenga una función punitiva, sino que simplemente cuestiona la forma en cómo la Corte pretendió incorporar una sanción punitiva (2018, p. 101). De hecho, Campos va más allá de cuestionar la forma y entra también a discutir el fondo del asunto, es decir, si la justificación de los Plenos fue adecuada para los “daños punitivos”.

Ambos Plenos sostuvieron que, aunque los “daños punitivos” no se encuentran regulados en nuestro país, su aplicación es extensiva de la figura del daño moral. Al respecto, Campos sostiene dos premisas importantes: primero, los Plenos se equivocan al sugerir que el daño moral tiene una única función punitiva y, por ende, no podemos utilizar un entendimiento monofuncional del daño moral para justificar los llamados “daños punitivos”. El autor explica que, desde una perspectiva legislativa, la indemnización por daño moral (en casos de responsabilidad extracontractual) no siempre es punitiva; al contrario, suele ejemplificar una función de mitigación del daño. Así, cuando la indemnización es específica y se ordena una rectificación, o cuando la indemnización es equivalente y los criterios para cuantificarla en el Código Civil⁴⁷ están más orientados a la magnitud del daño antes que a la conducta del causante, se está demostrando que la función punitiva no es tan palpable como algunos suelen decir.

Sin perjuicio de ello, añade el autor, desde una perspectiva jurisprudencial, parece ser todo lo contrario ya que los jueces sí recurren a criterios como la conducta del causante para cuantificar la indemnización por daño moral. Con lo cual, Campos llega a la conclusión de que la indemnización del daño

⁴⁷ Ver artículo 1984 del Código Civil peruano.

moral no tiene una única función, sino que está en un espectro donde algunas veces, y dependiendo del formante desde donde se le observe, podrá tener una función más mitigadora y otras veces más punitiva (2018, p.108). En todo caso, el autor sostiene:

(...) considero que una lectura que compatibilice el formante legislativo con el formante jurisprudencial pasa por reconocer que la indemnización del daño moral tiene, como regla general, una función mitigadora del daño, de conformidad a lo establecido en c.c.; y solo, excepcionalmente, establecer que puede tener una función punitiva, atendiendo a las circunstancias de cada caso (2018, p. 108).

Segundo, es cierto que la responsabilidad civil puede desplegar una función punitiva, ello implica que el criterio de la reparación integral de la víctima no es absoluto, o sea, en algunos casos la responsabilidad civil no puede y no debe atender al resarcimiento de todos los daños sufridos. Es decir, el daño moral no puede pretender resarcir íntegramente todos los daños porque siempre caerá o en un escenario de subcompensación (ante su función mitigadora), o en un escenario de sobrecompensación (ante su función punitiva). Aunque esto es cierto, añade Campos, no podemos usarlo como justificativo para impedir un eventual reconocimiento de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano, siempre que se utilicen las vías adecuadas y se cuente con el diseño normativo correcto (2018, p. 111). Sobre este punto, el autor realiza una precisión relevante y es que, según todo su planteamiento, aunque considere factible realizar una importación de la institución anglosajona, sería necesario precisar si es que esto se haría como una figura dentro de la responsabilidad civil a modo de reafirmar su función punitiva, o si es que se haría con el reconocimiento de una pena privada ajena a la responsabilidad civil.

El autor también ha presentado una elaboración respecto a las deficiencias del diseño de los “daños punitivos” según los planteamientos de ambos Plenos Jurisdiccionales. En ese sentido, Campos considera que el principal problema no es que una indemnización punitiva tenga límites máximos porque de hecho hay posturas que abogan porque los *punitive damages* los tengan; sino que el verdadero problema recae en cómo han establecido este límite los Plenos. Para el V Pleno sostiene que tiene como defectos principales tres: primero, la forma de determinar su cuantía lo acerca más a un sistema de precios antes que a uno de sanciones; segundo, el criterio de cuantificación está basado en la víctima y no en el victimario como debería ser para una institución punitiva; y tercero, se basa en un criterio discriminatorio porque el monto de la sanción realmente no dependerá de la gravedad de la conducta, sino de la remuneración de la trabajadora (2018, p. 119).

Por otro lado, respecto del VI Pleno el autor sí considera que el límite planteado —monto máximo de la indemnización de daños y perjuicios— permite que cumplan un rol disuasorio como debería ser. No

obstante, Campos identifica correctamente como un problema el que haya posiciones jurisprudenciales que identifiquen la responsabilidad por accidentes laborales como un sistema de responsabilidad objetiva absoluta. Esto, pues, los niveles de previsión de las potenciales víctimas se relajan al saber que de todas formas serán compensadas y esto solo empeora si saben que, además de la indemnización compensatoria, recibirán el concepto de daños punitivos (2018, p. 120).

Ahora bien, Campos también toca el tema del destino que deben enfrentar los montos recaudados por los “daños punitivos”, y es que para él es otro error de diseño considerar que esta suma siempre tiene que ir por fuerza dirigida a los bolsillos de la víctima. Al contrario, el autor considera que esto depende de la perspectiva que asuma la institución de *punitive damages* pues, originalmente, se le ha concebido como una institución que puede cumplir diversos objetivos. Incluso señala que esta perspectiva ya había sido identificada por nuestra doctrina al proponer, como alternativa a los *punitive damages*, que las indemnizaciones compensatorias se otorguen a la víctima diádica (quien sufre el costo privado) y que cualquier indemnización adicional, como la punitiva, vaya a los fondos de la víctima sistémica (quien sufre el costo social). Esto con el propósito de evitar que surja un incentivo perverso por parte de las potenciales víctimas al saber que el destino de los daños punitivos iría a sus bolsillos.

En ese sentido, el autor proclama que los Plenos Jurisdiccionales dieron por sentado que esto siempre tendría que ser así, sin antes reflexionar sobre cómo se podría evitar el riesgo del incentivo perverso. En todo caso, parecería no ser un problema en el V Pleno, ya que el hecho de ser despedida de manera incausada o fraudulenta es un evento del que realmente la trabajadora no tiene control. Sin embargo, ese no es el caso del VI Pleno, puesto que la trabajadora sí podría tener injerencia y de hecho el interés perverso de provocar las situaciones que den origen a los daños punitivos. Por lo tanto, Campos considera un error el que se haya asumido que la incorporación de los “daños punitivos” vaya de la mano con su inexorable destino a los fondos privados y personales de las víctimas (2018, p. 124).

Finalmente, Campos denuncia el manifiesto error de los Plenos Jurisdiccionales al identificar los “daños punitivos” con una naturaleza accesorio. Esto porque los *punitive damages* tienen un carácter excepcional, no accesorio, eso quiere decir que no se aplican siempre a todos los casos en donde una indemnización compensatoria sea determinada. En otras palabras, no son un derecho que procede por la misma procedencia de la indemnización compensatoria, sino que originalmente es una institución que se otorga según la discrecionalidad de jueces y/o jurados de acuerdo al acto generador del daño. En todo caso, sostiene Campos, los “daños punitivos” podrían ser condicionales, pues dependen de la comisión del daño, nunca podrían ser accesorios, porque, aunque la realización de un daño es necesario, esto no es suficiente o no debería serlo. Evidentemente, aunque parezca un problema pequeño, estamos frente a un error de

diseño fundamental que ha ocasionado que los daños puedan ser otorgados incluso sin que la víctima lo pida (2018, p. 125).

García Long no cuestiona la función punitiva de la responsabilidad civil en el Civil Law⁴⁸; al contrario, considera que seguir discutiendo esta materia es un debate desfazado y obsoleto. Lo que sucede es que nunca ha tenido tanto protagonismo para nosotros como sí lo ha tenido para el *Common Law*. Esto fue lo que justificó, en un inicio, que los europeos (y en general los países del sistema romano germánico) le tengan fobia a una institución como los *punitive damages* (2018, p. 162). Eventualmente los europeos notaron que nuestro propio sistema tiene instituciones que no pueden ser explicadas desde la compensación; sino que son inminentemente punitivas, fue así como terminaron por perderle el miedo a la importación de los *punitive damages* y se desembocó en el reconocimiento de la figura por parte de diversos ordenamientos europeos, como los conocidos casos de Francia o Italia.

En ese sentido, García considera correcta la intuición de los Plenos Jurisdiccionales por señalar a los “daños punitivos” como una pena privada y que los daños morales son un ejemplo de la función punitiva de la responsabilidad civil en el Derecho peruano (2019, p. 371). El problema no es este acertado reconocimiento, sino que los *punitive damages* —originales entiéndase— son de naturaleza accesoria, por lo que solo pueden ser impuestos si se condena simultáneamente el pago de una indemnización compensatoria. Sin embargo, los magistrados peruanos determinaron que los “daños punitivos” se aplican por extensión de los daños morales y que, al mismo tiempo, tienen naturaleza accesoria. Esto es, pues, una contradicción inminente y, como explica el autor, un problema porque, si los daños morales son autónomos, entonces por extensión los daños punitivos también deberían serlo. “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” (2018, p. 373).

Ahora, García sostiene que, si bien es cierto que los “daños punitivos” nacieron muertos porque los jueces cometieron errores fundamentales a la hora de introducir la figura, ello no le resta importancia a reconocer que son un antecedente histórico importantísimo que demuestra precisamente la pérdida de la fobia civilista hacia instituciones anglosajonas por parte de nuestro país (2018, p. 163). El autor organiza y explica los cuatro principales errores de ambos Plenos Jurisdiccionales: primero, no se definió correcta ni explícitamente cuáles serían los supuestos que justifican el otorgamiento de “daños punitivos” y cuáles no.

⁴⁸ El autor dedica una obra muy completa a atender específicamente esta cuestión y, de forma muy interesante, resalta que el artículo 1321 del Código Civil peruano es una manifestación pura de la función punitiva, pues en este artículo se determina que la extensión del resarcimiento está supeditada a la gravedad de la culpa y esto es algo que no existe en otros sistemas legales (García, 2019, p. 374). En nuestro sistema, al contrario, el nivel de culpa del causante del daño, sí condiciona la extensión de los daños por los que podrá responder (previsibles e imprevisibles) y esto es considerado como una intención punitiva de parte del legislador (2019, p. 374).

Es decir, se sabe que la figura original se justifica para casos de particular reproche, pero la mejor traducción a todos estos términos del *Common Law* es el concepto de dolo. Sin embargo, no se trataría de cualquier dolo, sino de uno agravado y esto es lo que no se definió correctamente. Además, no se trata solo de que la conducta es en sí misma muy mala e intencional, sino que representa un menosprecio por la sociedad en su conjunto. El estándar es lo que no se ha definido y es imperativo que se haga para evitar que una institución como los “daños punitivos” puedan generar más daños en lugar de subsanarlos (2018, p. 164).

Segundo, los “daños punitivos” no debieron ser establecidos de oficio porque el causante del daño no puede defenderse de la sanción y esto fácilmente ocasiona que sean revocados por inconstitucionales. Dicho de otra manera, García considera que la imposición de una figura como esta no podría regirse exclusivamente por los criterios del Derecho Civil, es decir, dado que estamos frente a una sanción privada con un rol público, no es posible negar la aplicación de estándares del Derecho Penal (2019, p. 378). El autor hace referencia a dos principios base del Derecho Penal: no hay pena sin ley y no hay crimen sin ley. Esto significa que la conducta punible debe haber sido previamente identificada y tipificada por una ley, lo cual claramente no es el caso de los daños punitivos que fueron creados por Plenos Jurisdiccionales.

Tercero, el límite establecido en los Plenos es demasiado bajo como para permitir que los “daños punitivos” realmente cumplan alguno de sus objetivos. Aunque el límite considerado por el VI Pleno pueda ser más aceptable, pues acoge el criterio de ratio 1:1 utilizado en Francia y Alemania (2019, p. 376), García recomienda que tenga excepciones, como cuando el beneficio ilícito que se obtiene es mayor a la suma de daños compensatorios (2018, p. 164). Al respecto, el autor explica que el problema, entonces, no es que la figura tenga límites, de hecho, puede y debería tenerlos; sino que el límite haya sido mal delimitado. García, como ya se explicó, considera que los daños punitivos no son ajenos a nuestro ordenamiento porque el Civil Law cuenta, en general, con instituciones de carácter punitivo⁴⁹. Precisamente por ello, el autor considera que la opción de los jueces de limitar la cuantía de los “daños punitivos” no significa una desnaturalización de los *punitive damages* (2019, p. 375), toda vez que el error no es colocar un límite, sino hacerlo mal.

Finalmente, el autor critica que se ignore una diferencia sustancial y es que, contrario a lo que sucede en el *Common Law*, en nuestro sistema los jueces no pueden simplemente crear sanciones, sino que estas deberían ser reconocidas previamente por la ley expresa y escrita (2018, p. 164). Un punto interesante

⁴⁹ Al igual que el caso del artículo 1321 y la indemnización de daños imprevisibles, García utiliza el artículo 1983 del Código Civil como ejemplo y es que, en casos de responsabilidad extracontractual, cuando los causantes del daño son más de una persona, la víctima puede demandar a cualquiera de ellos y, después, el causante que pagó podrá repetir cuando los demás. En esa línea, el juez deberá determinar cuánto debe asumir cada uno de los causantes en función de la gravedad de su conducta: “en otras palabras pagará más quien haya sido más malvado” (García, 2019, p. 375). Esto es claramente una de las manifestaciones más similares a la institución de *punitive damages* en nuestro propio Código Civil.

reconocido por García es que el sistema norteamericano no es ajeno al concepto de enriquecimiento sin causa y, con la finalidad de evitar este problema, se ha creado la figura de “*Split recovery schemes*”, en donde se distribuye el monto concedido por *punitive damages* de manera tal que existen menos mecanismos para permitir la subsistencia de un incentivo perverso, por ejemplo, solo un 25% de la suma va a la víctima y el resto va a fondos públicos de compensación o similares. Esto es lo que el autor considera como una buena idea para permitir una incorporación exitosa de la figura en nuestro ordenamiento (2018, p. 164). Bajo esta lógica, García refuerza su postura a favor de la figura de los *punitive damages* en el Perú, dado que los considera como una solución adecuada para los comportamientos indeseables que el Derecho no ha logrado disuadir aún y, como tal, considera que los civilistas deben aprovechar el primer paso dado por los laboristas peruanos (2019, p. 377).

Andrés Varizat, jurista argentino, explica respecto a los *punitive damages* en las relaciones de consumo en su país natal, que estos deberían ser entendidos realmente como multas civiles, ya que este es el nombre bajo el cual fueron recepcionados en la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario. No es atingente a esta investigación desarrollar la recepción argentina de la figura; sin embargo, resulta interesante recoger las opiniones del autor respecto a por qué pareciera que estas multas terminan no siendo aplicadas o siendo aplicadas en sumas muy ínfimas como para causar algún efecto real. En otras palabras, el autor se expresa respecto al rechazo que los *punitive damages* argentinos parecen tener en su ordenamiento y, al respecto, señala que el principal impedimento resulta ser la arraigada tradición de concebir a la responsabilidad civil como exclusivamente resarcitoria y no reconocerle ninguna función adicional como sancionatoria (2019, p. 122).

Varizat profundiza y nos permite entender que esto surge de la idea de que los “daños punitivos”⁵⁰ suponen un caso de enriquecimiento sin causa⁵¹. No obstante, y esta es la idea principal que se rescata del autor, al menos en Argentina este argumento no tiene mucho peso en la comparativa: desde el punto de vista de un consumidor que pretende realizar un reclamo⁵², sin duda alguna tendrá que iniciar un proceso que implica un gran costo de tiempo y dinero para demostrar fehacientemente la actuación de un hecho como el que la multa civil pretende castigar, o sea, completamente reprochable, antisocial y vejatorio. En otras palabras, la persona afectada debe iniciar un juicio donde tenga los recursos suficientes para probar que un acto de tal magnitud ha ocurrido y si logra hacer esto, no puede ignorarse que necesita de un incentivo que le permita llevar a cabo esta clase de reclamos. Al ser procesos con una etapa probatoria tan compleja, resulta necesario reconocer que, en la vida real, estas personas se vuelven “auxiliares de la

⁵⁰ El autor también comparte esta denominación.

⁵¹ Misma institución que existe en Perú.

⁵² Pues este es el supuesto para el que están habilitados en el ordenamiento argentino.

justicia” y, como tal, merecen un porcentaje de la sanción pecuniaria como premio por colaborar en la disuasión de las conductas que el legislador tanto quiere desalentar (2019, p. 122).

El Dr. Moisés, otro jurista académico argentino, se pronuncia respecto al argumento del enriquecimiento sin causa, lo cual encontramos particularmente interesante de introducir como idea en este trabajo. Moisés no se opone a esta conocida refutación de los sistemas civiles en contra de los *punitive damages*, pues reconoce que es cierto. Sin perjuicio de ello, postula la importancia de que la multa civil — en términos argentinos— siempre sea destinada al interés público, dado que esta será la única salida para no invocar un supuesto de enriquecimiento sin causa (2008, p. 277).

Alcántara Francia nos permite aproximarnos al entendimiento de la pena privada en el Derecho francés como referencia al acercamiento del ordenamiento con los *punitive damages*. Esto resulta interesante dado el popular entendimiento de que los “daños punitivos” peruanos deberían asimilarse a una pena privada como originalmente fue concebida por el Derecho romano-germánico. La autora comenta que los jóvenes juristas franceses han iniciado una tendencia por demostrar que el principio de “reparación integral”, en realidad, no puede reparar íntegramente el daño sufrido porque no toma en cuenta otra realidad que no sea el daño en sí mismo, es decir, ignora y deja de lado la gravedad de la conducta del causante y porque no garantiza que este dejará de actuar de la misma forma, incluso ignora que para muchos causantes podría ser más rentable seguir causando el daño y pagar la indemnización (2019, p. 103). Este es el contexto que parece haber motivado a la más moderna academia jurídica francesa a desarrollar alternativas que permitan complementar la indemnización, uno de esos casos es el establecimiento de penas privadas que sancionen al causante del daño.

Un punto importante en el desarrollo de su obra es que la pena privada se distingue del concepto de reparación, y para ello es posible basarse en ciertos criterios elaborados anteriormente por la pionera en el estudio de la pena privada: Huguene. Según el criterio objetivo, si el monto recibido como indemnización difiere del perjuicio sufrido, no puede ser calificado como reparación. Luego, según el criterio subjetivo, la culpa es el elemento característico de la pena privada. Finalmente, según el criterio teleológico, la reparación se centra en la situación de la víctima, mientras que la pena privada se concentra en el causante del daño (como se citó en Alcántara, 2019, p. 104). Para esta autora la pena privada es una mezcla de sanción y de reparación, pero esta es una idea que Alcántara y la mayoría de la doctrina francesa moderna, rechaza. Es decir, para Alcántara hay una diferenciación importante entre ambos conceptos.

Al respecto, señala que no porque el monto recibido y la magnitud del perjuicio sea diferente debemos rechazar que sea una reparación, en todo caso, no es una reparación integral. Sigue siendo una medida reparadora, aunque sea de forma parcial, por lo que esa diferencia no debe necesariamente llevarnos

a pensar que estamos frente a una pena privada (2019, p. 104). Asimismo, sostiene que, si se utiliza la culpa como criterio para fijar la indemnización, eso no la vuelve automáticamente en una pena privada porque en ese caso el importe se estaría fijando en función de la magnitud del perjuicio y no de la gravedad de la culpa del causante. Por último, considera que el criterio teleológico es el más importante para definir una pena privada, pues la reparación tiene carácter compensatorio y la pena carácter represivo, su objetivo no es restablecer el equilibrio causado por el daño; sino castigar un comportamiento rechazado. Esto significa que la reparación no necesariamente es soportada por quien comete el acto dañoso (puede ser que la asuma un organismo, la seguridad social o un seguro); mientras que no es posible que una pena sea soportada por persona distinta de quien lo cometió (2019, p. 105).

En adición a ello, el elemento que se considera para conceder una indemnización o imponer una pena es diferente: la reparación se fija en función de la magnitud del daño sufrido; mientras que la pena privada se fija independientemente de toda consideración de daño. Sin perjuicio de ello, “(...) si la sola gravedad del comportamiento del autor del daño permite decidir la aplicación de una pena privada, estaremos en presencia de los denominados daños punitivos” (2019, p. 105). La autora comenta que la pena privada tiene por naturaleza un carácter represivo o disuasivo, lo cual implica que, como consecuencia, sea personalísima. Es decir, no puede recaer sobre una persona distinta del causante del daño. Otra consideración importante es que la pena privada puede concederse en ausencia de todo daño, puesto que también tiene un efecto preventivo. En pocas palabras, la pena privada es una medida sancionatoria y disuasoria, diferente de la indemnización, que no busca reparar un daño, sino sancionar al causante (Alcántara, 2019, p. 106). Para la autora esto es lo que en el Derecho anglosajón se manifiesta como “daños punitivos”⁵³ y no es sino la manifestación perfeccionada de una pena privada.

Ahora bien, de la interesante presentación que realiza la autora respecto a la existencia de *punitive damages* en Francia, recopilamos los criterios que ha identificado como fundamentales para su adopción en dicho ordenamiento. Por ejemplo, se toma como condición el que exista una falta procedente de comportamiento anormalmente deficiente, o sea, particularmente vejatorio o grave. Incluso se considera necesario la existencia de elementos como el dolo, la culpa inexcusable o la culpa grave, básicamente se utiliza el término “culpa manifiestamente deliberada” (Alcántara, 2019, p. 112). Además, se acopla el término de “culpa lucrativa” como un segundo elemento a tener en cuenta en esta figura y es que debe entenderse que la conducta dañosa tiene que dirigirse a beneficiar al causante por el ilícito cometido, se trata de todas las consecuencias beneficiosas que obtiene el causante y que no necesariamente pierde por asumir una compensación (2019, p. 113).

⁵³ La autora también utiliza esta denominación.

Alcántara comenta que en un inicio Francia se inclinó por no otorgar la suma de la sanción a la víctima, sino a un fondo colectivo de indemnización, pues su temor era caer en el supuesto de enriquecimiento indebido. Sin embargo, esta no es una posición absoluta ya que existen autores defendiendo que el íntegro de la suma sea dirigida exclusivamente a la víctima. La autora cita a Jault, quien explica que, si se acepta que la pena privada es una sanción apropiada para comportamientos ilícitos, entonces no podríamos hablar de enriquecimiento indebido de la víctima porque este nunca sería injusto, sino que encuentra razón precisamente en la función punitiva (como se citó en Alcántara, 2019, p. 113). Eventualmente, el ordenamiento francés optó por una visión ecléctica del asunto y determinó que el importe de la sanción sea dividido: una parte es para el Tesoro Público, y el resto para la víctima.

La autora recoge recomendaciones interesantes como lecciones aprendidas de los franceses, por ejemplo, que las decisiones judiciales en donde se conceden deben tener cuidado en diferenciar correctamente los daños y perjuicios punitivos de la reparación del daño, por lo que debe ser claramente definido el importe que representa a la sanción civil y el importe que corresponde a la reparación como tal. Naturalmente también se habla de la prohibición de aseguramiento de los daños punitivos para evitar echar a perder su poder disuasorio (2019, p. 114).

Quispe Montesinos, un autor que ha elaborado sobre la vinculatoriedad y necesidad de los Plenos Jurisdiccionales Supremos Laborales en el Perú, considera que la introducción de los “daños punitivos”, con la intención de que sean el símil o la versión peruana de los *punitive damages*, se hizo con la finalidad de que concreten los fines disuasorios de la responsabilidad civil respecto a conductas dolosas y lesivas. Sin embargo, esta introducción se ha hecho para supuestos que no necesariamente lo son. Así, según Quispe, los despidos incausados o fraudulentos —haciendo referencia al V Pleno Jurisdiccional— no necesariamente deberían ser considerados como conductas abusivas que requieran de un nivel de reprochabilidad adicional. El autor explica que hay muchos casos en donde un despido incausado, por ejemplo, no necesariamente se suscita con ánimos perversos de perjudicar a la trabajadora. Como sucede cuando se desnaturaliza la relación laboral porque no se consignó en el contrato explícitamente su objeto y el empleador piensa que el contrato de trabajo está sujeto a modalidad, por lo que decide no renovarlo⁵⁴. Quispe es de la opinión que en estos casos no se puede hablar de una “particular alevosía o mala fe” que justifique los “daños punitivos”, además de la reposición o resarcimiento (2020, p. 144).

⁵⁴ Se entiende que cuando un contrato de trabajo inicialmente sujeto a modalidad no cuenta con un detalle explícito y detallado de su objeto que justifique dicha modalidad, entonces la relación laboral es en realidad una de plazo indeterminado.

Por otro lado, incluso para las situaciones donde sí deberían de aplicarse, el autor sostiene que el tope reconocido por el VI Pleno (lo dejado de aportar al sistema de pensiones) es un monto tan ínfimo, que difícilmente pueda cumplir un rol disuasivo de comportamientos o sancionar la conducta que consideraron dolosa (2020, p. 145). Con lo cual, Quispe considera que la intención de los magistrados sí era la de importar el concepto de *punitive damages*, pero que terminaron realizando algo que califica como “una copia deficiente” porque ni siquiera corresponde a una nueva voz de daño, sino como una simple suma de dinero reconocida por los jueces. En todo caso, el autor da a entender que esta importación debería haberse dado a través de una ley y no de un Pleno Jurisdiccional. No cambia de opinión respecto al VI Pleno, al contrario, considera que este último repitió varias de las falencias del V Pleno respecto a la presentación que hizo del concepto de “daños punitivos”. En síntesis, Quispe es de la opinión de que ambos Plenos han distorsionado el ordenamiento peruano en materia de responsabilidad civil porque pretenden consagrar conceptos de naturaleza punitiva no previstos normativamente (2020, p. 153).

3.3.2 El debate jurisprudencial respecto de los “daños punitivos”

Ahora bien, en esta segunda parte de la sección, se presentará un breve recuento de la jurisprudencia que ha hecho mención al asunto de los “daños punitivos”, ya sea para pronunciarse a favor de su aplicación o en contra. Esto será útil pues nos permitirá identificar cómo es que se ha llevado a cabo la incorporación de los “daños punitivos” en el día a día de la resolución de casos judiciales, ya sea a nivel de Cortes Superiores, a través de diversos Juzgados Civiles y de Trabajo, como de la Corte Suprema de Justicia, a través de sus Salas de Derecho Constitucional y Social. En todo caso, es importante recordar a la lectora que este trabajo no pretende realizar un análisis detallado y minucioso de criterios jurisprudenciales, sino un atisbo general de algunos ejemplos que nos permitirá identificar el estado del debate sobre “daños punitivos”, ahora en la jurisprudencia reciente. Veamos.

Con fecha catorce de diciembre de 2020, el Juzgado Civil de Motupe de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque se pronunció sobre el caso *José Cornelio v. Empresa Complejo Agroindustrial Beta S.A.* (Expediente N° 00045-2017), sobre indemnización por daños y perjuicios. El demandante se presentó al proceso alegando que habría sido despedido de forma arbitraria, tal como se comprobó en el proceso de amparo que tramitó inicialmente y que ganó en dos instancias. De tal forma, ahora requería una indemnización por el lucro cesante, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, el pago de sus beneficios sociales y una indemnización por daño moral. Eventualmente la demandada se defendió sosteniendo que, efectivamente se había probado el despido incausado de Cornelio y se le habría repuesto en su puesto y régimen laboral, tal como se ordenó en el proceso de amparo. Sin embargo, posteriormente

fue despedido válidamente por falta grave, razón por la que la demandada negaba ser responsable de gran parte de la indemnización solicitada, al no corresponderse con el tiempo en que Cornelio fue válidamente despedido (2020, p. 3-4).

El Juzgado Civil de Motupe sostuvo que, al respecto, no podían pronunciarse sobre el segundo periodo alegado por el demandante como despido incausado, toda vez que ello correspondería a un proceso de amparo, mismo que en ese momento se encontraba en desarrollo. Por lo tanto, no podían darle valor a un periodo que aún no ha sido determinado como arbitrario por la instancia correspondiente. Así, centrándose exclusivamente en el período que sí fue calificado como despido incausado, determinaron que correspondía amparar su pretensión sobre indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado mencionó que el lucro cesante debía ser calculado sobre la remuneración que el demandante dejó de percibir, pues esta era la única fuente de ingresos que recibía. No obstante, para **evitar que el lucro cesante sea asimilado a las remuneraciones no pagadas**, el lucro cesante se calculó en función de las remuneraciones sin considerar los beneficios sociales “(...) pues la pretensión no constituye el pago por labor efectiva, sino el otorgamiento de un resarcimiento de índole económica por el daño sufrido” (2020, p. 13).

Sobre el daño moral, el Juzgado sostuvo que, claramente, el demandante se había visto afectado por ser privado de su trabajo y remuneración de forma arbitraria y, en ese sentido, **este daño no requería ser probado**, sino que bastó con su simple ocurrencia (2020, p. 15). Ahora, respecto al daño punitivo — que es lo que particularmente nos atañe— el Juzgado sostuvo literalmente que:

VIGÉSIMO QUINTO (...) siendo así, este Juzgador procede amparar dicho extremo de oficio, **al acreditarse la incausalidad del despido sufrido por la demandada, y habiéndose declarado el daño sufrido**, corresponde el pago por dicho concepto, el mismo que de las boletas de pago de fs. 52 a 55 el actor se encontró afiliado al Sistema Privado de Pensiones, habiéndosele efectuado el descuento por aporte obligatorio el 10% de la remuneración percibida por el actor, y siendo su remuneración la suma de S/. 1,025.65 por el periodo de despido de 01 mes y 28 días, le corresponde por este concepto la suma de S/. 198.28 que deberá cancelar la demandada por concepto (2020, p. 15). [El énfasis es nuestro].

Al respecto, anotamos dos puntos interesantes: primero, el Juzgado consideró dentro de su argumentación que se debía evitar asimilar el lucro cesante a las remuneraciones no canceladas porque ello podría suponer un enriquecimiento indebido al pagarle al demandante por un trabajo que realmente no realizó (2020, p. 13). Es decir, el Juzgado sostuvo una posición relativamente similar a los del V Pleno al señalar que no existe una ficción legal de por medio que justifique conceder remuneraciones devengadas sin haber trabajado realmente. Sin embargo, el V Pleno sí consideró a las remuneraciones devengadas como

equiparables al concepto de lucro cesante; mientras que el Juzgado de Motupe estipuló que la remuneración dejada de percibir solo podría ser considerada un lucro cesante si se descontaba los beneficios sociales que hubiera recibido por su labor efectiva.

¿Qué sentido tiene esto? Si bien es cierto, existe una intuición por no asimilar el lucro cesante a las remuneraciones devengadas porque aparentemente se entiende que recibir este monto íntegro sería enriquecer injustamente al demandante; pero aun así el problema de fondo persiste. Y es que, precisamente, el problema es considerar que las remuneraciones no canceladas pueden calificar como una utilidad dejada de percibir (o sea lucro cesante), dejando de lado que para calcular correctamente dicha utilidad o ganancia se debería primero restar todos los costos a los ingresos que reciba la persona. Lo que realizó el Juzgado de Motupe es un acercamiento, pero no deja de utilizar un ingreso prácticamente neto como concepto de utilidad económica, siendo que ambos son diferentes.

Segundo, probablemente este ejemplo sea la materialización de uno de los más graves problemas de ambos Plenos Jurisdiccionales en general y e el no haber delimitado correcta ni específicamente el criterio de aplicación para una sanción privada como lo sería los “daños punitivos”. Prueba de esto es que el Juzgado simplemente recoge una cita literal del V Pleno como si se tratase de una regla o un artículo ya estipulado en el Código Civil que no merece mayor discusión, y aplica directamente la “directriz” de conceder de oficio los “daños punitivos”. ¿Será que esto es así porque el daño moral no necesita ser probado⁵⁵ y los “daños punitivos” se aplicación por extensión de estos mismos? Probablemente ese sea el razonamiento de los jueces en este caso. De cualquier forma, definitivamente también llama la atención que un monto, que debería cumplir con fines ejemplarizantes y una función de castigo según los Plenos Jurisdiccionales, se vea reducido a menos de doscientos soles.

Con fecha diez de agosto de 2020, el Juzgado de Trabajo Transitorio de Paita de la Corte Superior de Justicia de Piura se pronunció respecto al caso *Edwin Lau v. Olympic Peru Sucursal del Perú & South American Drilling S.A.C.* (Expediente N° 00304-2019), sobre indemnización por daños y perjuicios. En resumen, el demandante sostuvo que fue víctima de despido nulo por afectar su derecho a la libertad sindical y en proceso de amparo se concedió su reposición, por lo que ahora solicitaba la indemnización de daño emergente, lucro cesante y daño moral. Dentro de todas las defensas alegadas por las demandadas, resulta interesante resaltar que consideraron injusto que el demandante pretenda el reconocimiento de los haberes dejados de percibir como concepto de lucro cesante, dado que ambos eran conceptos cualitativa y cuantitativamente diferentes (2020, p. 4).

⁵⁵ según el Juzgado. Particularmente considero que cualquier daño necesita ser debidamente acreditado con los medios de prueba pertinente, no pudiendo ser suficiente presumir que existió una afectación solo por ser extrapatrimonial.

El Juzgado de Paita sostuvo, respecto al lucro cesante, que es evidente que su primer orden de referencia para calcular la suma será **lo que el demandante ha dejado de percibir, para luego deducir los gastos que hubiera efectuado para obtener dichas remuneraciones** (2020, p. 19). Así, el Juzgado determinó que para calcular el lucro cesante sí era necesario “tomar como referencia” el monto de las remuneraciones que el demandante hubiera recibido, incluyendo sus beneficios sociales (2020, p. 20). Asimismo, reafirmaron que, sobre el daño moral, **no cabe presumir su existencia, sino que debería ser acreditado con medios de prueba**. Ahora, respecto al daño punitivo, esto fue lo que se sostuvo:

58.d (...) En esa línea, esta condena adicional al empleador tendría no una finalidad compensatoria del daño, sino una finalidad sancionatoria con fines ejemplificantes, de tal manera que otros empleadores se vean disuadidos de cometer actos semejantes. Pues bien, el monto máximo por daños punitivos es una suma equivalente al monto dejado de aportar por el trabajador al Sistema Nacional de Pensiones (...) o a cualquier otro sistema previsional al que esté obligado a pertenecer el trabajador por mandato de ley. Debe entenderse que este cálculo debe hacerse por el tiempo que transcurre entre el cese el trabajador (incausado o fraudulento) y su reposición en el empleo. **Consecuentemente se deduce que solo podrá haber daños punitivos cuando la pretensión del demandante es la reposición, mas no así el pago de indemnización por despido**. Por lo tanto, esta judicatura procede a determinar con criterio prudente y razonable, la suma de S/. 2.000.00 (DOS MIL SOLES) por concepto de daño punitivo (2020, p. 22). [El énfasis es nuestro].

Sobre este caso, tres puntos concretos: primero, por supuesto que solo podría concederse “daños punitivos” cuando la pretensión principal es la reposición y solo de forma accesoria la indemnización. De lo contrario, o sea si solo se pidiese como pretensión principal la indemnización, estaríamos frente a un caso típico de despido arbitrario regulado por el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. No obstante, es ya sabido que el V Pleno Jurisdiccional diseñó los “daños punitivos” exclusivamente para el despido incausado o fraudulento. Al final del día, pues, se trata de una precisión que existe porque el criterio que escogió el V Pleno para determinar la cuantía de los “daños punitivos” es un tope máximo que se calcula en función del tiempo.

Con lo cual, no puedan existir “daños punitivos” si el demandante no pretende reincorporarse al trabajo, ya que en el caso contrario no habría manera de calcular el plazo por el cual se dejó de aportar. Entonces, vale la pena cuestionarnos, si lo que se buscaba era otorgar una indemnización que castigue a los empleadores ¿por qué se le colocó al monto un tope máximo que dependa del tiempo en que el trabajador dejó de aportar cierta cantidad de dinero? Parece más razonable pensar que un castigo —en general— no se determina por el tiempo que duró la conducta reprochable, sino por el simple hecho de cometer la

conducta. En cualquier caso, el tiempo solo debería actuar como un agravante de la situación penosa que buscamos castigar.

Segundo, es interesante que los “daños punitivos” hayan sido presentados como extensión del daño moral y que, mientras tanto, en sede judicial no puedan ponerse de acuerdo respecto a la necesidad probatoria del mismo. En ese caso, si deben aplicarse por extensión, según los magistrados ¿los daños punitivos deben o no acreditarse? Según del V Pleno se otorgan de oficio, pero según el entendimiento del daño moral del Juzgado de Paita, este tipo de daño debería acreditarse. Tercero y último, no podemos pasar por alto que el Juzgado sí reconoce correctamente el concepto de lucro cesante y es el primer ejemplo en donde podemos visualizar que se utiliza correctamente para calcular la cuantía correspondiente al demandante.

Con fecha diez de septiembre de 2020, el Décimo Noveno Juzgado Especializado Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima se pronunció respecto al caso *José Antonio Kurcewicz v. Glencore Lima Trading S.A.C. & Inversiones República S.A. & Empresa Minera Los Quenuales* (Expediente 0649-2019), sobre reposición o, subordinadamente, pago de indemnización por despido arbitrario (incausado) y el pago de una indemnización por daños y perjuicios que comprendía lucro cesante, daño emergente, daño moral, daños a la persona y “daños punitivos”. El demandante, un hombre mayor de 67 años, sostuvo haber sido víctima de actos hostigadores por parte de su empleador, hasta que, sin haberse percatado de que le retiraron la confianza previamente, decidieron despedirlo sin causa justa refugiándose precisamente en el concepto de retiro de confianza, cuando él considera que era un trabajador ordinario.

Luego de la discusión respecto a la condición de confianza del demandante, en donde el Juzgado determinó que en realidad siempre lo fue y nunca perdió tal condición, los jueces consideraron que, de todas formas, tenía derecho a la protección frente al despido arbitrario. Es decir, al efectivamente ser un trabajador de confianza y habersele retirado la misma, ya no tenía protección restitutoria para que se ordene la reposición; sino solo protección resarcitoria que implica la indemnización por despido arbitrario (2020, p. 34). Respecto al daño emergente y lucro cesante que solicitó el demandante, el Juzgado le otorgó la indemnización tarifaria ordenada para casos de despido arbitrario, por lo que no correspondía continuar discutiendo el tema de los daños patrimoniales (2020, p. 44). Después de acoger el pedido de daño moral por veinte mil dólares⁵⁶, y descartar el daño a la persona por no haber sustentado lesión a su integridad física, esto fue lo que sostuvo el Juzgado sobre los “daños punitivos”:

⁵⁶ En los dos casos precedentes se concedieron daños morales por 1000 y 10,000 PEN, respectivamente.

10.18 Es importante tener presente 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** y tal como hemos señalado en forma accesoria al daño principal causado y reclamado (...).

10.20 (...) tiene una naturaleza sancionadora, más no una finalidad compensatoria o reparadora del daño sufrido, siendo que **el beneficiario de estos daños punitivos es el demandante en su condición de víctima** (...).

10.21 No obstante, **este órgano jurisdiccional considera que esta figura de daño punitivo se encuentra inmersa en una eventual inconstitucionalidad**, dado que la Constitución recoge en su artículo 2, numeral 24, literal d) un principio garantista según el cual **nadie puede ser 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. No obstante, los daños punitivos en materia de despido constituyen un planteamiento doctrinario adoptado por la Corte Suprema a través de un Pleno Jurisdiccional. **Estos plenos no tienen naturaleza legislativa** pues sus productos (los “acuerdos plenarios”) **no son jurídicamente equivalentes a una ley**, ni en lo formal ni en lo material; en consecuencia, **los daños punitivos no son producto de un acto legislativo, sino doctrinario creado mediante un Pleno Jurisdiccional el cual no tiene carácter de observancia obligatoria**, por lo tanto este órgano jurisdiccional no se encuentra obligado a aplicar esta figura en el presente proceso, por lo que deviene en Infundado dicho extremo (2020, p. 46-47). [El énfasis es nuestro].

Al respecto, dos anotaciones: primero, resulta interesante que el Juzgado se pronuncie explícitamente respecto al destino de los “daños punitivos”, en todo caso, apoyando a que esta suma sea directamente recibida por el demandante. Segundo, y más importante, aunque parece que el Juzgado no tuviese mayor apreciación sobre la figura de los “daños punitivos” en sí misma (tal como fue planteada por los Plenos Jurisdiccionales), a lo que si decidió oponerse tajantemente es a su incorporación sin contar con una ley de por medio. No solo ello, sino que directamente los consideró inconstitucionales por no respetar los principios y garantías respecto a las penas, infracciones y multas. Este será un punto de vista importante que parece tomará mayor protagonismo con el tiempo. Continuemos.

Con fecha treinta y uno de agosto de 2020, el Vigésimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima se pronunció en el caso *Percy Clemente v. Minera Aurifera Retamas S.A. & Otro* (Expediente 20515-2018) sobre declaración de desnaturalización de tercerización laboral e indemnización por daños y perjuicios. El demandante sostuvo que fue víctima de un

accidente (amputación de falange distal de un dedo en la mano derecha) mientras trabajaba en uno de los carros mineros debido a que no se le entregó el equipo de protección adecuado, y como consecuencia del accidente, su mano ya no obtuvo nuevamente la misma funcionalidad.

El Juzgado consideró que la desnaturalización no fue efectivamente probada, por lo que, descartando que haya existido un supuesto de desnaturalización entre las demandadas, prosiguió a analizar el petitorio de indemnización por lucro cesante, daño emergente y daño personal por el accidente de trabajo. Al respecto, el Juzgado considero el daño suficientemente probado, dada la evidente amputación del demandante, pero para determinar la cuantía de cada concepto sí utilizó criterios diferentes. Particularmente, llama la atención que, para el lucro cesante, los jueces señalaron que **no era posible equiparlo a las remuneraciones devengadas, toda vez que estas últimas eran de naturaleza retributiva y no indemnizatoria** (2020, p. 24). Ahora bien, sobre el daño punitivo, el cual originalmente fue solicitado en S/ 5000.00 (cinco mil nuevos soles), esto fue lo que dijeron:

67. Respecto es [sic] este extremo de la demanda, debe tenerse en cuenta que el V Pleno Jurisdiccional supremo en Materia Laboral y Previsional (...).

68. (...) En ese orden de ideas, **no se aplicará los daños punitivos a todos los supuestos de despidos regulados en la ley o establecidos por la jurisprudencia, sino solamente al despido fraudulento y al despido incausado** (...).

(...)

70. Por otro lado, la Constitución recoge en su artículo 2, numeral 24, literal d), señala “nadie puede ser 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.

71. El pago de los daños punitivos, no se encuentra legislado expresamente, siendo que tiene un desarrollo doctrinal, que ha sido recogido en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y previsional, publicado el 04 de agosto de 2017.

72. Siendo por estos fundamentos que no corresponde sancionar a la parte demandada con los daños punitivos solicitados, apartándome de lo señalado en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y previsional (...) (2020, p. 28). [El énfasis es nuestro].

Sobre este caso dos puntos en concreto: primero, escapa de mi entendimiento la razón por la que el Juzgado no hizo mención al VI Pleno Jurisdiccional, el cual, a todas luces, era de perfecta aplicación porque

incorporó los daños punitivos para casos de accidentes laborales. El V Pleno se publicó en agosto de 2017 y el VI Pleno en diciembre del mismo año; esta sentencia data del 2020 y el expediente es de 2018. Cuando menos tendrían que haber sabido la existencia del VI Pleno, pero esta es una interrogante que no tendrá respuesta por el momento. Segundo, independientemente de la omisión al pleno relevante, podemos presumir que el razonamiento hubiera sido el mismo: los “daños punitivos” no fueron creados por ley expresa, sino jurisprudencialmente, por lo que no es posible sancionar con pena no prevista en la ley. Consagrando una vez más este criterio para alejarse de la figura incorporada por cualquiera de los dos plenos.

Progresando en la línea temporal, con fecha diecisiete de agosto de 2021, el Séptimo Juzgado Permanente de Trabo de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad se pronunció en el caso *Edgard Haro v. Telefónica del Perú S.A.A. y Otros* (Expediente N° 01106-2020), sobre reposición y otros. En este caso el demandante sostuvo que Telefónica había desnaturalizado su relación laboral y, en función de ello, fue despedido incausadamente alegando el vencimiento de un contrato que debía ser a plazo indeterminado. Tras la defensa, eventualmente el Juzgado determinó que la relación había sido desnaturalizada y que el demandante sí tenía un contrato de trabajo indeterminado con Telefónica por aplicación del principio de primacía de la realidad (2021, p. 26).

Sobre la indemnización, el Juzgado sostuvo que el lucro cesante sería concedido y que para calcularlo se tendría como base las remuneraciones dejadas de percibir (2021, p. 36). El daño moral no fue concedido porque no se ofreció ningún medio probatorio para tratar de acreditar su ocurrencia o afección. Luego, esto fue lo que sostuvo en referencia a los “daños punitivos”:

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- La parte demandante peticona el pago de este concepto con una finalidad sancionadora ante el despido del cual fue objeto (...) Al respecto, indicamos a ambas partes que esta Juzgadora mantiene el criterio de no aplicar el pleno anteriormente citado **dado el conocimiento del hecho que la obligación de realizar los aportes respectivos a la AFP en que se encuentra afiliada es el propio trabajador** (...) se obtiene con claridad que el obligado a efectuar las aportaciones al SPP es el propio trabajador y que el empleador es un simple retenedor. Por otra parte, vale mencionar que, del contenido del pleno citado, la Juzgadora destaca que **no se obtiene ninguna referencia respecto a qué parte del proceso es la que tiene que recibir el cobro del derecho al “daño punitivo” para la materialización del cumplimiento de las obligaciones pensionarias**, si es el accionante como obligado o el empleador como agente retenedor. Siendo así, la Juez resuelve apartarse de la aplicación del V Pleno Supremo en Materia Laboral y Previsional ciñéndose además a lo establecido en contraposición en el II Pleno Jurisdiccional Distrital en

Materia Laboral y Procesal Laboral de Lima, en el que se establece que no es posible legalmente implementar el reconocimiento de daños punitivos derivados de indemnizaciones por daños y perjuicios sujetos a los despidos incausados y fraudulentos, pues **se impone a una modalidad de daños no solo ajeno a la regulación legal sino que la constituye una nueva figura jurídica, por lo que la misma debió ser regulada por norma expresa** que determine sus alcances. Por estas consideraciones, se resuelve declarar INFUNDADO EL PAGO DE DAÑOS PUNITIVOS (2021, p. 38-39). [El énfasis es nuestro].

Sobre este caso resulta pertinente señalar una sola cosa: es importante que la jueza haya hecho mención a uno de los grandes errores del V Pleno y es el no haber determinado quién debería recibir los “daños punitivos”. Sin embargo, aunque se hubiera entregado la suma al empleador, este habría seguido actuando como simple retenedor. Por lo que, de una forma u otra, estos casos parecen siempre apuntar a que el dinero sea dirigido a la víctima (casi como si fuera lo que implícitamente se quiso decir). Es cierto, empero, que no están estrictamente dirigidos a ella, no solo porque no lo dijo así explícitamente el V Pleno, sino también porque el criterio empleado (los montos dejados de aportar al sistema de pensiones) siempre determinará que la suma no sea de libre disposición para la persona supuestamente afectada. Entonces, aunque no vaya a sus bolsillos como tal, aunque lo reciba el empleador, se entienda que hubiera depositado el dinero en las cuentas de AFP u ONP del demandante.

A continuación, corresponde presentar las ideas de los jueces a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la República, después de todo, las últimas modificaciones al Código Procesal Civil les han otorgado una fuerza vinculante a las sentencias de casación⁵⁷ que podría ser tomado en cuenta para evaluar el nivel de aceptación o rechazo de los “daños punitivos” en la máxima instancia del proceso civil. Veamos.

Con fecha dieciséis de marzo de 2022, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria se pronunció sobre una indemnización por daños y perjuicios en un proceso ordinario laboral por despido incausado, resuelto en la Casación N° 3211-2019-Cajamarca. Se trata del caso *Jorge Jiménez v. Minera Yanacocha S.R.L.*, en donde el demandante presentó el recurso de casación frente a la sentencia

⁵⁷ Al respecto, revisar Ley N° 31591 que modifica el TUP del Código Procesal Civil a fin de optimizar el recurso de casación: “Artículo 397. Sentencia fundada y efectos del recurso. - (...) En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo” (2022, p. 4).

Asimismo, la Casación N° 16618-2023-Lima de la Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia sostuvo como precedente vinculante lo siguiente: “(...) 4.20.2 Las sentencias casatorias crean un precedente legal que establece un estándar que deben aplicar otros órganos jurisdiccionales, así como los tribunales administrativos y la administración pública, dados sus alcances” (2023, p. 43).

de segunda instancia que revocó el pago de S/ 5,120.19 (cinco mil ciento veinte nuevos soles con 19/100 nuevos soles) por concepto de “daños punitivos”, entre otros temas. Para efectos de síntesis, esta sección se centrará específicamente en los pronunciamientos sobre la materia que nos atañe, o sea, los daños punitivos. Así, pues, la Sala revisora se apartó del criterio de “daños punitivos” por no estar sustentando en el ordenamiento, pero el demandante consideró que, según el V Plenos, estos podrían aplicarse de forma extensiva a los daños morales, por lo que la Sala solo aparentó su motivación para no concederlos (2022, p. 3).

La Sala revisora sostuvo que el lucro cesante no está referido a las remuneraciones devengadas, sino que este concepto solo podría servir de referente para el quantum (2022, p. 8). Asimismo, respecto a los “daños punitivos”, consideró que el monto que correspondería aportar al sistema previsional podría comprenderse dentro del lucro cesante si se considera como la futura pensión que la víctima esperaría recibir (2022, p. 9). Entonces, dado que ya había realizado una consideración del lucro cesante tomando en cuenta este monto, no podía conceder los “daños punitivos” al demandante. Ahora bien, la Cuarta Sala tuvo un pronunciamiento muy concreto respecto a este punto:

El V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, ha denotado la obligación del juez de fijar de oficio los daños punitivos. Así tenemos que al haberse establecido que el trabajador de no haber sido despedido arbitrariamente, habría tenido continuidad de labores, correspondía que su empleadora cumpla con realizar los descuentos de ley para efectividad los aportes al Sistema Nacional de Pensiones o Sistema Privado de Pensiones. Siendo esto así, al haberse preterido esta obligación en la sentencia de vista y causado perjuicio al demandante, los jueces superiores deben de cumplir con ordenar el pago de dicho concepto de manera expresa (...) (2023, p. 23).

En todo caso, la Cuarta Sala consideró que hubo una infracción de falta de motivación, pero en el fondo lo que están diciendo es que conceder “daños punitivos”, bajo las indicaciones del V Pleno, es una obligación para los jueces. De hecho, tan es así que, de no acatar la “norma”, la Corte Suprema debe revertir tal situación y verificar que se cumpla. Se concluyó en la orden de nuevo pronunciamiento para la Sala revisora, como es natural, pero llama mucho la atención que para la Corte Suprema la figura de “daños punitivos” haya sido consagrada como una obligación a través de un medio que no es fuente de Derecho, no es precedente vinculante y ciertamente tampoco es ley.

Con fecha tres de noviembre de 2021, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria se pronunció sobre la impugnación de sanción disciplinaria, resuelto en la Casación N° 26849-2018-Moquegua. Este fue el caso del *Sindicato de Trabajadores de Enersur v. Engie Energía Perú S.A.*, donde los demandantes presentaron el recurso de casación contra la sentencia de vista que revocaba la

sentencia de primera instancia que habría declarado fundada su demanda, declarándola ahora infundada. Los demandantes solicitaron que se deje sin efecto la sanción disciplinaria impuesta y que se les pague las remuneraciones devengadas por los días que no pudieron laborar, así como una indemnización por daño físico y moral para el trabajador *Espencer Abril*. En la primera instancia se concedieron todos los petitorios y se desarrolló que la indemnización a favor del señor Abril fue concedida porque sufrió un accidente⁵⁸ en una actividad de capacitación contra incendios realizando actividades que no eran propias de su labor. De esta forma, el juez consideró que el accidente de trabajo tuvo origen en la informalidad e inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo (2021, p. 3).

Luego, la Sala revisora revocó la sentencia apelada y, reformándola, la declaró infundada, los jueces señalaron que:

(...) si bien es cierto no existió jefe de seguridad, y la demandada no actuó con la debida diligencia ni prevención cuando el accidente de trabajo se produjo (...) de modo concurrente, el trabajador *Espencer Abril Mercado* aportó negligentemente al resultado, incumpliendo sus obligaciones de ‘cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de seguridad y salud en el trabajo’ (...) (2021, p. 3).

Al respecto, de acuerdo a las indagaciones de la Segunda Sala, inicialmente la demandada explicó la responsabilidad del trabajador señalando que tuvo cierto nivel de participación y responsabilidad en su accidente. Esto fue lo que se señaló en el acta del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo: “(...) tuvo lugar debido a que un operador subió al cambiión [sic] bomba utilizado en la capacitación y, por querer escuchar lo que decía el capacitador, quien al momento del evento se encontraba lejos; piso una plataforma que no estaba diseñada para tal acción, y cayó. Como consecuencia de la caída el trabajador presenta fractura de clavícula (...)” (2021, p. 9).

Sin embargo, en el mismo documento, sostuvieron que, como parte del Plan de Acción con ocasión del accidente, era necesario reparar el equipo de medición de nivel del agua del camión bomba, pues al momento del accidente no funcionaba. Por lo tanto, la Segunda Sala logró determinar que esta situación contribuyó a que el trabajador suba al camión bomba a verificar el nivel del agua (2021, p. 10). Entonces, la Segunda Sala señaló que no podían alegar la negligencia de parte del trabajador como la causa exclusiva del accidente porque el empleador debió haber cumplido su obligación de supervisar que se cumplan las

⁵⁸ El trabajador cayó de un camión bomba que se estaba utilizando para la capacitación contra incendios y se fracturó la clavícula.

condiciones necesarias para llevar a cabo la actividad de capacitación planificada sin que se ponga en riesgo la integridad física de los participantes (2021, p. 11).

Básicamente consideraron que la demandada tenía conocimiento del riesgo y aún así permitió que el trabajador suba al carro bomba. Con lo cual, encontraron acreditado el hecho de una conducta antijurídica, en este caso, el incumplimiento del principio de protección y de las obligaciones de seguridad y salud (2021, p. 12). Consecuentemente, declaró fundada la casación y confirmó la sentencia de primera instancia. No obstante, es necesario resaltar una situación particular en este caso: en primera instancia se le concedió, específicamente a este trabajador, una indemnización por daño moral y una indemnización por daños y perjuicios, pero, al menos de las citas empleadas por la Segunda Sala sobre la primera instancia, no se deja explícitamente estipulado que se haya concedido “daños punitivos”.

En realidad, la Segunda Sala solo citó literalmente la conclusión del VI Pleno Jurisdiccional y procedió a presentar su análisis del caso y conclusión. En todo caso, lo que la Segunda Sala hizo fue citar el VI Pleno y enfatizar solo la parte en donde se determina que el empleador será siempre responsable de cualquier evento dañoso para los trabajadores. Es decir, podemos razonablemente presumir que empleó el VI Pleno, no necesariamente en función de los “daños punitivos”, sino respecto al criterio de responsabilidad objetiva de los empleadores frente a los accidentes laborales. De todas formas, resulta un tanto intrigante que no se hayan pronunciado al respecto porque en su propia cita reconoce que los “daños punitivos” deberían concederse de oficio. Es posible que sí se hayan otorgado en primera instancia y la Segunda Sala simplemente se haya limitado a revertir el resultado de la Sala Superior.

En virtud de la interrogante, resulta útil presentar otro caso de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, de modo que podamos encontrar una potencial respuesta a la opinión de esta Sala Suprema frente a los “daños punitivos”. Este es el caso de *Marielena Huamán v. Municipalidad Distrital de Catacaos*, resuelto en la Casación Laboral N° 19455-2022-Piura el seis de diciembre de 2023. En esta oportunidad fue la demandada quien presentó el recurso de casación contra la sentencia de vista que confirmó la sentencia de primera instancia en donde se declaró fundada la demanda de Huamán por homologación de remuneraciones y otros. La demandante alegó que se le debía pagar reintegros a sus remuneraciones por trato salarial discriminatorio, una indemnización por daños y perjuicios por despido incausado (incluidos los “daños punitivos”), y otros conceptos varios por beneficios sociales.

La trabajadora sostuvo que ingresó a trabajar como obrera y desempeñaba funciones de limpieza pública para la Municipalidad. Fue despedida y en un primer proceso logró que se le reconozca la relación laboral a plazo indeterminado, de modo que fue repuesta en su puesto de trabajo. Sin embargo, alegó que, pese a este reconocimiento, recibe una remuneración mucho menor a la de sus pares que realizan el mismo

trabajo, por ejemplo, su compañero José Severino Yarleque percibe S/ 2,500.96 PEN; mientras que ella percibe entre S/850.00 PEN y S/1,000.00 PEN (2023, p. 3).

Luego, en primera instancia se concedieron casi todos los petitorios, salvo la liquidación de nuevos montos en ejecución de sentencia y la pretensión de daño moral. En segunda instancia se confirmó esta sentencia y solo se modificaron las sumas otorgadas. La demandada argumentó su recurso de casación señalando que la trabajadora estaba equivocada respecto a un trato salarial discriminatorio, ya que la diferencia con su compañero se debía a los años trabajando para la empresa y la existencia de convenios colectivos que le eran aplicables y aumentaban su remuneración, por lo que consideraron que la Sala revisora había incurrido en un vicio de motivación (2023, p. 13).

La Segunda Sala sostuvo que la sentencia de vista no estuvo bien motivada y dejó a entender que, en realidad, sí había razones suficientes para explicar correctamente la diferencia salarial entre la demandante y su compañero. Ahora, respecto a la parte que nos compete, la Segunda Sala advirtió que la Sala ordenó el pago de “daños punitivos” bajo el amparo del V Pleno Jurisdiccional y señaló lo siguiente:

26. (...) en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra reconocido y regulado el concepto de pago de daños punitivos en materia laboral, **no pudiendo ser introducido a nuestro ordenamiento legal a través de la práctica de un Pleno Jurisdiccional**, el cual además tiene como principal finalidad la unificación de los diversos criterios que se puedan ir adoptando a nivel de juzgados y salas laborales en temas similares (...)

27. Por tanto, **al haber amparado el pago de un concepto que no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, la sentencia de vista también ha incurrido en una deficiencia en la motivación externa** (2023, p. 16). [El énfasis es nuestro].

Entonces, independientemente de lo que haya podido estimar en el caso contrario, esta es definitivamente una respuesta más directa a nuestra interrogante: la Segunda Sala considera que es inadmisibles conceder una figura que no ha sido introducida a nuestro ordenamiento a través de una ley. Esto claramente ocasionó que los magistrados declaren nula la sentencia de vista y ordenen emitir un nuevo fallo teniendo en cuenta lo estipulado en la casación. ¿Será este el criterio de opinión definitivo en la Corte Suprema de Justicia? Claramente no podemos establecer términos absolutos por el tamaño reducido de muestra, pero por lo menos podemos evidenciar una tendencia interesante. Veamos qué sucede en otra Sala Suprema.

Con fecha catorce de septiembre de 2023, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria se pronunció sobre la indemnización por daños y perjuicios en el caso *Graciano J. Ruiz v.*

Empresas Sociedad Anónima Cerrada, resuelto en la Casación N° 9579-2019-Lima. Se trata de la casación interpuesta por la demandada contra la sentencia de vista que confirmó la sentencia que en primera instancia declaró fundada en parte la demanda del trabajador. En este caso el demandante sostuvo que, encontrándose con una incapacidad física temporal, fue víctima de un despido incausado, por lo que se le repuso en su puesto de trabajo posteriormente y solicitó una indemnización por daños y perjuicios que dio origen a este proceso. Eventualmente se concedieron todos sus petitorios en ambas instancias y eso ocasionó esta casación.

Respecto a lo que particularmente nos interesa, la Cuarta Sala comentó respecto a la vinculatoriedad de los Plenos Jurisdiccionales y señaló algo muy interesante, así como también cierto: la diferencia entre un Pleno Jurisdiccional y un Precedente Vinculante, como se regula en la ley, es que los primeros no son vinculantes para la resolución de controversias, en este caso de controversias laborales. Al menos no lo son los nueve primeros Plenos Jurisdiccionales Supremos emitidos desde el 2012 hasta octubre de 2022⁵⁹ que es la fecha en la que se publicó la Ley N° 31591, ley que modificó el TULO del Código Procesal Civil (2023, p. 9). En ese sentido, la Cuarta Sala sostuvo que era útil revisar los Plenos Jurisdiccionales Laborales bajo la óptica de un nuevo escenario normativo como el que tenemos hoy por hoy para determinar si siguen siendo vigentes para aplicarse a los acuerdos en trámite o si es que son acuerdos desfazados en el tiempo (2023, p. 12).

Así pues, la Sala Suprema se pronunció sobre su revisión del V Pleno y señaló que, aunque podría reconocer que se trata de acuerdo plausible, no solo no es vinculante a razón de su exclusiva fuerza persuasiva; sino que incluso en su origen nació con opiniones en contra que se pueden demostrar con los votos en minoría (2023, p. 14). Es decir, a criterio de la Cuarta Sala, el V Pleno no tiene un nivel de consenso considerable. Ahora, respecto a los “daños punitivos” específicamente, esta Sala Suprema realizó un estudio de toda la figura incorporada en los términos del V Pleno. En primer lugar, según los magistrados, el sistema de responsabilidad civil peruano no regula el resarcimiento a título de sanción, sino a título de reparación (2023, p. 15).

Básicamente postularon en contra de reconocer una función punitiva a la responsabilidad civil peruana porque, según su criterio, es posible entender que estamos frente a un sistema de regulación que —como tal— tiene consecuencias y esto, de alguna forma, podría ser entendido como una suerte de sanción.

⁵⁹ La Ley señaló lo siguiente respecto a los Plenos Jurisdiccionales en su única disposición complementaria modificatoria:

Artículo 112. Plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios (...) Los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar, por mayoría absoluta, reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales (2022, p. 4).

Sin embargo, ello es muy diferente a decir que nuestro sistema de responsabilidad pretende, en cualquiera de sus formas, establecer una fórmula mediante la cual el causante de un daño sea literalmente sancionado. Lo primero es mas bien una consecuencia jurídica, mientras que lo segundo implicar tener una fórmula de sanción (2023, p. 16). Esto fue lo que literalmente dijeron: “(...) la relación entre la víctima y el agresor o sujeto generador del daño en nuestro sistema de responsabilidad es una relación indemnizatoria y no punitiva” (2023, p. 17).

En segundo lugar, y como consecuencia natural de su argumentación, la Cuarta Sala decidió alejarse de lo planteado por el V Pleno respecto a los “daños punitivos” y lo sustentó alegando que no se está llenando vacío o laguna de derecho, sino que se “(...) invade el terreno propio del legislador” (2023, p. 17). De tal forma que, ni siquiera determinaron la existencia de una infracción normativa, sino que sostuvieron una invasión al espacio legislativo por la creación de una figura que representa un supuesto de hecho de una sanción cuando, en función de Pleno Jurisdiccional, no tenían la facultad de hacerlo. Dicho de otra manera, la Cuarta Sala estableció el siguiente criterio: los “daños punitivos” representan un supuesto de hecho que no existe en nuestro ordenamiento y que, incluso si se quisieran incorporar adecuadamente, van en contra del propio sistema de responsabilidad civil que, bajo ningún concepto, tiene una función o naturaleza punitiva.

Esto es no es para menos, pues se trata del criterio empleado para controlar una sentencia de vista en donde se había aceptado otorgar una suma por daños punitivos. Ello bajo el entendimiento de que la casación se estaría empleando para corregir la adecuada aplicación del derecho objetivo. Es decir, conceder “daños punitivos” no sería simplemente una manifestación a estar de acuerdo con lo señalado por el V Pleno, sino que, según esta lógica, sería aplicar el Derecho incorrectamente y, en consecuencia, generaría la necesidad de control por parte de la Corte Suprema. Dicho de manera más simple, al compartir el criterio del V Pleno, se está aplicando una sanción, pero una sanción no regulada en la ley (que no existe). Por lo tanto, aplicarlos significa ir en contra del principio de reserva de ley y el principio de legalidad: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.

Finalmente, con fecha cinco de diciembre de 2023, la Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria se pronunció sobre la indemnización por daños y perjuicios en el caso *Maritza Vergara v. Municipalidad Distrital de El Tambo*, resuelto en la Casación N° 3635-2022-Junin. En este caso la demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista que revocó la sentencia de primera instancia y, reformándola, ordenó el pago de una suma mucho mayor por lucro cesante, daño moral y “daño punitivo”, respectivamente. La Sala Suprema no comenta muchos detalles del caso en concreto, pero específicamente sobre lo que nos interesa, resalta que la demandada consideró una mala aplicación de los

“daños punitivos” a su caso, puesto que estos solo deberían aplicarse a los empleadores que actúan con absoluta despreocupación por los derechos de los demás (2023, p. 7) y ese no es su caso.

Sin embargo, al pronunciarse, la Cuarta Sala consideró literalmente lo siguiente:

4.20 (...) se debe señalar, que **dicha institución jurídica no tiene sustento legal; es decir, no se encuentra regulado en nuestro sistema jurídico**. Además, **la función principal de la responsabilidad civil**, en virtud a lo regulado en el artículo 1321° del Código Civil es la de **reparar íntegramente los daños originados del incumplimiento de una obligación contractual, independientemente de la conducta reprochable o no del causante de los daños (...)** el reconocimiento de los daños punitivos **atenta directamente contra la función de la responsabilidad civil regulada en nuestro sistema legal, la cual busca resarcir el daño y no castigar al responsable del mismo (...)** se equivoca la demandante cuando refiere que los daños punitivos deben ser amparados por la conducta reprochable del empleador de vulnerar las normas y constitucionales y laborales, pues, de la revisión de los antecedentes de este daño es evidente que esta figura importada del Common Law, **se contrapone a la función de la responsabilidad civil regulada en el sistema normativo peruano**; en consecuencia, corresponde revocar la venida en grado en el extremo que declara fundada la pretensión indemnizatoria por daños punitivos y declararla infundada (2023, p. 13) [El énfasis es nuestro].

Con lo cual, la Cuarta Sala confirma nuevamente su criterio principal de no aplicar los “daños punitivos” por *i*) no estar regulados en el ordenamiento peruano; pero más importante *ii*) ser contrarios a la función principal de la responsabilidad civil peruana. En todo caso, lo que hizo la Sala Suprema en este caso fue esclarecer otro punto de su criterio y es que no le es relevante la conducta reprochable del causante porque, según su criterio, el principio de la reparación integral del daño es totalmente ajena a la idea de castigar al responsable. Por lo tanto, naturalmente revocó la sentencia en este extremo.

En síntesis, en este capítulo hemos establecido cómo se realizó la incorporación de los *punitive damages* en el ordenamiento jurisprudencial peruano a través de lo que, por su traducción literal, los Plenos Jurisdiccionales han llamado “daños punitivos”. Primero se explicaron los casos del V y el VI Pleno para entender mejor cuál fue la razón que justificó, para los jueces, el supuesto trasplante y la consecuencia incorporación de los “daños punitivos” para cada uno de sus casos. Luego se sistematizó el debate académico peruano para presentar las diversas opiniones de destacados juristas en nuestro país. Podemos identificar dos grandes tendencias: aquellos que niegan la posibilidad de incorporar “daños punitivos” (o incluso *punitive damages*) a la responsabilidad civil porque consideran que esta institución no cumple una función punitiva; y aquellos que consideran que la reticencia a aceptar la punitividad de la responsabilidad

civil resulta un debate absolutamente desfazado en nuestros tiempos, e incluso ignorante de las diversas figuras que ya coexisten en nuestro ordenamiento y responden a una naturaleza punitiva.

Por otro lado, sumado a estas dos grandes concepciones de las funcionalidades en la responsabilidad civil, parece haber un consenso respecto a la forma de incorporación de los “daños punitivos”: no es posible realizar un trasplante legal de este tipo, o sea de una sanción privada/pena privada/ multa, por medio de un pleno jurisdiccional, sino que debería ser hecho a través de una ley. Al respecto, se presentó una breve síntesis de las opiniones a nivel jurisprudencial, lo cual resultó muy útil para identificar dos escenarios paralelos: en primera instancia los criterios son, previsiblemente, heterogéneos, existen jueces que se adhieren a los “daños punitivos” como si fuera una orden y otros que lo hacen simplemente copiando los criterios y conclusiones de los plenos. Sin embargo, con notoria diferencia, en la Corte Suprema sí parece haberse consagrado una forma de evaluar esta institución muy concreta: los “daños punitivos” son inconstitucionales porque no puede aplicarse una sanción que nació de un pleno jurisdiccional (el que sea); y de todas formas no son aplicables a nuestro país porque nuestra responsabilidad civil responde a una lógica de reparación y no de punción.



CAPÍTULO IV

De la ilusión a la realidad ¿existió alguna vez un trasplante legal de los *punitive damages* en el Perú?

Para esta etapa de la investigación estamos en capacidad de comprender el funcionamiento de los sistemas de responsabilidad contractual en el ordenamiento peruano y el norteamericano, también podemos explicar los criterios operativos y otros principios históricos respecto al desarrollo de los *punitive damages* en los Estados Unidos, por último, hemos establecido la forma y el método empleado por los Plenos Jurisdiccionales para incorporar los “daños punitivos” peruanos y tenemos una idea respecto al debate académico que se presentó al respecto en nuestro país. Ahora corresponde atender la pregunta principal de esta investigación ¿la figura de los “daños punitivos” propuestos por el V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo es compatible con las reglas de funcionamiento de los *punitive damages* aplicados a casos de responsabilidad contractual en el ordenamiento norteamericano? Responder a esta pregunta no sería posible, o por lo menos no de manera correcta, si antes no aterrizamos la discusión al plano del fenómeno del *legal transplant* o trasplante legal, un concepto que se venía mencionado poco a poco a lo largo del trabajo. En ese sentido, en este último Capítulo, primero se explicará el concepto de trasplante legal, luego se presentará el contraste entre los “daños punitivos” del V Pleno y del VI Pleno y, finalmente, propondremos la tropicalización del concepto de indemnización punitiva en el ordenamiento peruano.

4.1 Pautas para comprender el concepto de *legal transplant* o trasplante legal desde el Derecho Privado Comparado

En palabras del maestro Michele Graziadei, el estudio de los trasplantes legales es relevante porque nos permite comprender teóricamente por qué y cómo es que el *legal change* —o fenómeno de la transformación legal⁶⁰ en castellano— sucede (2009, p. 723). Los estudios que se han hecho al respecto, en manos de los comparativistas, han sido tan cruciales para el desarrollo jurídico, demostrando un enfoque altamente dinámico, que incluso han llevado a cuestionar las estáticas, clásicas y bien aceptadas ideas respecto a cómo se organiza el mundo jurídico a lo largo de nuestras sociedades, esto es, las famosas familias jurídicas.

Alan Watson —padre fundador del concepto de *legal transplants*— propone una manera simple de entender los trasplantes legales que se puede resumir en una sola línea: es el acto de mover una regla existente en un sistema de Derecho de un país a otro y de una comunidad a otra, fenómeno que por cierto

⁶⁰ Considero que este es un término más omnicompreensivo que la traducción literal “cambio legal”. De todas formas, es posible que en este trabajo se utilicen ambos términos de forma indistinta.

está presente desde los inicios de la historia (1993, p. 21) Para afirmar ello el autor se basa en las similitudes que se pueden encontrar entre fuentes antiquísimas de Derecho o normas de conducta: las leyes de Eshnunna, el Código de Hammurabi y el Éxodo. La conexión que demuestran respecto a, por ejemplo, responsabilidad por el daño causado por el buey de una persona, es una clara demostración de que deben compartir una fuente común y esto, según Watson, demuestra que los trasplantes legales no son un fenómeno exclusivamente moderno (1993, p. 24). Dado que Watson propone una de las teorías más conocidas y aceptadas respecto a los trasplantes legales, resulta interesante proponer un repaso por su propuesta.

La teoría de Watson postula, en general, que aquello que entendemos por *legal change* es causado exclusivamente por el fenómeno del trasplante legal. Básicamente, él piensa que las reglas jurídicas tienen una naturaleza nómada y esto prueba que la supuesta intrínseca relación entre el Derecho y la sociedad es una falacia, o sea, que el Derecho se transforma, no como consecuencia inevitable de imitar las reglas que surgen de las estructuras sociales; sino porque es una disciplina autónoma que se desarrolla a través de la trasplatación. Vale lo mismo decir, se transforma porque aquellos que tienen el poder de controlar y decidir qué reglas se crean, tienen conocimiento de reglas jurídicas extranjeras y simplemente deciden trasplantarlas porque las consideran beneficiosas o importantes (Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 184).

En esa línea, esta postura respecto al Derecho, la sociedad y el cambio o transformación legal, se dispone a aceptar que aquellos trasplantes legales voluntarios casi nunca tienen nada que ver con algún suceso o fenómeno social en particular y, consecuentemente, también acepta que las reglas trasplantadas casi nunca operan de la misma forma en cómo lo hacían sus países de origen, pero tampoco se espera que esto sea así. Entonces, surge la pregunta ¿cómo podríamos decir que el *legal change* surge solo a través del proceso de imitación o apropiación? Watson elabora su teoría sobre la base de nueve elementos. Veamos.

Primero, se explica a través del “*transplant bias*” (sesgo del trasplante) que se refiere a la particular receptividad de un ordenamiento respecto al sistema legal extranjero de otro país en especial. Muchos elementos juegan un rol para determinar el nivel de sesgo que un país receptor tendrá: si comparten o no el mismo idioma o el nivel de prestigio que goza el sistema legal del potencial país exportador, por ejemplo (Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 185). Es casi como un argumento de autoridad: trasplantamos aquello que “consensuadamente” se ha asumido como superior a lo preexistente.

Claramente, por si solo este elemento no puede motivar un cambio legal en toda la extensión de la palabra. Por lo que, es necesario que todos los elementos que se describirán interactúen entre sí. Segundo, Watson considera que el desarrollo de un sistema legal se ve altamente influenciado por la fuente de Derecho que predomina en dicho ordenamiento. Es decir, él considera que los sistemas predominantemente

basados en el precedente —piénsese, el *Common Law*— se desarrollan mucho más lento porque tienen que esperar a que eventos significativos sucedan y lleguen a juicio; mientras que los sistemas basados en codificación son más útiles para introducir reformas significativas (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 186). Tercero, se necesita una fuerza de presión de un grupo organizado que considere que se obtendrá algún beneficio del cambio legal. De acuerdo a la teoría de Watson, el poder real de este grupo varía según la posición económica y social de sus miembros, además, suelen ser más eficientes en los sistemas codificados, antes que en aquellos donde predomina el precedente como fuente de Derecho (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 186).

Cuarto, se necesita una fuerza de oposición porque es inexorable que prácticamente cualquier cambio legal potencialmente afectará a algún grupo de la sociedad más que a otro, pero necesitan ser un grupo organizado para ser reconocidos como tal. Quinto, es menester contar con abogados que moldeen la ley, Watson se refiere a que estos son los grupos élite que se encargan de modelar el sistema legal y, al final, es su conocimiento, práctica y experiencia lo que influenciará en cualquier proceso de *legal change*. Sexto, se necesita un factor de discreción, es decir, la implícita o explícita consideración que las normas suelen dar para permitirnos decidir cumplir o incumplir aquello que ordenan. Watson considera que este nivel de discreción tiende a aliviar los requerimientos no deseados y rechazados de las consecuencias legales, incentivando así la aceptación general de la ley/norma/principio (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 188).

Séptimo, es necesario evaluar el factor de generalidad, toda vez que, según Watson, mientras más amplio es el cambio legal propuesto, más difícil es asegurar un consenso y por tanto el cambio legal en sí mismo se torna más difícil. Sin embargo, es necesario encontrar un punto medio porque este elemento influye especialmente en las fuerzas de presión y oposición: si es muy específico, la presión podría no ser influyente, y si es muy amplio, la oposición podría ser demasiado fuerte. Octavo, se debe tener en cuenta la inercia, entendida como la ausencia de un interés particular de la sociedad o de los grupos de élite por obtener la regla más beneficiosa porque, como sostiene Watson, para que el *legal change* ocurra es necesario siempre un impulso que sea lo suficientemente fuerte como para superar la inercia. Finalmente, noveno, las efectivas necesidades. Esto hace referencia a las motivaciones que un grupo de presión ha reconocido como legítimas y apropiadas, si esto no sucede no podemos decir que son efectivas necesidades del grupo (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 188).

Ahora pues, parece más claro entender la postura de Watson respecto que el cambio legal no necesariamente surge por el impacto de las estructuras sociales, de hecho, como comentan los autores, el desarrollo académico de historiador jurídico lleva a Watson ser muy escéptico de dicha premisa (2019, p. 189). Lo que esta postura demuestra es que consideran el *legal change* como un proceso interno, entendido

como que el impacto sociológico no es tan relevante (2019, p. 189). Watson se basa en tres premisas para sostener esto: (i) el trasplante legal de reglas entre sistemas es socialmente sencillo incluso ante evidentes diferencias culturales y materiales; (ii) no hay áreas del Derecho Privado que se resistan al cambio que conlleve la influencia extranjera; y (iii) el país receptor en realidad no requiere conocimiento del contexto original. ¿Esto qué significa? Que la recepción de un sistema extranjero y sus instituciones muchas veces sucede sin que exista una plena familiaridad de parte del país receptor y esto es así porque, para Watson, las reglas legales no son creadas per sé para la sociedad particular en donde actualmente operan (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 190).

Esto es muy importante porque prácticamente contradice la popular idea de que el Derecho es un fenómeno local que está intrínsecamente legado a las condiciones materiales de la sociedad en donde existe en determinado momento y espacio. Para Watson, el Derecho es un fenómeno que opera a nivel de ideología, o sea, es una disciplina autónoma “(...) the law itself provides the impetus for change” [(...) el mismo Derecho es el que provee el ímpetu para el cambio] (Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 189). De hecho, Watson postula que la fuente original de la norma o institución no controla el resultado del proceso de trasplante, sino que es el ordenamiento receptor quien tiene la decisión final sobre cómo va a aplicar la norma o institución importada (¡!) (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 190).

Naturalmente, esta posición tiene detractores, la posición contraria más interesante es aquella sostenida por quienes considera que Watson propone una paradoja: si el país receptor controla el resultado final del proceso de trasplante, cómo podríamos decir que el objeto de dicho trasplante en realidad está funcionando en el nuevo ordenamiento. Es decir, si eventualmente el país que recibe el trasplante puede modificarlo, no sería muy lógico decir que estamos hablando del mismo objeto antes del trasplante y después del trasplante. Pierre Legrand —otro aclamado comparativista francés— considera que el trasplante legal como fenómeno no es posible, ello porque una regla o institución no puede existir por fuera de aquel contexto socio cultural que le dotó de significado: esa institución solo tiene sentido en el sistema donde opera y una vez que cruza fronteras, la institución original cambia y esto afecta su completo sentido (1997, p. 117-118).

Al respecto, los autores sientan posición de la siguiente manera: las críticas recibidas no mitigan la validez general de la teoría de Watson porque, aunque puede ser cierto que cada sistema legal es producto de una combinación única de elementos socio culturales y procesos históricos; no es menos cierto que las identidades culturales colectivas se forman a través de la interacción con los otros y las culturas no son islas aisladas entre sí mismas. De hecho, y esto es muy relevante, existe cierto nivel de uniformidad respecto a ciertas necesidades que todas las sociedades experimentan cuando progresan por etapas similares de desarrollo y existe también una tendencia natural a la imitación (Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 191). Por

ende, en palabras de los autores, el Derecho no debe ni puede ser comprendido como solamente un fenómeno nacional; al contrario, es, más que nada, un **fenómeno humano** (!) (2019, p. 191).

¿Qué implica reconocer y aceptar esta premisa? Que debemos operar bajo una presunción de similares porque, aunque existan diversas e infinitas diferencias culturales entre nosotros, las reglas legales emanan siempre como una respuesta a necesidades sociales que, al final del día, existen como demandas comunes de la humanidad y es por esto que un grupo de personas puede adoptar como propio el Derecho creado por otro grupo de personas. Entonces ¿por qué Watson alega que existe una relación disfuncional entre el Derecho y la sociedad? La respuesta la dio él mismo a través de un famoso concepto recogido de la antropología evolucionaria: *survivals*, que en español no tiene una traducción literal, pero puede entenderse como la persistencia de rasgos culturales, pese a que han quedado obsoletos y ya no se consideran más útiles. Este concepto llevó a diversos juristas, incluidos Watson y Wendell Holmes⁶¹, a cuestionarse el por qué permanecían vivas algunas leyes o instituciones pese a que las necesidades o creencias que las crearon ya no subsisten. Watson decidió explicarlo con el concepto de inercia (antes visto) y es que existe un deseo normal generalizado en sociedad por mantener el *statu quo*, ya que esto está relacionado con valores como estabilidad o predictibilidad (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 192).

En suma, ¿por qué Watson diría que las reglas legales usualmente son prestadas, antes que creadas originalmente? Porque Watson sostiene que prácticamente todo el Derecho depende de su propia lógica interna y esta es una lógica casi completamente distanciada del resto de la sociedad que no pertenece al grupo de personas que conocemos como abogadas-os. Según su criterio, los juristas tienen una libertad en el proceso de creación que les permite llevar a cabo aquellos trasplantes legales y, especialmente en áreas como el Derecho Privado, no son aquellos con el poder político quienes determinan qué reglas serán relevantes. Watson agrega, pensemos en el estudio de los jurisconsultos de la antigua Roma, en los profesores del Derecho continental o en los jueces del Derecho anglosajón: esto demuestra la importancia de las élites del Derecho como los verdaderos moldeadores del sistema legal (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 193). Así, pues, parece ser que el verdadero trasplante legal no necesariamente lo hará el juez (en nuestro sistema), sino nosotras, quienes pretendemos realizar una investigación y discusión respecto a los avances del *legal change* en nuestro país, a través de trabajos como este.

Teniendo en cuenta la teoría de Watson y sus presupuestos como base, podemos ahondar más en el fenómeno de los trasplantes legales a nivel de principio para entender mejor por qué es que sucede, cómo suceden y cuál es la relevancia de lo se conoce como niveles de transferibilidad. De acuerdo a Mousourakis

⁶¹ También referenciado en esta investigación.

y Nicolini, los comparativistas consideran necesario advertir el riesgo y el grave error de confundir los objetivos ideológicos y políticos de una regla legal, con la función jurídica que cumple la misma (2019, p. 172). Esto es así porque las condiciones materiales terminan jugando un rol directo en la formulación de dichas reglas legales: la política, la economía, la religión, las normas culturales en general, tienen un impacto directo en la forma cómo se construye un ordenamiento jurídico. Naturalmente, esto sucede porque existe una estrecha interrelación entre el desarrollo legal y diversas áreas de la vida, por ejemplo, la relación entre el desarrollo del ordenamiento jurídico y la economía. Como sostienen los autores, es razonable pensar que la economía de una sociedad delimita la extensión del Derecho que crecerá en dicha comunidad, pero es igual de cierto que el Derecho provee un marco delimitado de trabajo para la misma economía (2019, p. 175).

De la misma manera, para entender realmente un sistema jurídico, hay que evaluar la situación política, puesto que este sistema determinará en gran medida los límites ideológicos respecto a regulación. Dicho de otra manera, la regulación presente en una sociedad es el reflejo de aquello que los grupos de poder consideran como lo más importante y cómo piensan sobre cómo deberían hacerse las cosas (2019, p. 176). Este es el mismo análisis que, en el fondo, podría realizarse con diversas aristas de la vida en comunidad, pero todo se resume a que “(...) law can be properly understood when it is placed in a broad historical context” [(...) el Derecho solo puede ser correctamente entendido cuando se le analiza bajo un amplio contexto histórico] (Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 176).

Entonces, ¿por qué suceden los trasplantes legales? Mousourakis y Nicolini emplean un ejemplo histórico y concluyen que la percepción de la calidad y el prestigio del sistema exportador es un elemento central (2019, p. 179). Lo explican de la siguiente manera: si nos ponemos a evaluar el impacto que el Derecho Romano ha tenido en diversas sociedades a través de los siglos, podremos notar que fue adoptado porque no existían cuerpos de gobierno centralizados ni otros sistemas legales desarrollados que pudiesen competir con su herencia, parcialmente también porque las reglas romanas estaban ya adaptadas a las condiciones sociales de la mayoría de naciones europeas. En general, el Derecho Romano logró ese nivel de adopción porque era percibido como un sistema legal superior y, por tanto, se apoyó su trasplante a lo largo de los siglos (2019 p. 179).

De manera más fidelista a lo que señala Watson, él postula que los trasplantes legales ocurren por cuatro principales razones: primero, por utilidad práctica, se toma prestado aquello que se considera económicamente eficiente y permite ahorrar la fatiga de tener que inventarlo uno mismo; segundo, por pura casualidad, o sea, el hecho que permitió que el grupo encargado del trasplante tome conocimiento del Derecho extranjero en un momento determinado; tercero, la malinterpretación, porque el autor sostiene que la recepción en gran parte ocurre porque el ordenamiento receptor interpreta que el objeto que le interesa

es útil debido al prestigio del ordenamiento de origen; y cuarto, la necesidad de una autoridad, para justificar el trasplante de aquello que parece funcionar bien en un aparente “mejor” ordenamiento (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 223).

En síntesis, entender por qué, no solo a nivel de principio; sino a nivel de razón-cause-fundamento, es crucial para posteriormente analizar el nivel de efectividad que un trasplante legal puede tener en determinada sociedad:

The motivation or reason for a legal transplant is important because it affects the conduct of the legal community that subsequently interprets and enforces the law and this in turn affects the effectiveness of the legal transplant in the long term [La motivación o razón detrás de un trasplante legal es importante porque afecta la conducta de la comunidad legal que posteriormente lo interpreta y debe hacer cumplir la ley esto, a su turno, afecta la efectividad del trasplante legal en el largo plazo] (Milhapaut & Pistor como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 224).

Ahora bien, ¿dónde es que se da este fenómeno? hoy por hoy, las reglas/principios/razonamientos legales extranjeros se adoptan en el mismo contexto de la práctica jurídica, es decir, porque se encuentra necesario corregir algunas lagunas o porque surge una necesidad en particular. Los autores señalan que los trasplantes legales ocurren en todas las áreas del gobierno: la legislación, las cortes y en los cuerpos administrativos (2019, p. 180). Por ejemplo, el legislador usualmente está más predispuesto a realizar estos trasplantes dependiendo de su consideración sobre la eficiencia económica del resultado, es casi como una competencia en el mercado en donde gana aquel sistema legal que sea más eficiente. Evidentemente, las cortes también suelen utilizar el recurso de “tomar prestado” de ordenamientos extranjeros, sobre todo cuando se les presentan casos de difícil solución o relativamente novedosos. Al respecto, los autores indicaron:

However, as in most cases judges are expected to apply existing rules (and not to create ones), the use of foreign legal material is restricted to the interpretation of current laws in the wake of legal uncertainty produced by conflicting rulings. To put it otherwise, judges cannot engage in legal transplantation that entails institutional reform or has no basis in existing norms that are considered binding within the system [Sin embargo, dado que en la mayoría de los casos los jueces están obligados a aplicar (no crear) normas vigentes, el uso de material jurídico extranjero se limita a la interpretación de las leyes vigentes en el contexto de la incertidumbre jurídica creada por decisiones contradictorias. En otras palabras, los jueces no pueden llevar a cabo un trasplante legal que implique una reforma institucional o no se base en normas preexistentes consideradas ya vinculantes dentro del sistema] (Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 182).

Con lo cual, los autores no están en contra de que los jueces realicen trasplantes legales, pero sí reconocen que, en un contexto donde mayoritariamente el juez se dedica solo a aplicar el Derecho, no debería estar permitido que realicen dicha importación, sobre todo porque presupone la amplia discreción del juez respecto a qué va a importar, cuándo lo hará (en qué y para qué casos) y de dónde lo hará. Lo cual representa en sí mismo un riesgo importante a considerar porque eventualmente llevarían a frustrar cualquier intento de importación que genuinamente pueda ser necesario e importante. Todo esto nos lleva a concluir que los trasplantes legales son más comunes y complejos de lo que usualmente se tiene presente, pero que también es necesario evaluar el destino del trasplante en un contexto socio cultural, económico y político (2019, p. 183).

Esto es particularmente importante porque, como señala Kahn-Freund, existen niveles de transferibilidad. Es decir, las normas legales tienen todas y cada una, un nivel de conexión particular con el contexto socio político en donde nacen, pero también pueden desconectarse de este: algunas más que otras. Esto es lo que teóricamente hace posible el trasplante legal entre sociedades diferentes, sencillamente, dado que algunas reglas o principios se desconectan en distintos niveles, tienen también distintos niveles de transferibilidad que harán más o menos factible la trasplantación (como se citó en Mousourakis y Nicolini, 2019, p. 183).

Algo interesante por precisar es aquello que sucede a nivel individual cuando el fenómeno del trasplante legal ocurre y sobre esto los comparativistas italianos se han pronunciado. Graziadei no niega que las explicaciones macro, antes presentadas, sean, en gran medida, aquello que concreta los trasplantes legales como mecanismos de transformación legal, sobre todo en términos de acción institucional, ya que terminan siendo la fuerza necesaria para impulsar los cambios en cuestión; sin embargo, el autor considera también relevante tener en cuenta lo que sucede a nivel micro, o sea, lo que sucede a nivel individual para que la transformación legal se lleve a cabo. Esto bajo el entendimiento de que el Derecho no es un sistema contenido en sí mismo, sino un aspecto de la vida social, lo que significa que repercute a nivel individual y, por tanto, debe haber una teoría sobre esa parte del fenómeno también (2009, p. 725). Al final del día, los trasplantes legales son actos sociales performados por individuos, sostiene Graziadei (2009, p. 730).

Así, el autor menciona que es importante tener en cuenta, primero, el lenguaje como herramienta porque la forma en cómo empleamos el lenguaje no siempre corresponde al uso que inicialmente se pensó y, siendo el trasplante legal un acto social, se representa también como una acción mediada (*mediated action*). Es decir, es una acción en la cual las personas utilizan herramientas del ambiente y contexto que les rodea para interactuar en determinada situación. Dicho de forma más simple, las herramientas que se utilizan para llevar a cabo el trasplante legal son aquellos materiales jurídicos que se consideran necesarios y apropiados para hacerlo; sin ellos, el resultado del cambio sería diferente, pero en cualquier caso siempre

el resultado del trasplante es original y no una simple reproducción (2009, p, 737). Lo que Graziadei trata de decir sobre este punto es que difícilmente los individuos tengan todo el tiempo ideas 100% originales; al contrario, lo más usual es que tomen de referencia otros contenidos pre existentes y esto sucede también en el mundo legal, que es justamente la idea más sencilla de entender un trasplante legal. Sin perjuicio de ello, aunque pueda servir de fuente de inspiración, a nivel del individuo se está haciendo una interpretación única en función del uso de las herramientas que se tienen presente (como el lenguaje).

Segundo, Graziadei resalta el factor de la ideología, toda vez que esta conduce a la legitimización de normas en una sociedad, incluso de aquellas trasplantadas, por lo que es una interfaz entre la práctica individual y la práctica colectiva (2009, p. 739). Por ejemplo, si se dice que el prestigio es una de las razones por las que un trasplante legal sucede, esto significa que el análisis del prestigio como factor determinante dentro del trasplante, cae dentro de lo que se debe entender como ideología porque, al final, el concepto de prestigio dependerá del conjunto de valores y visión que cierto grupo de personas tenga sobre el estatus o el éxito (2009, p. 739). Eventualmente lo que el autor quiere decir es que la ideología es uno de los factores más importantes para determinar si una regla trasplantada se acepta o no y en qué medida, pero como es natural en la ideología, esta no es eterna, sino que está en constante desarrollo. Por ello, sostiene Graziadei, lo mejor que puede hacer el Derecho Comparado es investigar sobre el origen y fin de una ideología, cómo se transforma en el tiempo y, sobre todo, respecto de sus contradicciones (2009, p. 740).

Ahora, ¿es posible decir que existen efectos de los trasplantes legales que ocurren a nivel de principio? Por su puesto. El concepto de trasplante legal, según el entendimiento de Watson implica reconocer que las reglas y conceptos pueden sobrevivir sin una conexión estrecha con algún grupo particular de personas o un periodo de tiempo o un espacio determinado (Siems, 2017, p. 104). Hoy por hoy, la academia comparativista más moderna reconoce que el objeto de un trasplante legal no necesariamente se limita a reglas y conceptos jurídicos, sino que maneja un espectro mucho más diverso: citas de sentencias extranjeras, cultura legal extranjera, o incluso educación legal extranjera. Como sostiene Siems, el objetivo principal es trasplantar ideas o políticas (2017, p. 105). Las razones de por qué surgen los trasplantes legales son igual de diversas, puede ser un asunto de post influencia colonial, como podría ser el impacto del comercio actual internacional, de cualquier forma, esto demuestra que los *legal transplants* pueden ser voluntarios o involuntarios.

Esta es la premisa lleva al autor a construir el concepto de *malicious legal transplants*⁶², es decir, así como existen trasplantes legales que, voluntaria o involuntariamente, se hacen con la buena fe de

⁶² Algunos interesantes ejemplos propuestos por el autor: la importación de leyes de segregación racial americanas del siglo XIX que aparentemente influyó en el conjunto de leyes de identificación racial durante la Alemania nazi; la importación del *Sharia Law* a países no islámicos como Brunei o el norte de Nigeria; o la influencia de la

importar un modelo/idea/mentalidad jurídica que se considera positiva (o mejor), entonces también deben existir aquellos que se hacen con la intención de causar un daño: tienen un elemento objetivo que es el daño, y un elemento subjetivo que es el actor que deliberadamente reconoce el uso malicioso del trasplante (Siems, 2017, p. 105). Entender sobre este concepto es útil para reconocer cuándo podríamos estar frente a un trasplante legal malicioso y cómo podríamos evitarlo, sobre todo porque, como reconoce el autor, este es un nicho del cual no se ha discutido mucho en el mundo comparativista.

Existe una narrativa principal en la que, de manera ciertamente un poco simplista, se explica que el objetivo de un trasplante legal es tener acceso a un “mejor” sistema legal; sin embargo, lo cierto es que existen muchas más razones por las que esta clase de eventos suceden. Siems explica que, por ejemplo, existen trasplantes que reflejan las preferencias internas sobre el país receptor prefiere o considera como mejor. En otras palabras, los juristas del país receptor escogerán un ordenamiento que provenga de un país que, en consenso, se considere como uno con un sistema legal legítimo. Asimismo, puede haber motivaciones económicas, como que el país exportador se beneficie de que las empresas en el país receptor puedan hacer un mejor negocio si sus leyes y normas se trasplantan, de este modo reduciendo costos transaccionales (2017, p. 109).

Además, esto colateralmente representa un beneficio para los países exportadores porque les brinda una suerte de prestigio al saberse reconocidos como poseedores de un sistema legal influyente. Es importante considerar que el trasplante también podría responder a cuestiones de *soft power* de parte de países exportadores, y precisamente por ello se reconocen fenómenos como “*legal imperialism*” o imperialismo legal, que suelen suceder más entre países en desarrollo y las potencias occidentales (2017, p. 109).

Ahora bien, en cuestiones normativas, Siems indica que el concepto de trasplante legal presenta algunos debates a su alrededor: existe un grupo denominado “optimistas”, quienes sostienen que los trasplantes legales pueden ayudar a los países a superar problemas económicos y sociales, por lo tanto, incentivan la práctica legal de “tomar prestado” porque consideran que esto estimula el desarrollo de los países; por otro lado, existe el grupo de los “pesimistas”, quienes argumentan que en la práctica los trasplantes legales no favorecen al país receptor porque estas ideas/principios/instituciones contaminan o disrumpen de alguna forma el orden legal doméstico. ¿Cómo es posible? Esta postura sostiene que el Derecho, la sociedad, la cultura y la política de cada país están estrechamente interconectados y, en consecuencia, no se debería simplemente copiar las instituciones o principios de un ordenamiento

criminalización de la homosexualidad a través del Derecho de las colonias británicas y su impacto en la India pre colonial, Malasia o Singapur (Siems, 2017, p. 106-107).

extranjero y ajeno, por lo que consideran que los trasplantes legales suelen fallar, ya sea por falta de ejecución o porque simplemente son insostenibles (2017, p. 110).

El planteamiento interesantísimo del autor para evaluar cuándo un trasplante podría ser malicioso se basa en disgregar este fenómeno en tres elementos: primero, el objeto del trasplante. Como es sabido, el objeto puede ser un conjunto de normas, un principio, una institución, o incluso una mentalidad jurídica; en estos casos podríamos estar frente a un trasplante malicioso cuando observemos una relación particular entre el objeto y el trasfondo socio cultural, por ejemplo, cuando hablamos de las normas de segregación racial en U.S.A., termina siendo más determinante que el texto literal de las leyes, la ideología que se encuentra detrás). Como explica Siems, si esta norma se trasplanta, no lo haría porque la redacción le pareció particularmente excepcional al país receptor; sino porque la ideología detrás tiene un éxito considerable con el grupo que se está encargando de trasplantarla (2017, p. 112).

La sustancia del objeto también juega un rol fundamental, es decir, las razones por las que se considera cierto trasplante como malicioso, pueden ser las mismas que terminan contribuyendo a su ocurrencia, pensemos en la naturaleza radical de una ley que se pretende trasplantar. Siems comenta que una de las razones de trasplante de un sistema legal como el *Wahhabi* en Indonesia es porque, socialmente, construyeron un imaginario en donde el ordenamiento de Arabia Saudita controlaba mejor temas sociales y religiosos a comparación de la corrupción social que vivían en su propio sistema (2017, p. 113).

Segundo, el proceso del trasplante. Este momento responde a la interrogante de ¿por qué ocurre un trasplante legal? Lo cierto es que es un proceso deliberado y que la relación de poder preexistente entre ambos países juega un rol más importante de lo que usualmente se acepta (2017, p. 113). Como se mencionó anteriormente, entran en juego intereses económicos, incentivos financieros y los intereses privados también tienen un rol crucial porque un jurista con poder de crear normas puede pensar estratégicamente para emplear reglas maliciosas y, a su vez, podríamos encontrar detrás grupos transnacionales, corporaciones multinacionales, organizaciones religiosas y un sinnúmero de agentes que perfectamente podría tener un interés detrás del trasplante legal malicioso de determinadas normas o instituciones (2017, p. 113).

Tercero, las dinámicas del país receptor. Entender este punto es crucial para el trasplante legal, muchas veces puede pasar que la adopción maliciosa se de como respecto a una tendencia generalizada, por ejemplo, sostiene Siems, los trasplantes en países asiáticos y africanos de ordenamientos musulmanes y sus estrictas normas islámicas, es una continuación a sus esfuerzos por decolonizarse de occidente (2017, p. 114).

Entonces, ¿cómo prevenir un trasplante legal malicioso? Existen algunas formas de intervenir ante el objeto y en el proceso del trasplante legal, como que los países receptores y las organizaciones

internacionales cuestionen el desbalance de poder que trae consigo una idea maliciosa. El autor considera que incluso grupos de la sociedad, o los mismos abogados y operadores jurídicos del país exportador, tienen la posibilidad de modificar aquello que se pretende trasplantar para evitar un rumbo inadecuado. Todo esto dependerá del verdadero poder que gozan estas organizaciones subalternas para influenciar en la relación con el Estado y con los grupos que impulsan el trasplante en cuestión (Siems, 2017, p. 117).

En general, este planteamiento podría sonar como anticuado para aquellos que, correctamente, reconocen la tendencia mundial hacia la convergencia de los sistemas legales; sin embargo, la postura de Siems no es partidaria de desanimar o sugerir que ningún trasplante legal es beneficioso. Por el contrario, Siems está de acuerdo con que las buenas ideas son un determinante para la prosperidad generalizada y que, a veces, estas buenas ideas resultan ser foráneas, tal es así que incluso puede haber casos de “*overfitting*”, es decir, casos en donde la idea jurídica extranjera funcionó mejor en el país que la adopta mediante el trasplante, que en el país de origen. En suma, todo apunta a que el diseño de un trasplante legal es fundamental y ello necesariamente implica conocer y entender los aspectos técnicos y normativos de cómo funciona (2017, p. 118).

4.1.1. El fenómeno del *legal transplant* a través del tiempo: ¿es relevante medir su éxito o fracaso?

Por último, corresponde comentar al respecto cómo sucede un trasplante legal evaluando su metodología en virtud del factor **tiempo**, un criterio que ha demostrado ser el más relevante para evaluar la efectividad del trasplante, toda vez que nos invita a romper **el binarismo entre lo que consideramos o un éxito o un fracaso**. No obstante, para evitar que esta sección de la explicación sea extremadamente teórica, se recurrirá a un ejemplo tangible: México. El caso de México es particularmente importante para esta investigación debido a diferentes motivos: primero, compartimos un sistema legal perteneciente a la misma familia jurídica; además, compartimos principios legales de la misma naturaleza que explican la misma funcionalidad en nuestro ordenamiento⁶³; por si fuera poco, compartimos un caso bastante similar de introducción del concepto de *punitive damages* a través de la labor judicial ante casos particularmente sonados; y, por último, compartimos el mismo idioma, lo cual hace siempre la labor de investigación un poco menos tediosa. La introducción de este caso nos permitirá plantear una segunda metodología además de la propuesta por Watson y esto es relevante a nivel entendimiento del Derecho Comparado. Veamos, pues, ¿qué sucedió en México y qué se dijo al respecto?

⁶³ Las cortes mexicanas comparten el principio peruano de división de poderes en tres cuerpos: legislativo, judicial ejecutivo; de manera que uno no puede interferir en la labor del otro. Por tanto, las cortes mexicanas tampoco pueden “crear” nuevas leyes a través de la jurisprudencia (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 217).

En México se introdujeron los *punitive damages* con ocasión de un tristísimo caso en donde un joven perdió la vida, tras ser electrocutado en la laguna artificial de un hotel después de haber sufrido un accidente y de que el hotel no haya sabido como responder correctamente ante la emergencia. La Primera Sala de la Suprema de Justicia Nacional presentó una elaboración del concepto de *punitive damages* que podría ser muy interesante de tener en cuenta: utilizó esta institución como criterio para determinar el *quantum* de la indemnización por daño moral (Sánchez, 2018, p. 169). La corte reconoció que el entendimiento que tenemos respecto a lo que el derecho a una compensación justa, depende mucho de lo que nuestra tradición legal adopte como responsabilidad civil y que, emplear una institución de tal naturaleza, implica evolución jurisprudencial en su más preciso significado.

Un principio importantísimo y casi revolucionario es que la Corte Suprema de México considera que el derecho a una reparación justa es un mecanismo para alcanzar diversos objetivos en términos de retribución social, por ejemplo, el efecto de la disuasión de conducta reprochables para la comunidad. En consecuencia, los *punitive damages* son parte del derecho fundamental a obtener una reparación justa (como se citó en Sánchez, 2018, p 169). Fue de esta manera que en México se optó por emplear el daño moral como el vehículo para introducir los *punitive damages* a su sistema de responsabilidad civil.

Este postulado apuesta por aceptar que la compensación del daño moral no puede ser solo compensativa (de modo que se repone estrictamente lo necesario), sino que también debe ser punitiva porque existen elementos agravantes que deberían ser tomados en cuenta, por ejemplo, en el caso que motivó su introducción: la muerte de un joven hijo a causa de desperfectos técnicos y una negligente atención del accidente por parte de un equipo de personas que debió estar mejor preparada. La corte mexicana propuso una fórmula para entender la composición del *quantum* que correspondería en estos casos, y se basa en tres elementos de cuantificación: (i) la magnitud de la importancia del derecho o bien jurídico afectado; (ii) el grado de responsabilidad; y (iii) la situación económica del causante del daño (Sánchez, 2018, p. 170).

De acuerdo a su criterio, el segundo elemento es importante porque la seriedad de la conducta debe guardar una relación directamente proporcional con el monto finalmente otorgado y, además, la situación económica del responsable es relevante para medir la efectividad del efecto preventivo buscado por el ordenamiento. Sin perjuicio de ello, la corte reconoce que no estamos frente a parámetros objetivos que deben seguirse como si fuesen una fórmula matemática; al contrario, se incentiva a que cada juez evalúe circunstancias particulares en cada caso que se le presente. No obstante, y en esto se puso mucho énfasis, la única regla inexorable es que el *quantum* no debe basarse en el mejor parecer del juez, o en cualquier otro criterio subjetivo; sino que debe haber una motivación suficiente para explicar cómo, sobre la base de

esta fórmula guía, se llegó a determinado monto (Sánchez, 2018, p. 171). El objetivo final debe ser reparar y disuadir, de manera que en México se pretende reconocer el carácter dual de la reparación del daño moral.

Ahora bien, tomando en cuenta que esto fue lo que sucedió, Muñoz y Vázquez-Cabello nos presentan la interrogante que recoge prácticamente todas las críticas que recibió este acontecimiento en México: ¿es que acaso la Corte Suprema estaba incumplimiento el principio constitucional de separación de poderes en el Estado a través de la aplicación de los *punitive damages*? Sorprendentemente (o no...) los autores consideran que no necesariamente ocurrió así, pues la Corte Suprema no introdujo los *punitive damages* como una voz independiente de la indemnización compensatoria; sino que, en función de su legítimo rol de intérprete de las leyes, simplemente elaboró una argumentación en donde los *punitive damages* son parte de la compensación prevista por ley bajo el concepto de daño moral (2019, p. 218).

Bien y ¿qué tiene que ver esto con el fenómeno de los trasplantes legales? Los autores consideran que en México sí ocurrió un trasplante legal, pero para esto primero es necesario entender qué se dice respecto al tiempo, para después comprender qué criterios se debe tomar en cuenta para medir la efectividad de un trasplante legal (que en términos pragmáticos es lo más relevante). Sigamos.

La metáfora popularizada por Watson respecto al trasplante legal como un trasplante médico tiene sus propias falencias a la hora de explicar lo que realmente sucede cuando una regla se mueve de un ordenamiento a otro, sobre todo porque el trasplante legal no ocurre por la presencia de un ordenamiento “sano” y uno “enfermo”; sino por la mayor demanda que provoca el cambio. Esto es interesante porque para Watson, un trasplante legal exitoso se comprende en los mismos términos que un trasplante médico: es exitoso en tanto aquello que se retira logra “crecer” en el nuevo cuerpo como si siguiera en el cuerpo original, volviéndose parte inherente del nuevo ordenamiento, o sea, como si nunca hubiese sido trasplantado en primer lugar (Watson, 1993, p. 27).

La razón por la que Watson acuña el término *legal transplant* en los años 70 es porque los trasplantes de órganos en la medicina estaban volviéndose muy populares. Así, la analogía se volvió muy útil en términos prácticos para poder describir este fenómeno: de manera similar a una cirugía, el trasplante legal requiere un objeto a ser trasplantado, un cuerpo legal que ya esté empleando dicho objeto y un ordenamiento jurídico que lo vaya a recibir. Lógicamente, esta compleja intervención necesita de un periodo de recuperación, como lo haría cualquier persona en el post-operatorio, y esto implica tiempo para evaluar y tomar medidas preventivas en caso se rechace aquello trasplantado. Solo el tiempo podrá determinar si la cirugía fue un éxito o si fue un fracaso que se convirtió en aquello popularmente llamado *legal irritant*, o sea, un elemento que disrumpe el balance natural de las reglas jurídicas en el país receptor (Viven-Wilksch, 2019, p. 135).

En general, podemos aceptar que el tiempo es uno de los factores más importantes en el fenómeno del trasplante legal, puesto que, al igual que en la medicina humana, el tiempo en estos casos determinará si el cuerpo legal receptor se encuentra listo para recibir el trasplante, qué tan rápido se recuperará y, finalmente, si será aceptado o rechazado (Viven-Wilksch, 2019, p. 135). La autora sostiene que uno de los objetivos del trasplante legal es el desarrollo del sistema jurídico y, como tal, solo podríamos hablar en términos de posibilidad de éxito si es que el proceso se realiza de manera voluntaria. Lo más importante es tener en cuenta que hablamos de “posibilidad de éxito” porque comprender lo crucial del elemento temporal necesariamente nos lleva a quebrar el binomio “éxito-fracaso” (2019, p. 154). Esto así porque el cambio legal no sucede de la noche a la mañana, en consecuencia, es un proceso considerablemente lento, en palabras de la autora: es una maratón, no una carrera (2019, p. 152). Entonces, para responder a su interrogante, Viven-Wilksch deja en claro que, aunque la paciencia pareciera no ser el fuerte de los juristas universalmente hablando, **no existe un límite de tiempo para determinar cuándo un trasplante se ha vuelto inútil o un fracaso.**

De hecho, esto se opone a una posición considerablemente importante entre los comparativistas respecto al cambio legal y es que, como inicialmente planteó Pierre Legrand, los trasplantes legales en realidad serían técnicamente imposibles, porque todo aquello que se trasplanta necesariamente se asimila al ordenamiento receptor y por tanto “desaparece”, o sea, se convierte en algo diferente y hasta que eso no suceda no es más que un *legal irritant* (un elemento que causa disrupción en el orden normal de las cosas dentro del sistema jurídico). Sin embargo, como sostiene Graziadei, los trasplantes legales no deberían ser considerados como fenómenos excepcionales o artificiales, ya que son ocurrencias regulares dentro del desarrollo del Derecho; pero más importante aún, el criterio del tiempo que se tome para evaluar las consecuencias del trasplante es importante. Esto porque, evidentemente, el tiempo altera la situación inicial de las cosas, y no existe un tiempo específico para determinar cuándo podemos decir que cierto objeto realmente encaja o no en el ordenamiento receptor (2009, p. 733). Lo que sí es cierto es que, cuando el proceso haya llegado a su fin, sería necesario deshacerse de la escalera que sirvió para llegar a la cima y en virtud de esto es que parece que el trasplante “desaparece”. No obstante, cualquier otra persona podría notar que ahí, para que se llegue a la cima, se necesitó de una escalera y eso no significa que el trasplante es invisible para los demás (Graziadei, 2009, p. 733).

Esta cuestión del tiempo ha llevado a reflexionar sobre el término en sí mismo y es que no es correcto sugerir que, ante este fenómeno, el ordenamiento exportador pierde o “le es retirado” aquello que se trasplanta; así como tampoco lo es sugerir que el ordenamiento receptor se mantiene inalterado (además de la recepción, claro). Por esto, algunas voces de la doctrina, como Hans W. Baade, consideraron que era mejor utilizar la analogía de un **trasplante botánico**: las semillas pueden ser trasladadas a otra tierra y

florecer en ambos suelos, aunque probablemente lo harán de diversa manera, la tierra original no pierde las semillas y a la tierra receptora se le permite alterarse (como instalar un invernadero) para lograr las condiciones necesarias para que florezcan las semillas (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 220)⁶⁴.

Las críticas, en general, apuestan por reconocer que el concepto original de Watson peca de inflexible, cuando en realidad los conceptos con los que trata un fenómeno como el trasplante legal son extremadamente dinámicos. En ese sentido, la idea es rechazar la premisa de que el único resultado de un trasplante legal es el éxito o el fracaso (quizá por esto la analogía médica es considerada como inapropiada). Como sostiene Edward M. Wise, el trasplante legal debería ser entendido como el proceso de circulación de las ideas legales porque, en realidad, es un fenómeno que hace referencia al movimiento continuo de los conceptos y paradigmas jurídicos (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 220).⁶⁵ Asimismo, contrariamente a la opinión de Watson, respecto a que el trasplante es un fenómeno socialmente simple; Jörg Fedtke —uno de los comparativistas modernos más relevantes— también sostiene que se trata de un proceso dinámico y que, precisamente por esta naturaleza, el proceso puede llegar a ser muy complejo en realidad (como se citó en Viven-Wilksch, 2019, p. 133).

Como quiera que fuera, Muñoz y Vázquez-Cabello sostienen que un trasplante legal sí ocurrió en México y esto porque la Corte Supremo buscó y tuvo la intención de implementar un cambio en la responsabilidad civil, lo cual necesariamente traerá consecuencias al rumbo de la sociedad mexicana (2019, p. 222). Entonces, agregan, lo relevante es determinar la efectividad de dicho trasplante. ¿Cómo deberíamos hacer ello? Los autores emplean la metodología propuesta por diversos comparativistas referentes del estudio en *legal transplants*, por ejemplo, Otto Kahn-Freund, Milhaupt & Pistor, Esin Örüci y Daniel Berkowitz. Veamos.

De acuerdo a Kahn-Freund, en principio un trasplante legal solo podría ser efectivo si ambos ordenamientos comparten los mismos elementos culturales, demográficos, políticos, económicos, etc. Sin embargo, eventualmente concedió que la globalización y la industrialización han convertido nuestras sociedades cada vez más similares entre ellas, por lo que concluyó que lo realmente crucial para la

⁶⁴ De alguna forma, y en parte según el entendimiento de Watson, en la analogía médica el ordenamiento receptor tiene que esperar a que se adapte (la sociedad) a aquello que fue objeto de trasplante; mientras que en la analogía botánica el receptor (la sociedad) puede activamente tomar medidas y adaptar el objeto del trasplante de la mejor manera posible.

⁶⁵ Hoy en día existen propuestas para entender mejor este proceso a través de denominaciones distintas, por ejemplo, transposición legal o *legal transposition*, que hace una mejor alusión a la idea de que, como en la música, una nota toma una posición similar, pero en una escala diferente y esto se hace para adecuar el rango vocal del cantante o el rango de un instrumento en específico (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 221).

efectividad del trasplante era establecer el grado de compatibilidad entre los dos ordenamientos. De esta manera, el grado de transferencia que un objeto legal puede tener, depende en gran manera de qué tan cercanos son los sistemas jurídicos entre sí. El autor ejemplifica y demuestra que, hace dos siglos, Alemania y Francia intentaron introducir la figura del jurado en los procedimientos civiles, pero fallaron porque toda la práctica jurídica lo rechazó: jueces, abogados, académicos. Aunque pareciera que esto tiene que ver más con las semejanzas entre culturas legales; para el autor no es así, toda vez que en otro contexto reglas igual de “ajenas” fueron aceptadas por quienes tenían el poder de hacerlo, por ejemplo, en el caso de las cortes laborales mixtas inglesas, que son en realidad trasplantadas de Francia (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 225).

Por otro lado, Berkowitz, Milhaupt y Pistor sostienen que un trasplante legal es efectivo cuando existe una demanda de aquello que se importa por parte del ordenamiento receptor. La demanda como tal podría existir solo si los operadores jurídicos del país receptor están familiarizados con los principios legales básicos del ordenamiento extranjero y el objeto del trasplante se adapta a las condiciones locales. Lo básico para sostener que existe demanda es que el objeto del trasplante pueda ser utilizado en la práctica legal del receptor, puesto esto es lo que en principio generaría la intención de sus operadores jurídicos por recepcionar aquello trasplantado. Si esto no pasa, entonces lógicamente la demanda será baja o muy débil como para garantizar la efectividad del trasplante legal. Según esta posición, no importa tanto la idea de que las culturas legales hagan “*match*”, sino más bien, la existencia de una demanda importante y el proceso mediante el cual se incorpora el objeto a la estructura del país receptor (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 226).

Entonces, según esta posición, lo importante es que existan mecanismos que permitan la incorporación y la ejecución de la regla o institución y, al respecto, plantean las siguientes interrogantes que deberían surgir en este proceso: ¿acaso los litigantes y los abogados tienen incentivos para iniciar juicios que empleen dicha institución? O ¿acaso los jueces están correctamente familiarizados con los conceptos y la doctrina? No solo ello, hay un elemento externo al Derecho que es igual de importante: la política económica y esto es lo que los académicos han llamado “*macro-fit*”. Este concepto hace referencia a que, si el objeto del trasplante complementa la política económica del país, entonces es más factible que una demanda fuerte exista (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 227).

De la misma manera, es importante el proceso de adaptación del objeto trasplantado, un cierto nivel de adaptación es necesario para que sea efectivo y eso implica que la adopción viene de parte de los operadores jurídicos también: jueces y abogados deben ganar familiaridad con el objeto e incluso se debe apostar por remover las trabas procesales del ordenamiento receptor que podrían estar frustrando su incorporación. En síntesis, según esta postura, la existencia de una demanda fuerte también depende de las

medidas posteriores que se tomen para alinear la conducta de los operadores legales con el funcionamiento del objeto trasplantado (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 227). Esto, sumado a la existencia de un *macro-fit* a nivel económico, permitirá tener una demanda suficiente que es el criterio determinante para estos autores de la efectividad de los trasplantes legales.

Finalmente, de acuerdo al criterio de Örüciü, para que un trasplante legal sea efectivo lo más relevante es el proceso de adaptación/tropicalización que sucede en el país ordenamiento jurídico receptor por parte de los actores relevantes. Según esta postura es necesario realizar ajustes de aquello que se trasplanta para que el proceso pueda ser efectivo en la práctica, y este criterio termina siendo incluso más relevante que la afinidad que pueda existir entre los sistemas jurídicos involucrados. Esta es una actividad que necesariamente debe llevarse a cabo en el país receptor en todos los sistemas posibles: desde los jueces, hasta los profesores de Derecho (!). Sin perjuicio de ello, la autora explica que no debemos confundir la adaptación con hacer la institución idéntica a algo que ya exista en el sistema receptor; al contrario, si es cierto (y para Örüciü lo es) que la transposición legal puede ocurrir entre países legal culturalmente diversos, entonces es cierto también que con la adaptación adecuada se puede lograr el resultado deseado. Evidentemente, si estamos frente a países relativamente similares en el aspecto social la adopción y transposición sucederá de manera más sencilla, y si estamos frente a países completamente diferentes, será necesario el apoyo de la élite en la profesión legal (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 228).

La autora, quien en vida fue una renombrada comparativista turca en la Universidad de Glasgow, utiliza un maravilloso ejemplo de su propio país: muchas personas podrían decir, a primera vista, que un trasplante legal entre el ordenamiento turco y ordenamientos como el francés, el alemán o el suizo, son prácticamente imposibles de suceder ¿qué podrían tener en común legalmente o, más aún, socialmente? Pese a ello, Turquía es uno de los ordenamientos donde mejor es posible graficar el fenómeno de la trasposición legal entre culturas “no afines” entre sí. Esto fue posible en parte porque, vale la pena aclarar, la trasposición que ocurrió fue prácticamente del sistema legal completo y no solo de algunas reglas; sin embargo, también porque aquellas consecuencias no buscadas o deseadas, fueron modificándose a lo largo de los siglos hasta poder adaptar y homogenizar aquello que trasplantaban a su propia realidad y esto claramente no hubiera sido posible en un país mayoritariamente musulmán⁶⁶ sin el apoyo de los operadores legales: desde las facultades de Derecho, hasta los jueces proactivos (como se citó en Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 229).

⁶⁶ Nótese el énfasis en las diferencias culturales, sociales y políticas que podrían existir entre sistema importador y exportador.

A partir de este punto en el Capítulo corresponde, finalmente, proceder al análisis de lo sucedido con el V y el VI Pleno Jurisdiccional Laboral para determinar si hubo o no un trasplante legal en los términos antes explicados. Es decir, utilizando los tres últimos criterios de efectividad y una metodología propuesta por los autores Muñoz y Vázquez-Cabello, esta implica utilizar el método funcional del Derecho Comparado⁶⁷ que tiene dos funciones importantes (entre otras): primero, realizar un *tertium comparationis*, o sea evaluar si aquellos elementos del trasplante legal son realmente equivalentes, dicho de forma más simple, establecer si es que estamos comparando comparables; y segundo, determinar qué regla de Derecho es mejor en virtud de la función que deberían cumplir. Con lo cual, la metodología de los autores para determinar el trasplante legal en México es una que consideramos particularmente útil para esta investigación porque nos permite aplicarla al caso peruano y realizar la comparación a través de comparativas concretas.

En ese sentido, tomando como inspiración el orden propuesto por Muñoz y Vázquez-Cabello para el estudio de su propio país en el 2019, primero se realizará el análisis del *tertium comparationis* para determinar si los *punitive damages* norteamericanos son una institución comparable con los daños punitivos peruanos de los Plenos Jurisdiccionales Laborales. Luego, se evaluará el criterio de Kahn-Freund respecto a las diferencias socio políticas en el sistema receptor (el peruano) como criterio de efectividad para el trasplante legal de los daños punitivos peruanos. Después, se establecerá el criterio de Milhaupt & Pistor para determinar la relación entre la demanda por daños punitivos en Perú y la efectividad de su incorporación en nuestro ordenamiento. Finalmente, se evaluará la comparación del “mejor Derecho”, o sea si es que los daños punitivos peruanos son tan buenos como los norteamericanos en cumplir la función por la que se supone que existen.

4.2 Análisis del caso: ¿hubo un trasplante legal en el V Pleno Jurisdiccional Laboral?

4.2.1 *Tertium comparationis*: comparando comparables

⁶⁷ Aunque sea una de las metodologías más populares y aceptadas dentro del Derecho Comparado, es también cuestionado porque no tiene una elaboración teórica realmente desarrollada, como concepto fue nombrado brevemente en la introducción de un texto por Zweigert, quien no fue muy adepto del rigor metodológico. En pocas palabras, este método es meramente factual, no se concentra en las reglas, sino en sus efectos y en lo que sucede en la vida real. Como consecuencia, la comparación se realiza en función de las respuestas judiciales que se obtienen. Además, parte de la premisa de que los objetos legales deben entenderse a la luz de su relación funcional con la sociedad en donde existen. Por lo tanto, las instituciones, así sean doctrinalmente diferentes, pueden ser funcionalmente equivalentes (y comparables) si es que cumplen funciones similares, así sea en ordenamientos legales diferentes (esto es lo que entendemos por *tertium comparationis*) (Michaels, 2006, p. 340-343).

De acuerdo a la metodología funcional, para saber si ambas instituciones son comparables, no es tan relevante tener en cuenta las diferencias doctrinales que pueden existir entre ellas, sino el problema de fondo que supuestamente se proponen solucionar en la vida real. En otras palabras, es como estar frente a dos herramientas que, aunque reaccionan diferente, son funcionalmente equivalentes porque siguen resolviendo problemas similares (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 231). Aunque nos encontremos de acuerdo con ello, lo cierto es que sí hay algunas consideraciones respecto al ámbito doctrinal que vale la pena aclarar. Precisamente si lo que se busca es comparar comparables, considero que las voces doctrinarias actuales no se han tomado un tiempo para precisar lo siguiente: los *punitive damages* del *Tort Law* no funcionan igual que aquellos del *Contract Law*.

Es decir, si los “daños punitivos” peruanos fueron creados/incorporados/copiados o trasplantados —como quiera que fuera— para un contexto laboral, sea el V o el VI Pleno, estamos necesariamente frente a un escenario de responsabilidad por inexecución de obligaciones o, en cristiano, responsabilidad contractual. Por lo tanto, la comparación, y/o la crítica, sí debió partir primero de este entendimiento: si hay algo que vamos a comparar es el funcionamiento de los *punitive damages* para casos de *Contract* con los “daños punitivos” peruanos. Habiendo dejado eso en claro, hay que recordar cuál es la función que cumplen los *punitive damages* norteamericanos para casos de responsabilidad contractual: pues las mismas que para casos de *Tort*. Aunque operativamente sean diferentes, las funciones de la institución se cumplen de la misma forma para cualquier caso⁶⁸, estamos hablando de la punición, disuasión y compensación.

Los *punitive damages* norteamericanos, en general, buscan reparar a la víctima y condenar una conducta socialmente condenable, mientras que paralelamente tienen el objetivo de prevenir que una situación del género vuelva a suceder. Podemos decir que esta institución sirve para proteger determinados valores sociales que se consideran positivos e importantes, y, simultáneamente son una suerte de incentivo para que las personas lleven a juicio las ofensas que otros comenten para que así no pasen desapercibidas y se haga cumplir la ley.

Ahora bien, ¿qué funciones cumplen los “daños punitivos” del V Pleno Jurisdiccional peruano? Sí contamos con una diversa e interesante disposición de opiniones desde las voces

⁶⁸ Es útil recordar ahora el concepto de *borderland*. Las diferencias operativas serán útiles en otra sección del análisis.

doctrinales frente al suceso de los “daños punitivos” en el V Pleno, incluso también con una elaboración considerable de parte de la jurisprudencia en donde se recogen los razonamientos del V Pleno. Sin embargo, realmente no hay una elaboración precisa que sume, o en todo caso contradiga, a las funciones que originalmente reconocieron los magistrados en cuestión. Habiendo dejado ello en claro, el V Pleno sostuvo explícitamente que los “daños punitivos” tienen la función de castigar al que produce el daño y disuadir a terceros de repetir la conducta en cuestión, por lo que se resumen en una función ejemplificadora. Sin embargo, de manera implícita, sabemos que existe una función mucho más pragmática y es la de solucionar el problema de obtener un fondo para que los trabajadores reciban los aportes a sus fondos de pensiones debido a que las remuneraciones devengadas tendrían naturaleza indemnizatoria para el V Pleno.

Esto es importante porque, aunque en el papel los magistrados puedan decir que la intención de incorporar esta institución al ordenamiento peruano era la de que cumplan una función similar a la que tienen los *punitive damages* en su ordenamiento de origen, parece ser más importante reconocer cuál es la verdadera función que los “daños punitivos” del V Pleno recogen. En virtud de realizar una labor correcta de comparación, deberíamos apostar por la verdad más descriptiva posible y, en ese sentido, lo cierto es que los “daños punitivos” del V Pleno no necesariamente cumplen una función disuasoria o ejemplificadora o netamente de punición.

Si eso fuera así, probablemente el V Pleno hubiera considerado su incorporación independientemente de si la trabajadora en cuestión tenía o no acceso a los montos que debía recibir como aportes a su fondo de pensiones. No obstante, como ya se adelantaba en el capítulo anterior de nuestra investigación, si el V Pleno no hubiese considerado que las remuneraciones devengadas tienen naturaleza indemnizatoria, nunca habría tenido el problema de que esos montos no podrían verse afectos a deducciones para el fondo de pensiones y, si eso no hubiese sucedido, no tendría realmente la necesidad de precisar la existencia de un concepto adicional para que se justifique lo que la trabajadora debe recibir como aportes pensionarios.

Tal es así que, como ya se insinuaba, el monto que contempla el V Pleno para sus “daños punitivos” está exclusivamente limitado al monto que se habría recibido como aporte al fondo de pensión y, como es sabido, esto ocasionada que la cuantía de los daños punitivos pueda ser tan ínfima (y ridícula) como sumas inferiores a los doscientos nuevos soles. Incluso

cuando se han presentado casos en donde jurisprudencialmente se pase por alto el error dogmático del V Pleno al equiparar las remuneraciones devengadas con lucro cesante, la situación con la cuantía “punitiva” no ha sido diferente, circulando como mucho los dos mil nuevos soles. Entonces, parece ser que la verdadera función de los “daños punitivos” del V Pleno está casi exclusivamente dirigida a la función compensatoria.

Esto solo podría ser un problema para quienes, equivocadamente, consideren que los *punitive damages* no cumplen esta función⁶⁹. Por lo que, es razonable decir que los “daños punitivos” del V Pleno y los *punitive damages* comparten, por lo menos, una de las funciones más importantes según su ordenamiento de origen: la compensación. ¿Esto es suficiente? Probablemente no, pero lo mejor es no adelantar el juicio hasta no terminar el análisis de todos los puntos propuestos en esta sección. Como quiera, es importante destacar que aquello que impulsa la creación de los “daños punitivos” en el V Pleno es una situación perfectamente amparable dentro del ordenamiento de los *punitive damages*. Esto es importante porque los hechos que conllevan a un despido incausado o fraudulento son semejantes al tipo de conducta estándar que en Estados Unidos pueden acarrear conceder los *punitive damages* en sede contractual.

Es decir, lo que está detrás del despido incausado o fraudulento implica, más allá de las discusiones doctrinarias en el Derecho Laboral sobre este punto, una clara vulneración al derecho constitucional al trabajo pues, de cualquiera manera, implica privar a una persona de su trabajo por un despido que realmente solo se sustenta en la voluntad unilateral del empleador sin tener una causa justa o legal, o en alguna invención malintencionada dirigida a perjudicar a la trabajadora para poder despedirla. Esto es ciertamente acorde con el criterio que más popularidad ha tomado respecto a la concesión de *punitive damages* en *Contract Law*: la opresión. Con lo cual, podemos decir que casos similares son amparables bajo el criterio de la opresión para ser considerados como incumplimientos oportunistas en un contexto laboral, y, como se explicó ampliamente en el Capítulo II, esta es una elaboración importante que ha permitido conceder *punitive damages* en sede contractual.

En virtud de todo lo mencionado, considero un poco arriesgado decir que los *punitive damages* y los “daños punitivos” del V Pleno son figuras comparables, no porque sea falso que

⁶⁹ Para quienes en todo caso recomendamos visitar nuevamente el Capítulo II de este trabajo.

comparten un trasfondo importante, esto es, el escenario que justifica su aplicación; sino porque las funciones (que termina siendo lo más relevante para este punto del análisis comparativo) son escasamente similares. Podría perfectamente ser un salto lógico argumentar que, solo porque comparten la función compensatoria, es suficiente para hacer ambas figuras como equivalentes. Sin embargo, en vista de que, en papel, el V Pleno sí tuvo la intención de reconocerles una función disuasoria y ejemplificadora y ello significa que pretenden servir funciones similares, podemos decir que son en cierta medida comparables y continuar con el análisis.

4.2.2 Criterio de Kahn-Freund

Según el criterio de Kahn-Freund, explicado en la sección 4.1 de este Capítulo, la efectividad de un trasplante legal debe medirse en función de la compatibilidad entre el ordenamiento exportador y el ordenamiento receptor. Una compatibilidad que, ciertamente, estaría basada en elementos socio políticos de su idiosincrasia. Este punto es considerablemente más sencillo: es evidente que las estructuras legales de ambos ordenamientos son diferentes; no en lo absoluto, pero lo suficiente como para reconocer que en el *Common Law* los jueces tienen permitido crear Derecho a través de sus desarrollos jurisprudenciales; mientras que en el *Civil Law* los jueces solo pueden aplicar el Derecho existente a través de sus pronunciamientos.

No resulta muy relevante ahora discutir en qué medida esto es completamente cierto para el sistema romano germánico, o si debería seguir siendo así, lo cierto es que, hoy por hoy, la función legislativa es entendida como completamente independiente y ajena de la función judicial y, como tal, no les corresponde a los jueces. Esta es una discusión prácticamente cerrada y en ello sí se ha ahondado bastante de parte de nuestra doctrina para criticar a los “daños punitivos” peruanos. Por tanto, ha quedado claro que hay una diferencia considerable entre ambos sistemas; sin embargo, ello no significa que el grado de compatibilidad que puedan lograr sea inexistente. Para que esto suceda sería necesario, por fuerza, que el V Pleno —o ambos Plenos en general— reciba el apoyo total del poder legislativo. Esto implica que, quienes tengan el poder de introducir los *punitive damages* al ordenamiento peruano, lo hagan a través del método correcto: introducirlo al Código Civil peruano mediante una ley. Así como que también lo hagan utilizando un mejor diseño normativo respecto a su funcionamiento y la única

forma de hacer ello es tomando como referencia las conclusiones de investigaciones de Derecho comparado que tenemos en nuestra doctrina⁷⁰.

Evidentemente también sería necesario el apoyo de las mismas cortes, como bien se reconoció en algún momento, la incorporación de los “daños punitivos” por el V Pleno no solo no se sustenta en una ley como debería, sino que ni siquiera es precedente vinculante porque se realizó a través de un Pleno Jurisdiccional. Para que este razonamiento fuese obligatorio para otras cortes, hubiese sido necesario que por lo menos se establezca como precedente vinculante. Sin embargo, para que eso siquiera suceda tendríamos que ver cortes de distintos niveles aplicando e interpretando de forma consistente el criterio de los “daños punitivos” aquí planteado y ello va de la mano con que otros operadores del Derecho, como las abogadas, citen este concepto como una fuente de autoridad para sus propios casos.

Ahora bien, dejando de lado el cómo deberían ser las cosas, es menester señalar el cómo son realmente, y la realidad nos demuestra que los magistrados, sobre todo a nivel de Corte Suprema, se encuentran renuentes a aceptar la incorporación de los “daños punitivos” o de los *punitive damages* de cualquier modo. Esto porque, como se demostró en la sección 3.3 del Capítulo anterior, el nivel de oposición de los jueces no se reduce a la forma en cómo se introdujeron los “daños punitivos”, sino que va más a un nivel de principio: la Corte Suprema es de la opinión de que los “daños punitivos” son, en esencia, contrarios a la función que la responsabilidad civil peruana debe cumplir pues, según su criterio, esta institución es inherentemente (y exclusivamente) punitiva. Lo cual es totalmente contrario a la percepción que tienen a nivel judicial del rol que la responsabilidad civil cumple en nuestro país, esto es, netamente compensatoria.

Con lo cual, según este criterio, difícilmente podríamos alegar que los “daños punitivos” del V Pleno han atravesado un proceso de trasplante legal exitoso. Al menos no en los términos de Kahn-Freund, lo cual no significa que sea el único criterio a tener en cuenta, precisamente por ello estamos empleando más de un criterio para evaluar la efectividad y el “éxito” de un potencial trasplante. Veamos a continuación un criterio diferente.

⁷⁰ Como esta, naturalmente.

4.2.3 Criterio de Milhaupt & Pistor

Como se explicó anteriormente, otra forma de medir el éxito de un trasplante es mediante el criterio de la demanda y la forma en cómo se incorpora el objeto al ordenamiento receptor. Los *punitive damages* responden a una necesidad de aumentar los estándares de seguridad en los trabajos, los servicios y, en general, en las actividades del día a día, mediante reglas que incentivan a las personas a utilizar los medios de justicia en caso lo necesiten, y disuaden a otros potenciales causantes de daño (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 237). Dicho de otra manera, y basándonos en el criterio asumido durante el Capítulo II, al menos en casos de *breach of contract*, los *punitive damages* responden a la necesidad de brindar alivio ante la opresión. ¿Existe alguna regla en Perú que satisfaga ya esta demanda? Considero que hasta cierto punto sí, pero no es una única regla, es más bien la materialización de la intervención estatal.

Es decir, se responde a esta demanda a través de la intervención estatal mediante multas y sanciones para casos particularmente gravosos en relaciones donde se identifica una relación fiduciaria (una de las excepciones de los *punitive damages* a casos en sede contractual). Por ejemplo, ante casos de contaminación ambiental o maltrato al consumidor, el Estado peruano tiene diversas herramientas para sancionar aquellos casos que, bajo la lógica de los *punitive damages*, podríamos considerar como opresivos. Sin embargo, no es usual que, ante los mismos escenarios, un individuo acuda al Poder Judicial a reclamar un remedio que tenga un impacto más o menos equivalente.

Esto, curiosamente, es muy similar a lo que sucede y reconocen los autores en México. Según Muñoz y Vázquez-Cabello, el sistema jurídico mexicano refleja una sociedad paternalista en donde se espera que las agencias gubernamentales intervengan para proteger a las partes más débiles (2019, p. 237). Esto, respecto a México o a Perú, es una diferencia sustancial con lo que sucede en los Estados Unidos: siendo un sistema descentralizado, es decir, en donde diversos operadores pueden crear y ejercer el Derecho, las personas están más incentivadas a procurarse por sí mismas algún alivio en caso sufran alguna interferencia de sus Derechos (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 238). Es por eso que alguna vez las lectoras deben haber presenciado la estereotípica representación de la justicia americana bajo la frase “*See you in court!*”, que no hace sino graficar esta realidad.

Por el contrario, tanto en México como en Perú, no es tan común la necesidad de judicializar absolutamente todos los daños sufridos, precisamente porque la presencia estatal funciona de manera centralizada. Además, probablemente por esa misma razón, la cuantía indemnizatoria que un individuo puede alcanzar en nuestro ordenamiento no se asemeja ni por asomo a lo que una persona promedio puede recibir ante el caso más sencillo y básico de *personal injury* (daños a la persona) en los Estados Unidos. Entonces, la respuesta que dimos párrafos antes implica que, hasta cierto punto, al menos en nuestro ordenamiento sí existen formas de responder a la demanda en cuestión.

Sin embargo, los mecanismos estatales se encuentran claramente limitados porque, como explicamos, al menos en sede civil, un litigante promedio —entiéndase alguien que no es una empresa transnacional acudiendo a un arbitraje de millones de dólares— no encuentra un remedio para la opresión que podría perfectamente sufrir en el marco contractual. Ahora, aunque esto, en principio suene bien, hay una interrogante que tampoco podemos ignorar: ¿existe realmente una demanda por aumentar los estándares de reparación frente a casos de opresión en los casos de despido incausado y/o fraudulento?

La respuesta, para el caso de los “daños punitivos” del V Pleno, es no. No hubo una real demanda por reparar la opresión sufrida ante estos tipos de despido cuando los magistrados decidieron incorporar esta institución; al contrario, solo hubo la necesidad de resolver un problema pragmático que ellos mismos crearon o, como se ha dicho en la doctrina, la necesidad de incorporar un recurso retórico. Lamentablemente, esto nos lleva a necesariamente concluir que no existe suficiente demanda, en el marco del V Pleno, para justificar la integración de los *punitive damages* al ordenamiento peruano.

4.2.4 ¿Cuál es el mejor Derecho entre los *punitive damages* y los “daños punitivos” del V Pleno?

La idea en este punto es determinar cuál de las dos figuras es un “mejor Derecho” en términos de cumplir las funciones que se establecieron al inicio de la comparación. En otras palabras, si dos reglas son comparables porque buscan cumplir más o menos con la misma función, podríamos considerar un “mejor Derecho” o “*better Law*” a la regla que tiene el mejor desarrollo teórico o la que tiene un mejor desenvolvimiento en la práctica (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 241). Este análisis es muy específico, puesto que se realiza sobre la base de una función en particular, lo que significa que una regla o institución materia de estudio podría ser “mejor Derecho” respecto a otra para una función muy precisa.

Realmente no se cuenta con suficiente evidencia como para tomar en cuenta el desenvolvimiento pragmático de los “daños punitivos” del V Pleno, por lo que resulta más conveniente concentrarse en la construcción doctrinaria que se tiene sobre la institución. Al respecto, un punto cardinal que se repetirá para el caso de los “daños punitivos” del VI Pleno: los “daños punitivos” peruanos han sido incorporados bajo la premisa de que son una aplicación extensiva de los daños morales. Esto es un problema. Si el daño moral es un remedio destinado a compensar a la víctima de un daño no patrimonial, entonces por fuerza esto afectará la forma en cómo se calculan los “daños punitivos” del V Pleno. Básicamente porque la indemnización tendría que cumplir con la función ejemplificadora y disuasiva, mientras al mismo tiempo respeta el principio de reparación integral del daño: ni más ni menos de lo que efectivamente representa el daño.

Recapitulando lo presentado en el Capítulo II, sabemos que los *punitive damages* responden a una fórmula en donde se aplican a aquellos causantes de daño que tienen una probabilidad de “salirse con la suya”, es decir, de cometer el daño y no ser detectados. La razón de ello es, precisamente, que el exceso por encima de la indemnización compensatoria pueda servir de amortiguamiento por los daños que de otra forma ese causante no repondría (porque no sería detectado). En pocas palabras, esto necesariamente significa admitir un daño que debemos presumir que se cometió y que no está relacionado con el daño efectivamente materializado contra la víctima. Según el razonamiento del principio de reparación integral, y aparentemente muchas veces de nuestra doctrina, esto es inaudito e inaceptable porque se presentaría un escenario de sobre compensación que implica el enriquecimiento sin causa de la víctima.

Más recientemente, en Estados Unidos los *punitive damages* fueron sujetos a un límite interesante en el caso *Philip Morris USA v. Williams* (2007)⁷¹, en donde se estableció que estos no debían ser impuestos para directamente castigar al causante por daños que habría causado a individuos que no son parte en el juicio en cuestión. En otras palabras, el jurado podría tener en cuenta el riesgo de que el causante genere un daño futuro a la demandante, pero no a sujetos que no son parte y, de la misma manera, podría inferir el riesgo de dañar a sujetos que no son parte, pero esto no significa que lo puedan tomar como la base para calcular la cuantía de los *punitive damages* (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 246). Esto sucede también en Perú, el

⁷¹ Se trata del conocido caso en donde la viuda del señor Williams denunció a la compañía que se dedicaba a la elaboración de los cigarros Marlboro. Lo hizo porque, tras la muerte de su esposo, quien fumaba hasta tres de sus cajetillas por día, por cáncer de pulmón, sostuvo que ello se debió a que la compañía Philip Morris deliberadamente malinformó a sus consumidores sobre los riesgos a la salud que podía conllevar fumar (Justia, s/f.).

daño ocasionado a sujetos que no son parte del juicio no puede tomarse como parte del criterio para la cuantía que se otorga en las indemnizaciones. Independientemente de ello, sabemos que la cuantía los “daños punitivos” del V Pleno está exclusivamente limitada a un monto muy específico que nada tiene que ver con este criterio.

Además, los *punitive damages* deben cumplir un criterio de proporcionalidad que, aunque se discuta sobre la *ratio* que finalmente deberían tener, podemos estar de acuerdo con que es involucra una *ratio* entre la indemnización compensatoria y la punitiva. Sin embargo, esto ni siquiera sería posible de plantear con los “daños punitivos” del V Pleno porque, si son una extensión del daño moral, significa que son parte de las indemnizaciones compensatorias. Con lo cual, ¿con base a qué se calcularía la *ratio* y proporcionalidad de su cuantía? Quizá se podría continuar estimando una salida si es que el V Pleno hubiese elaborado a los “daños punitivos” como una categoría diferente del resto de indemnizaciones compensatorias, pero sabemos que esto no pasó y completar ese razonamiento por los magistrados sería pecar de bondadosas.

Los “daños punitivos” del V Pleno no podrían nunca cumplir realmente esta función porque, en principio, ni siquiera gozan de un sustento real: fueron incorporados como recurso narrativo para resolver un inconveniente que se origina de un problema conceptual de fondo mucho más serio. Incluso si pudiésemos pasar por alto ello, sabemos que su conexión con el daño moral y el tope máximo que se les otorgó pone un límite restrictivo para su cuantía.

Además, existen otros limitantes inherentes a las diferencias del Derecho Procesal entre ambos ordenamientos que, al final, terminan afectando la efectividad de cualquiera de los “daños punitivos”, ya sea lo del V o los del VI Pleno. En Norteamérica, la etapa procesal de *discovery* es un momento previo, antes de que los abogados decidan si realmente irán a juicio, en donde la demandante puede requerir al demandado la elaboración de pruebas que solo están dentro de su control y alcance. Esta etapa termina siendo fundamental en los Estados Unidos para que las víctimas obtengan la evidencia que necesitan para lograr demostrar los estrictos estándares de conducta requeridos para que se les conceden los *punitive damages*.

Ciertamente esta es una etapa desconocida en el Derecho Procesal peruano, ya que en nuestro caso el juez controla qué pruebas son admitidas en el proceso una vez que cada parte decide ofrecer aquello que le parece más conveniente, salvo los específicos casos en donde el juez es convencido y requerirá alguna prueba de oficio. Para que esto suceda, la demandante primero tendría que tener idea de que cierta prueba existe y está en control del causante del

daño, luego de identificarla y justificar su pedido, es que recién la prueba de oficio podría tener cabida en el proceso. En ese sentido, hay una desventaja respecto a la víctima a la hora de enfrentar obstáculos en su capacidad de probar el estándar de conducta para obtener daños “daños punitivos”.

No solo ello, sino que la carencia de una figura como el *jury* o el jurado también podría ser una causa de la poca demanda de los “daños punitivos” o de los *punitive damages* en general. Como ya se repasó, la presencia de los jurados aporta, en gran medida, a la popularidad y a las grandes sumas que se reciben por concepto de *punitive damages*. Evidentemente pues, circula alrededor de ellos, un sentido de reivindicación o de que “se está haciendo lo correcto” y estos son factores subjetivos que entran en juego a la hora de conceder la indemnización. Por el contrario, en Perú estos juicios dependen exclusivamente del juez quien, por ser un experto en Derecho y ser este su trabajo, probablemente analiza los casos de una manera más objetiva. Esto termina afectando la potencial cuantía e incluso la cantidad de casos en donde los “daños punitivos” podrían otorgarse y eso, consecuentemente, afecta la capacidad de esta figura de cumplir sus objetivos ejemplificadores.

En síntesis, lo cierto es que los “daños punitivos” del V Pleno prácticamente no tienen una elaboración teórica más allá de las citas a autores extranjeros y breves esbozos sobre lo que pretendían ser: una pena privada, una extensión del daño moral, un escape para recuperar los fondos que debían ser repuestos al fondo de pensiones de la víctima, etc. Eventualmente podemos reconocer que teóricamente no han sido contruidos para responder a la supuesta función ejemplificadora para la que fueron incorporados: la naturaleza que se les otorgó limita considerablemente su cuantía y, además, procesalmente existen obstáculos que siempre evitarán que funcionen de la mejor manera posible, o por lo menos de la misma manera como en Norteamérica. Por lo que, frente a esta realidad, parece evidente concluir que los *punitive damages* norteamericanos deberían ser considerados como un “mejor Derecho” para cumplir las funciones de disuasión y punición frente a los “daños punitivos” del V Pleno.

4.3 Análisis del caso: ¿hubo un trasplante legal en el VI Pleno Jurisdiccional Laboral?

4.3.1 *Tertium comparationis*: comparando comparables

Sin ánimos de pecar de repetitivos⁷², es importante recordar que el análisis de esta sección no aborda las diferencias teóricas que pueda haber entre ambas instituciones. Aunque reconozcamos la importancia de revisar dichas diferencias, la *tertium comparationis* demuestra qué tan comparables son dos figuras en virtud de su equivalencia para cumplir una función. Sabemos también que el trinomio de funciones principalmente reconocidas a los *punitive damages* es indiferente de su operación en *Tort* o en *Contract*. En ese sentido, ¿qué funciones cumplen los “daños punitivos” del VI Pleno Jurisdiccional peruano? Los magistrados explícitamente señalaron que su función era castigar al causante y disuadir a terceros de la misma conducta, prueba de ello es que en este Pleno los “daños punitivos” se otorgan bajo la premisa de que se ha incumplido una obligación de cuidado importante y, además, se ve involucrado un comportamiento particularmente vejatorio de los derechos de la víctima.

De hecho, los “daños punitivos” del VI Pleno están destinados a tres agravantes en específico: al empleador que desconoce la relación laboral, o no asegura a su trabajadora o se niega a brindarle auxilio inmediato. Todos estos agravantes apuntan a que la conducta del causante del daño es especialmente tomada en consideración para el juicio de “daños punitivos”. Además, el límite propuesto es diferente, existe una relación 1:1 entre la indemnización compensatoria que la víctima recibiría y la cuantía máxima por la que se puede calcular los “daños punitivos”. Todo esto nos permite concluir que los “daños punitivos” del VI Pleno cumplen una función equivalente a la de los *punitive damages* norteamericanos. Por lo que, sin mayor dilación, podemos decir que son figuras equivalentes y proseguir con la comparación.

4.3.2 Criterio de Kahn-Freund

Nuevamente debemos ser muy concisos y remitirnos a lo ya estipulado en la sección 4.2.2. puesto que la situación no ha sido diferente para los “daños punitivos” del VI Pleno. En este caso tampoco podemos decir que se haya recibido algún apoyo particular por parte de la

⁷² A la lectora: la idea en esta sección es no repetir lo ya explicado y abordar directamente las diferencias del VI Pleno.

doctrina, de la jurisprudencia y mucho menos desde las iniciativas legislativas relevantes. Al contrario, la doctrina en realidad poco ha tocado respecto a los “daños punitivos” del VI Pleno específicamente y la jurisprudencia solo lo ha hecho para confirmar la profunda oposición a que los jueces pretendan crear Derecho a través de un pleno jurisdiccional por considerarlo inconstitucional.

En todo caso, este es un criterio que no podemos tener en cuenta para determinar la efectividad de los “daños punitivos” en los términos específicamente planteados por ambos plenos jurisdiccionales, pero eso no significa que sea imposible realizar algún cambio para que los ordenamientos sean más cercanos entre sí y el proceso de adaptación se facilite. Esto corresponderá verlo más adelante, por el momento debemos decir que, según este criterio, los “daños punitivos” del VI Pleno tampoco han sido exitosos en lo que respecta a su trasplante.

4.3.3 Criterio de Milhaupt & Pistor

Anteriormente sostuvimos que en el ordenamiento peruano ya existe, de cierta forma, una respuesta a la demanda/ necesidad por un estándar más alto de seguridad en aquellas relaciones donde podemos identificar a una parte más fuerte y una más débil. La intervención estatal, fuerte y característica de ordenamientos del sistema romano germánico suelen ser el mecanismo por excelencia para cumplir los famosos objetivos de la disuasión y la punición. No obstante, es importante reconocer que lo que sucedió a través de ambos Plenos, con especial énfasis en el VI Pleno esta vez, representa un cambio trascendental a esta forma tan tradicional de afrontar la demanda. Las decisiones aquí revisadas simbolizan el surgimiento de un mecanismo no centralizado que podría, potencialmente, permitir a que cada individuo busque por sí mismo un alivio a sus problemas (o sea daños), por lo menos en la sede civil.

Eso, sumado al hecho de que cada vez hace más eco la posición según la cual la responsabilidad civil peruana puede (y es) de carácter punitiva, es importante para reconocer un impulso hacia el *legal change* que ya estamos viviendo en nuestro país. A diferencia de lo que sucedió con el V Pleno, podemos reconocer que en este caso sí existió una demanda particular por fortalecer los estándares de seguridad respecto a casos tan delicados como lo son los accidentes laborales, sobre todo en nuestro país donde parecen ser más comunes de lo que a todos nos gustaría admitir.

Por lo que, parece seguro asumir que los “daños punitivos” del VI Pleno no surgieron como solución a la necesidad de un fondo de donde salga el dinero que se le debe dar a las trabajadoras; sino que —más allá de las discusiones sobre su interpretación del Artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo— genuinamente responden a la preocupación de los magistrados por punir situaciones particularmente gravosas, por encima incluso del accidente en sí mismo. Esto es sumamente importante porque, si bien quizá no sea muestra absoluta e inequívoca de la demanda por *punitive damages* en nuestra sociedad, considero que es suficiente⁷³ como para incentivar la integración de esta figura en nuestro ordenamiento.

En ese sentido, es igual de importante reconocer que entre los “daños punitivos” del VI Pleno y los *punitive damages* norteamericanos existen ciertos temas conceptuales que, al ser diferentes, podrían suponer una disminución en la demanda y, por tanto, en su efectividad a la hora de evaluar el proceso de trasplante legal. En primer lugar, existe un desencuentro en el ámbito dogmático: los *punitive damages* no son un remedio de naturaleza compensatoria⁷⁴, es decir, no corresponden a la categoría llamada *compensatory damages*. Recordando el Capítulo II de nuestra investigación, sabemos que las indemnizaciones compensatorias en el Derecho norteamericano están pensadas para aliviar aquellos daños efectivamente sufridos, y por supuesto de ellas se encuentran los símiles al daño moral peruano: *pain and suffering*, por ejemplo.

Sin embargo, al igual que su antecesor, los “daños punitivos” del VI Pleno se aplican de forma extensiva al daño moral en nuestro ordenamiento, tal como sucedió en México curiosamente. No hace falta explicar con mucho detalle que el daño moral es de naturaleza compensatoria en nuestro sistema, en el mexicano y en el de toda la familia romano germánica. El objetivo del daño moral es también colocar a la víctima en la misma posición en la que estaría si el daño nunca hubiera ocurrido y lo hace a través de la compensación⁷⁵. Entonces, claramente hay un desencuentro en lo que respecta a la naturaleza de ambas figuras: los *punitive damages* son de naturaleza punitiva principalmente y los “daños punitivos” parecen responder a una naturaleza compensatoria como prioridad. Esto es un problema que, como veremos en la

⁷³ Y luego ¿de cuándo acá podemos decir que algo es prueba absoluta e irrefutable cuando hablamos de Derecho?

⁷⁴ Advertimos que esto no es igual de decir que no pueden cumplir una función compensatoria.

⁷⁵ Esto no significa que neguemos la función punitiva que el daño moral también cumple en el ordenamiento; de hecho, es una de las mejores manifestaciones de la función punitiva de la responsabilidad civil peruana.

siguiente sección, necesariamente afectará su comportamiento en el panorama peruano y, en consecuencia, la forma en cómo cumple su función en nuestro país, lo que significa que podría no ser el *better Law* para cumplir las funciones que se puso a cargo.

En segundo lugar, existe también un desencuentro a nivel procesal y es aquello que ya se explicó en la sección 4.2.4: el no tener etapas como el *discovery* o incluso la misma presencia del *jury* en los procesos civiles peruanos actúa (así lo piensa la mayor parte de la doctrina) como un limitante para el propio desenvolvimiento de los “daños punitivos”, sean del V o del VI Pleno indistintamente. Este punto, aunque concreto, es curioso porque en otros ordenamientos ha sido una de las principales críticas para sostener que el *legal transplant* de los *punitive damages* es simplemente imposible. Desde Italia, y haciendo referencia a los *punitive damages* del *Tort Law*⁷⁶, Carabetta, citando a Ponzanelli, sostiene que la experiencia del *Tort Law* americano es realmente un fenómeno legal único e irrepetible constituido por la presencia de particularidades en su Derecho Procesal y sustantivo que claramente no se comparten en el ordenamiento italiano (2020, p. 136).

Al igual que en nuestro caso, o en el de México, el autor reconoce que la ausencia de la *giuria* (jurado) es un limitante para el desarrollo de los *punitive damages*, puesto que el jurado actúa como un limitante al riesgo de arbitrio del órgano jurisdiccional. Esto, como habíamos explicado en su momento, repercute también en la forma que finalmente se calcula el monto de una indemnización o resarcimiento. En un ordenamiento como el italiano, que funciona igual al nuestro en lo que nos incumbe, la ausencia de un grupo de ciudadanos deseosos de proteger al resto de personas comunes del poder político al que podrían estar vinculados los jueces, significa que estos montos indemnizatorios terminarán siendo calculados solo por un juez y su asistente técnico especializado en algún mercado en específico, bajo los criterios más objetivos y puramente económicos (en el caso de daños patrimoniales), o en estándares de valoración médico-legales (en el caso de daños no patrimoniales) (Carabetta, 2020, p. 137).

Incluso podríamos considerar un tercer elemento procesal que representa un desencuentro inherente y, en consecuencia, puede disminuir la demanda en nuestro sistema

⁷⁶ Sabemos que generalmente la doctrina hace referencia a estos en específico por la mencionada regla que los prohibiría en sede contractual, por lo que no es sorpresa que la mayor parte de las referencias a *punitive damages* en general se den pensando en su concepción más popular que es en el *Tort Law*.

legal. Se trata de la norma americana por la cual cada parte debe asumir el costo de su defensa legal, aún después de habersele declarado victoriosa. Como explica Carabetta, esta es una regla que existe completamente al revés en el ordenamiento italiano (y el peruano también). En Estados Unidos, por el contrario, el principio de irrepetibilidad de los costos de litigación implica que los *punitive damages* actúen como un medio para restituir a la parte victoriosa los costos en honorarios de abogados en los que tuvo que incurrir para obtener justicia (2020, p. 138). Teniendo esto en cuenta, pasemos a responder la pregunta más importante en la siguiente sección porque, tal como sostuvimos, independientemente de los desencuentros dogmáticos, lo relevante es evaluar qué tan bien cumplen la función a su cargo en Perú.

4.3.4 ¿Cuál es el mejor Derecho entre los *punitive damages* y los “daños punitivos” del VI Pleno?

Bajo la premisa de que los *punitive damages* y los “daños punitivos” del VI Pleno son equivalentes en base a sus funciones y, por tanto, comparables, lo que corresponde ahora es evaluar cuál de los dos es un mejor Derecho/ *better Law* a la hora de cumplir satisfactoriamente dichas funciones de punición, disuasión y por supuesto compensación. Al respecto, y nuevamente sin la intención de ser repetitivas, debemos mencionar que la situación no ha sido totalmente diferente a lo ya estipulado sobre los “daños punitivos” del V Pleno. El tema dogmático-conceptual de considerar a los “daños punitivos” como una extensión del daño moral repercute negativamente en la metodología que se emplea para calcular su cuantía.

Aunque, debemos considerar también que el VI Pleno sí actúa diferente respecto a la *ratio* que sugiere para la relación entre “daños punitivos” e indemnización compensatoria. Esto es interesante porque la relación 1:1 que se propuso implica dos figuras independientes la una de la otra, pero es contradictorio con su propuesta de entender los “daños punitivos” como extensión del daño moral. Dicho de manera más simple, si los “daños punitivos” se entienden como parte del daño moral, entonces ¿por qué se ven limitados por la misma cuantía que podría recibir la víctima por concepto de daño moral (entre otros)? Es una paradoja. El problema no es la limitación y su *ratio*; el problema es la incongruencia que surge de entenderlos parte de la misma naturaleza (esto es algo que ya habíamos mencionado también para el caso del V Pleno).

Ahora bien, independientemente de este aspecto teórico o conceptual, insistimos en que este límite es mucho más coherente con los objetivos de los “daños punitivos” en el VI

Pleno porque permite concretar la función punitiva, disuasiva y compensatoria frente a la víctima, permitiendo cierto nivel de predictibilidad (que para nuestra cultura legal es siempre importante) sin desatender radicalmente la realidad peruana y sugerir cobrar cifras millonarias por concepto de “daños punitivos”. Esto es importante porque, aunque casi no hay un consenso respecto al límite o la *ratio* que los *punitive damages* americanos deberían tener, lo que prima es tener una opción para calcular la cuantía que nos permitiría prevenir conductas frente al futuro y para eso lo relevante es evaluar la probabilidad de que la conducta dañosa ya cometida sea indetectable por el ordenamiento legal⁷⁷.

Luego, el tema de los limitantes procesales, por no tener etapas como el *discovery* o figuras como el jurado, realmente representan obstáculos inherentes que no podríamos evitar desde nuestro sistema (salvo que, por alguna razón, de la noche a la mañana, dejemos de ser un ordenamiento continental). Como ya se explicó, muy probablemente esto signifique que los “daños punitivos” en el Perú siempre se verían limitados por un criterio más objetivo, que el de los jurados, por parte de un juez y esto repercute en la cuantía final y la cantidad de veces que se concedan sentencias con “daños punitivos”. De manera general podemos aceptar que esto afectaría la función disuasoria de los “daños punitivos”, sobre todo en un país con procesos judiciales interminables y lamentablemente muchas veces corruptos que lo que logran es disuadir a las personas de acceder al sistema de justicia. Lo dijeron también en México: la corrupción y los niveles bajos de justicia representan barreras más altas de acceso a la justicia y, consecuentemente, influyen en la capacidad que tenemos de conceder y calcular los *punitive damages* peruanos (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 251).

Por lo tanto, aunque existen puntos bastante positivos respecto a los “daños punitivos” del VI Pleno, estando las cosas en su estado original, no podríamos afirmar ciegamente que cumplen mejor su rol y funciones en el Perú y por tanto son un mejor Derecho. Todos estos obstáculos, e incluso los desencuentros teóricos, representan piedras en el camino que eventualmente —de hecho, ya lo estamos viendo— disminuyen la demanda por los “daños punitivos” en nuestro ordenamiento. En consecuencia, su proceso de incorporación y trasplante termina siendo cada vez más ineficiente y convirtiendo todavía a los *punitive damages* en el

⁷⁷ Por si quedaba alguna duda: el hecho de que la *ratio* sea 1:1 no significa que no se esté cumpliendo con obtener algo por encima de la indemnización compensatoria. Al contrario, cualquier cantidad por encima del 1 que corresponde a la indemnización compensatoria es lo que funciona de amortiguamiento para los daños potencialmente no detectados que encajan en el criterio de *punitive damages* o “daños punitivos”.

mejor Derecho para cumplir sus funciones. Sin embargo, felizmente (para nosotras al menos), nada de esto es un impedimento para reconocer dos cosas super importantes: el análisis que hemos presentado en esta sección aún es independiente de si hubo o no un trasplante legal, y las cosas siempre pueden ser mejores. A continuación, ahondamos en esto.

4.4 El paso de la ilusión hacia la realidad: la necesidad de tropicalización en un proceso de *legal change* y *legal transplant* como el del caso peruano

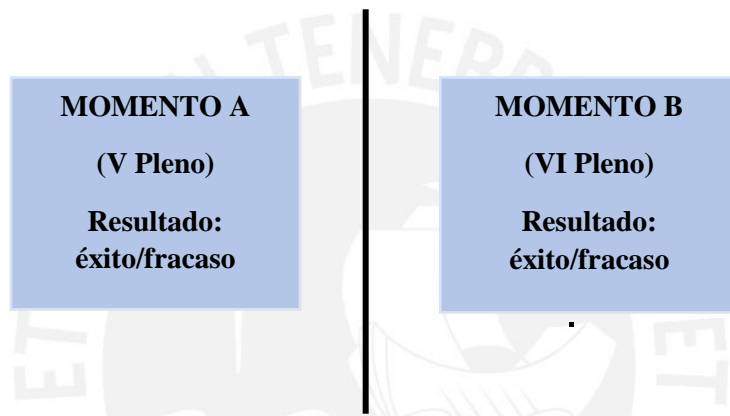
La razón de evaluar los criterios de efectividad de trasplante legal para el caso de los “daños punitivos” en el V y el VI Pleno es porque implícitamente estamos reconociendo que sí existió, es más, **existe un trasplante legal de los *punitive damages* norteamericanos en nuestro ordenamiento**, contrario a lo que implícitamente también se ha dicho, al menos mayoritariamente, en nuestra doctrina. Algunos dicen que el trasplante de plano fue un fracaso, otros consideran que simplemente es inviable y algunos más cautelosos (quizá) sugieren que (quizá también) podemos hablar de un trasplante legal con los “daños punitivos” del VI Pleno, pero no con los del V Pleno. Esto es un error. Para empezar, es importante reconocer que somos de la opinión de que es más fructífero y realista utilizar el término “trasplante botánico”, en este caso estaríamos frente a un trasplante botánico de naturaleza legal. Este juego de palabras nos permite reconocer que, como en su momento indicó la Dra. Örüciü, los trasplantes en términos del Derecho se explican mejor desde la lógica de la botánica, en lugar que de la medicina.

Debemos progresivamente abandonar la idea de que un trasplante legal implica “retirar” un objeto de su cuerpo original, para que de paso deje de existir en este, para así pasar a integrar el nuevo cuerpo como si siempre hubiese estado ahí, y además midamos este procedimiento bajo el obsoleto y equivocado binomio de éxito-fracaso. Un binomio simplista que reduce un proceso dinámico e inherentemente social a una transacción sencilla entre el que retira (doctor), el objeto (Derecho) y el que recibe (nuevo ordenamiento). Cuando, en realidad, lo que sucede es un proceso complejo que necesariamente trae consigo dos consecuencias: *(i)* las semillas que florecen en la tierra que recibe el trasplante son necesariamente diferentes porque necesitan adaptarse a su nuevo contexto; y *(ii)* esto es un proceso que involucra la participación de mucho más agentes que simplemente dos partes y, como tal, toma mucho tiempo. Por lo que no podríamos decir que un trasplante inició y se acabó con lo que dijo el V Pleno, y luego otro inició uno diferente en el VI Pleno y terminó ahí mismo también. Asimismo, tampoco podemos decir que el resultado es simplemente un éxito o fracaso y, automáticamente según la respuesta, descartar que el trasplante pueda darse (o incluso que alguna vez se haya dado).

El error parte también de considerar que el V Pleno y el VI Pleno existen como dos instancias diferentes no relacionadas entre sí. Sí ocurrieron en momentos distintos, sí se trata de distintos escenarios, distintas elaboraciones e incluso distintos magistrados. No obstante, es equivocado pensar que el trasplante sucede de manera independiente en dos momentos super concretos en el tiempo que no se interceptan de ninguna forma:

Figura 1

Descripción gráfica de un entendimiento erróneo del proceso de trasplante legal en el V y VI Pleno



En realidad, la situación de un trasplante legal luce más así:

Figura 2

Descripción gráfica de un entendimiento correcto del proceso de trasplante legal en el V y VI Pleno



Entonces, ¿qué estamos diciendo? Que **sí existe un proceso de trasplante legal en el Perú respecto a los *punitive damages* norteamericanos a través de los “daños punitivos” peruanos que fueron introducidos desde su nombramiento en el V Pleno Jurisdiccional y este ha continuado con el VI Pleno Jurisdiccional; de hecho, continúa en este preciso momento porque trabajos como este existen⁷⁸, trabajos en donde se cuestiona por qué, cómo se hizo, cómo se puede mejorar, cuáles son los siguientes pasos.** ¿Por qué sostenemos esto? Porque el hecho de que los “daños punitivos” del V y VI Pleno quizá no satisfagan algunos criterios de eficiencia como los presentados, o que su incorporación no se haya hecho por la vía más adecuada, o incluso que tengan errores —entre graves y remediables— respecto a diferencias teóricas con los *punitive damages*, no significa que (i) los operadores de justicia no hayan presentado una figura equivalente a los *punitive damages* en términos estrictamente funcionales; (ii) no exista una demanda por permitir el despliegue de la función punitiva de la responsabilidad civil peruana; (iii) no se puedan corregir los desencuentros teóricos tomando en cuenta el desarrollo de los *punitive damages* para casos de *breach of contract*⁷⁹, perfeccionando así el proceso de tropicalización; o (iv) que podamos dar una respuesta certera sobre su estado si es que antes no tenemos la oportunidad de evaluar su eficiencia a través de la adaptación. No podemos concluir de facto que los “daños punitivos” —o las indemnizaciones punitivas en todo caso— son inadmisibles y un fracaso en nuestro país, si antes no realizamos una comparación y proceso de tropicalización/ adaptación adecuado y correcto.

Esto es lo que significa e implica realmente un proceso de *legal change* y sería egoísta pretender señalar categóricamente que un proceso de cambio y transformación que ya inició “no existe/no va más” simplemente porque parte de los operadores jurídicos considera que, o no es una institución que pueda existir en el concepto que comparten sobre nuestra responsabilidad civil, o su elaboración teórica inicial está equivocada. Por supuesto que está en gran parte equivocada y cierto que ha tenido muchos desaciertos, pero antes de cuestionar la elaboración teórica de los “daños punitivos” peruanos para sugerir modificaciones, necesariamente se estaría partiendo de la premisa de que responden a un proceso de trasplante legal y precisamente por eso se quieren mejorar o modificar.

Cuando sabemos que estamos ante equivalentes funcionales, entonces podemos preguntarnos cómo volverlos equivalentes teóricos. Eso sí, siempre teniendo en cuenta, como sostienen los y las comparativistas estudiadas, que el trasplante no implica hacer dos instituciones o dos sistemas legales como dos iguales y que tampoco es especialmente necesario por fuerza que ambos sistemas legales sean

⁷⁸ Incluidos también aquellos que los critican, los descartan y los rechazan.

⁷⁹ Al menos momentáneamente que estamos viendo casos que se suscitan en sede contractual.

completamente afines; sino que es más importante el proceso de adaptación que la afinidad que pueda existir entre ambos. Quizá si lo que hubiera sucedido es que el V Pleno hiciera mención de unos “daños punitivos” y luego simplemente nunca se hubiera dado desarrollo alguno: no en el VI Pleno, no de parte de las cortes, no de parte de la academia, entonces ahí podríamos decir que no se trató más que de una simple referencia a derecho extranjero infructífera y mal hecha. Sin embargo, si lo que venimos presenciando a lo largo de los años es un constante intento por mantener vivo el trasplante y seguir aportando a su tropicalización, entonces ¿qué duda cabe de que estamos frente a un proceso de *legal change* y, consecuentemente, de *legal transplant*?⁸⁰

En ese sentido, una vez construido consenso sobre esta premisa: existe un proceso de trasplante legal, más parecido al símil de un trasplante botánico, que no inició y se acabó automáticamente ni con el V Pleno, ni con el VI Pleno; sino que tuvo un momento inicial en el 2016 y, cual vagón del tren, inició la marcha hacia un **proceso de tropicalización** sostenido por la propia sociedad peruana y los agentes de la justicia relevantes. Ello significa que los dos Plenos no pueden ni deben ser evaluados y juzgados de manera independiente; sino como un todo en **conjunto** (el gráfico elaborado es lo más descriptivo posible de esta idea). Es recién cuando aceptamos esto que podemos concluir dos cosas: primero, no podemos descartar la posibilidad de incorporar *punitive damages* peruanos porque la realidad es que su incorporación ya inició y está aún entre nosotros; y segundo, si esto es así, entonces tendríamos que proceder —ahora sí— a ahondar en los matices dogmáticos y teóricos que podrían ser puntos de desencuentro entre lo planteado por los Plenos. Aquí es donde resulta pertinente toda la elaboración presentada en los primeros dos Capítulos porque otro de los grandes vacíos en la abundante crítica que existe es que pocos se detuvieron a preguntarse si los “daños punitivos” que estamos viendo en Perú debían ser comparados con los criterios operativos de los *punitive damages* norteamericanos para casos de *Tort* o para casos de *Contract*.

Esto por supuesto que es importante porque es solo cuando recibimos con brazos abiertos el reconocimiento de un proceso de transformación legal y, por tanto, procedemos a realizar un proceso de adaptación adecuado, es decir, realizando las comparaciones y adaptaciones ahí donde realmente corresponde, que luego podremos evaluar razonablemente el nivel de eficiencia de dicho proceso y concluir: este proceso de trasplante legal no ha mostrado resultados eficientes de integración, por tanto corresponde rechazar, o reconocer sea cual sea el resultado de este fenómeno de transposición legal. Ese es el aporte

⁸⁰ Puede que alguno se pregunte ¿eso quiere decir que los trasplantes legales son fenómenos que no tienen final? No. Considero que, seguramente, como todo proceso social en el tiempo, algunos se van quedando en el tiempo porque no logran ser eficientes y esto es lo que determina que eventualmente podamos sugerir que, mas que haber terminado, son procesos que no lograron continuar en su evolución.

principal que se pretendió dar con esta investigación: el pequeño, pero importante paso previo que estaba faltando al análisis de los “daños punitivos” en el Perú.

Con lo cual, aunque es cierto que no es un objetivo principal de este trabajo pasar a lo que sería el siguiente nivel, o sea, ahondar en la discusión (con un enfoque de política normativa también seguramente) sobre qué detalles deberían cambiarse, cómo funcionaría mejor en Perú determinada opción de regulación, cómo debería llevarse a cabo la proposición normativa, entre otras interrogantes; encontramos relevante presentar algunas ideas que servirían para aclarar qué debemos/podríamos entender mejor respecto a los daños punitivos peruanos y su comparación con los *punitive damages* norteamericanos. Eso es lo que presentaremos a continuación, veamos.

4.4.1. Una propuesta de tropicalización para las indemnizaciones punitivas peruanas

Evidentemente, algunas cosas nunca serían diferentes, como el hecho de que en Perú no existe el *discovery* como parte del proceso judicial civil ni tampoco tenemos una figura como el *jury*⁸¹, y está bien porque estamos de acuerdo con que un trasplante legal exitoso no debería necesitar un proceso de tropicalización que se proponga conseguir semejanza como tal, sino armonía, y pretender decir que cambiar estos aspectos de nuestra realidad legal es la salida claramente representa un inconveniente demasiado complejo en sí mismo, que no sería aceptado en lo absoluto, y sería innecesario también (Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, p. 252). Entonces, no esperamos que las indemnizaciones punitivas⁸² en el Perú funcionen exactamente igual que los *punitive damages* americanos, pero sí que su propuesta en nuestro país pueda recoger elementos importantes de una correcta comparación, al menos lo suficientes para que pueda haber armonía entre las dos instituciones.

La idea es: ¿qué podemos hacer para que la indemnización punitiva peruana cumpla mejor con sus funciones? ¿cómo volverla *better Law*? En palabras de García Long, lo superficial no es malo cuando uno

⁸¹ Es sumamente importante destacar que, aunque esto es cierto, sí existen estudios en donde se ha encontrado que no hay una diferencia sustancial entre las decisiones sobre indemnizaciones punitivas que fueron otorgadas por jurados y aquellas que fueron otorgadas solo por jueces. Es decir, la idea de que los *punitive damages*, y cualquier símil producto de un trasplante legal, solo podrían funcionar en sistemas legales donde exista la figura del jurado, terminó siendo no tan cierta, pues estos estudios confirman que tanto jueces (solos), como jurados, conceden sus juicios sobre indemnizaciones punitivas de la misma manera. Al respecto, revisar Momioka, H. (2017). Punitive Damages revisited: a statistical analysis of how Federal Circuit Courts decide the constitutionality of such awards. *Cleveland State Law Review*, 65(3), 379-410.

⁸² A partir de este punto encontramos relevante utilizar el término que consideramos correcto para referirnos al concepto de *punitive damages* en Perú.

quiere ser concreto, pero puede serlo cuando esto es lo único que se sabe y se comparte al respecto, en este caso, sobre los *punitive damages* americanos (2019, p. 428). Considero que eso es lo que, en gran parte, sucedió cuando muchos quisieron entrar a discutir los detalles respecto a desencuentros teóricos que podría existir entre la indemnización peruana que se pretende construir y los *punitive damages* americanos porque, como hemos sostenido muchas veces a lo largo de este trabajo, no tiene mucho sentido no estudiarlos a la luz de los criterios operativos específicamente para *breach of contract*, pues la indemnización punitiva peruana que se trasplantó responde principalmente a casos de responsabilidad civil contractual.

Con eso en consideración, tomemos como referencia la estructura de preguntas que se planteó el autor para aportar algunas luces sobre el camino que se podría tomar. Primero, **¿cuándo debería imponerse la indemnización punitiva peruana?** Al respecto, sabemos que los Plenos jurisdiccionales no propusieron correctamente un criterio para reconocer cuándo otorgar la indemnización en cuestión. El VI Pleno hace un mejor trabajo y deja un atisbo de lo que debería reconocerse como un dolo agravado: no basta con que el empleador haya incumplido sus obligaciones, existen condiciones y conductas que son particularmente agravantes y actúan de forma adicional al daño cometido. No estamos hablando de culpa grave, ni de dolo tan siquiera, sino de un **dolo agravado** que hasta el momento no existe en nuestra regulación y eso no quiere decir que en la vida real no se presenten casos en los que realmente utilizar la denominación “dolo” queda chico (;!). Estamos hablando de conductas que muestran menosprecio por los derechos de los demás y que atacan particularmente **derechos inalienables**, ocasionando que el daño sea irreparable.

¿El ordenamiento americano pensó en algún momento que estas situaciones puedan darse en un contexto de *breach of contract*? Por supuesto. Recapitulando nuestro Capítulo II, una de las excepciones en *Contract* más conocidas fue la de incumplimientos de naturaleza opresiva por empresas que tenían un deber fiduciario con el ciudadano, en donde el núcleo de la excepción era proteger a las personas de situaciones de **abuso** frente a contrapartes económicamente muy superiores, como monopolios y mega empresas, con una capacidad de negociación y una relación de poder asimétrica. El ordenamiento americano no dejó estas situaciones desprotegidas solo porque ocurrían en sede contractual; al contrario, en su momento se pensó que no atender esta realidad implicaría permitir situaciones de **ulterior injusticia**. Es más, como explicamos en su momento, hay situaciones de esta naturaleza que, de hecho, se ven propiciadas por una relación contractual, pensemos, por ejemplo, precisamente en contextos de accidentes laborales, de despidos que violan derechos fundamentales, de afectaciones al medio ambiente por parte de empresas o afectaciones a la salud por parte de médicos negligentes ante una simple operación estética.

Así fue, pues, como el propio ordenamiento de origen estableció como una de las “excepciones” más aceptadas para casos en sede contractual los **incumplimientos opresivos** en donde se percibe que la parte más fuerte trata de usar las ventajas a su favor para aprovecharse y someter a una parte más débil y

así obtener un **beneficio indebido** y, por tanto, injusto. Parte de lo que también caracteriza todo este criterio de conducta es que la parte causante del daño tenga un **deber particular de cuidado** o un estándar de conducta diferente al de resto de personas comunes y corrientes porque, se supone, tiene una preparación y/o especialización particular, estamos hablando, por ejemplo, de doctores, fabricantes, técnicos, empleadores, y cualquier agente que tiene o debería poder tener acceso a mayor conocimiento sobre su actividad/servicio/producto que el resto de nosotros⁸³.

Recordemos que, eventualmente, se ha desmitificado la regla que prohíbe *punitive damages* en sede contractual americana y que criterios como los del caso *Vernon*⁸⁴ nos invitan a reconocer que no debe haber un trato diferenciado para la sede de *Contract* y de *Tort* en lo que respecta a disponibilidad de esta institución. Es más, esta misma idea es uno de los mejores ejemplos de *legal change*: los propios *punitive damages* iniciaron como terminantemente prohibidos en sede contractual para que luego, después de muchos años y trabajo de parte de la propia sociedad, se reconociera que quizá esa regla nunca tuvo mucho sentido en principio. Recordemos que el caso *Vernon* planteó que no era necesario contar con un *Tort* independiente en sede contractual para poder conceder *punitive damages*; sino que debíamos comprobar, mediante un *test*, que existió una conducta opresiva, grave, maliciosa y/o fraudulenta de la cual el **interés público** en general se beneficiaría **si se pudiera disuadir** en un futuro. Como efectivamente la malicia y el fraude terminan siendo aún muy subjetivos, sobre todo en contextos comerciales, tal como mencionamos en el Capítulo II, el criterio operativo más objetivo que mejor funciona es el de la **opresión**.

Asimismo, no debemos olvidar que para que los *punitive damages* puedan aplicarse en sede contractual, todos estos elementos deben darse dentro de una relación entre dos partes que no corresponden al mismo nivel y categoría, es decir, dentro de una relación abusiva en donde la **asimetría de poder** se haga presente. Particularmente, considero que a todo este razonamiento de aplicación, se le debe agregar que una indemnización punitiva deberá estar disponible tanto para un **incumplimiento deliberado oportunista**, como para un **incumplimiento deliberado eficiente** pues, como se explicó anteriormente también, los costos de permitir una negociación en donde la parte que desea incumplir busque una salida beneficiosa

⁸³ Por ejemplo, Leysser León es un autor que, aunque está de acuerdo con que la incorporación de los daños punitivos peruanos se dio de la forma equivocada, para él esto no necesariamente implica descartar que puedan ser un mecanismo con acogida en el futuro para casos de daños masivos, es decir, aquellos relacionados a contaminación, por ejemplo (2024, p. 11). Esto implicaría reconocer a la institución no solo para el ámbito de los daños en sede contractual, sino también extracontractual y es un muy buen ejemplo de cómo la labor de comparación puede contribuir a seguir cuestionándonos las directrices e instituciones del propio ordenamiento, incentivando así constantes procesos de trasplante y transformación legal. Tal es así que, el autor comenta que, para que esta alternativa pueda funcionar, tendríamos que implementar también la figura del *class action*, la cual podría entenderse como una demanda colectiva en nuestro sistema, pues sostiene que este mecanismo podría evitar el riesgo del incentivo perverso en la persecución de altas sumas de resarcimiento (2024, 11).

⁸⁴ Revítese la sección 2.2.2. del Capítulo II

para todos, son menores a los costos de proteger a la potencial víctima del daño con solo reglas de responsabilidad en donde reciba una compensación muchas veces insatisfactoria.

Sin perjuicio de ello, como se detalló en el Capítulo II, no es menos cierto que algunos incumplimientos sí sean realmente eficientes y las mismas partes lo consideren así, por lo que, solo en esos casos, podría obviarse la aplicación de una indemnización punitiva, siempre que no entren en juego el resto de criterios que se han establecido aquí. Dicho de otra manera, poco importará en una relación asimétrica de poder y negociación en donde se ha vulnerado un derecho inalienable a través de una conducta opresiva, el hecho de que dos partes consideren que están de acuerdo respecto a la eficiencia del incumplimiento de la otra.

Otro punto importante respecto a cuándo se debería otorgar la indemnización punitiva peruana está estrictamente relacionada con la calidad de pretensión bajo la cual deberían ingresar a un proceso judicial, es decir, la casi no mencionada discusión sobre si deberían ser accesorios o condicionales. Compartiendo la experiencia de Muñoz y Vázquez-Cabello, la indemnización punitiva peruana podría alcanzar y cumplir mejor sus funciones si fuera legislada como un **tipo independiente de indemnización y resarcimiento**, distinto y separado de otras voces de indemnización que responden a una función compensatoria y la mejor forma de hacer esto es **introducirlas legislativamente**⁸⁵ como corresponde en nuestro ordenamiento (2019, p. 256).

Ahora, si bien debemos recordar siempre que la existencia de un trasplante legal no tiene que ver con los métodos que se utilizaron para incorporar la institución y si estos fueron los apropiados según el ordenamiento receptor y sus reglas —definitivamente impactará la efectividad y la demanda, pero no es excluyente de reconocer que el trasplante inicial existe porque este fenómeno involucra a todos los agentes de la sociedad en su conjunto— considero pertinente abrir un paréntesis para comentar por qué efectivamente es positivo (y la manera correcta, de hecho) realizar la incorporación por parte de la iniciativa legislativa. Carabatta comenta que, de manera general, muchas de las objeciones que se reciben respecto a

⁸⁵ No hemos dedicado un espacio en este trabajo al Proyecto de Ley N° 5732/2023/CR que pretende incorporar los “daños punitivos” al ordenamiento peruano mediante una modificación al TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, básicamente porque es una repetición de lo ya literalmente mencionado por el V Pleno Jurisdiccional y las ideas que simplemente se repiten sin detenerse a realizar un estudio completo, apropiado y correcto del asunto realmente no valen la pena. ¿Podría ser un indicativo de demanda? Por su puesto, porque en el fondo implica que sí hay legisladores dispuestos a regular respecto a la materia, pero la manera particular en como se ha planteado en este Proyecto de Ley no implica ningún aporte de tropicalización; sino de mera repetición y por ello no se ha considerado relevante de profundizar como iniciativa existente en nuestro país.

El Dictamen del Proyecto de Ley, presentado por el grupo parlamentario Fuerza Popular en agosto de 2023, al momento de elaboración de este trabajo se encuentra aprobado por mayoría en la Comisión Ordinaria de Trabajo y Seguridad Social.

la incorporación de los *punitive damages* a sistemas del *Civil Law*, tienen que ver con las funciones del juez en cada una de las familias jurídicas correspondientes. Como se repasó en el primer capítulo de esta investigación, mientras que en el *Common Law* el juez tiene un rol preponderante en la elaboración de reglas jurídicas; en el *Civil Law* este rol compete exclusivamente al formante legislativo y el juez solo debe pronunciarse o aplicar la norma jurídica (2020, p. 140).

En ese sentido, “si comprende così il timore di un ‘incontrollato soggettivismo giudiziario’ potenzialmente derivante da quelle sentenze che, in assenza di una intermediazione legislativa, possano contenere liquidazioni giudiziali ultracompensative eccessive” [se comprende así el temor de un ‘subjetivismo judicial incontrolado’ que podría potencialmente derivarse de aquellas sentencias que, en ausencia de intermediación legislativa, podrían contener indemnizaciones ultra-compensatorias excesivas] (Carabetta, 2020, p. 141). Efectivamente, no solo es coherente con la propia organización de nuestro ordenamiento, sino que es un temor válido. Tan válido que, de hecho, incluso Estados Unidos se reconozca también la preocupación por controlar las indemnizaciones que se otorgan en sede judicial porque los *punitive damages* han llegado a ser llamados “a monstrous heresy” por parte de la Corte Suprema federal, lo que se traduciría literalmente a herejía monstruosa (como se citó en Carabetta, 2020, p. 141).

Sin perjuicio de todo lo anterior —y cerrando el paréntesis— que los entendamos como un tipo independiente de indemnización y resarcimiento, no significa que deberían ser entendidos como autónomos en sentido procesal ¿Por qué? Porque en sentido estricto, los *punitive damages* americanos serían un remedio que se manifiesta como una pretensión condicional, es decir, no sigue automáticamente la suerte de la pretensión principal: no existen sin antes no haber concedido una indemnización compensatoria, eso está claro, pero conceder la pretensión principal no significa que necesariamente esta se admitirá también. Esto es así porque, como es evidente a este punto, tienen una **naturaleza excepcional**, tal es así que requieren de un tipo nuevo y distinto de entendimiento del dolo. Por lo tanto, la indemnización punitiva peruana debería ser manifestada también en una **pretensión condicional exclusivamente**. Si el juez decide admitir la pretensión principal, puede y debe proseguir a evaluar la pretensión de indemnización punitiva para ver si se cumplen todos los requisitos y criterios, de modo que se respete la naturaleza excepcional de la institución.

Por ende, se debe absolutamente descartar la posibilidad de que una indemnización punitiva peruana pueda ser otorgada de oficio por parte de los jueces, ya que esto tampoco funciona así en el ordenamiento americano y, darle la contra, atenta contra los propios objetivos de la institución. Recordemos: los *punitive damages* no corresponden a los remedios compensatorios, son una figura específicamente diseñada para castigar el exceso del daño efectivamente sufrido y esto significa que una

demandante no merece⁸⁶ *punitive damages* por el hecho de haber sufrido un daño, salvo que así lo establezca la ley y podamos decir que su caso encaja con el supuesto de hecho necesario. En otras palabras, no existe un merecimiento en términos estrictos a una indemnización punitiva, sino que es una consecuencia beneficiosa que resulta del castigo al causante del daño (Hoversten, 2018, p. 781).

En este punto de nuestra investigación es importante aclarar nuestra postura respecto a bajo qué concepto deberíamos entender la indemnización punitiva: ¿es una pena privada? ¿una multa o sanción civil? ¿deberíamos solo contemplar el daño moral y entenderla como un criterio de cuantificación solamente? En particular, como se mencionó líneas arriba, consideramos que debería ser un tipo de indemnización distinta del daño moral y que el concepto de **indemnización o resarcimiento punitivo**⁸⁷ debe comprenderse como distinto al de una pena privada o sanción civil. Veamos.

Para empezar, partimos de la premisa de que la responsabilidad civil peruana (me atrevería a decir que, en general, la del *Civil Law*) **sí tiene una función punitiva**. Esta es una premisa evidente para algunos autores, pero aún discutida por otros, incluida, como hemos visto, una gran parte del formante jurisprudencial que considera que esta función es totalmente excluyente del concepto de responsabilidad civil en el Perú. Eso es un error; sin embargo, el objetivo de esta investigación no es debatir al respecto, por lo que la lectora deberá partir de esta premisa también.

Ahora, si se desea ejemplificar brevemente esta cuestión, García ya nos comentaba algunos ejemplos de la función punitiva en el Código Civil peruano: artículo 1322 respecto a valoración equitativa y daños morales (recordemos que para Leysser León los daños morales son la manifestación de la función punitiva por excelencia); artículo 1321 respecto a la extensión del resarcimiento en base a la graduación de la culpa (el dolo o culpa grave acarrea responsabilidad incluso por daños imprevisibles⁸⁸); el artículo 1342 respecto a la cláusula penal *in terrorem*; o el artículo 1983 respecto a la distribución de la responsabilidad

⁸⁶ Hablamos de merecimiento en términos de *entitlement*.

⁸⁷ Es importante aclarar lo siguiente: **compartimos la postura que identifica indemnización como algo distinto del resarcimiento**. Es decir, entendemos a la indemnización como aquella que tiene exclusivamente por fuente la ley, y al resarcimiento como aquel surge siempre que se haya cumplido el examen de responsabilidad civil. Por lo tanto, estrictamente sobre la base de la teoría, el término más adecuado debería ser **resarcimiento punitivo**. Sin embargo, por cuestiones totalmente prácticas respecto a la mayor parte de la conciencia jurídica peruana que los entiende como sinónimos, se ha considerado permisible utilizarlos como equivalentes en la redacción de este trabajo, muy por fuera de la discusión teórica.

⁸⁸ Como explica García, este concepto de extender el resarcimiento según la gravedad de la culpa no existe en otros ordenamientos, o sea, el nivel de culpa del causante no determina hasta qué punto podría ser responsable por los daños ocasionados según sea previsibles o imprevisibles. Por lo que esta es una gran manifestación de intención punitiva ya existente en nuestro ordenamiento, antes si quiera de que se mencionen los *punitive damages* o daños punitivos (2019, 374).

entre responsables solidarios según la gravedad de su conducta (siendo que el juez deberá estimar la porción que corresponde a cada uno según su criterio de qué conducta fue más grave que la otra, o sea, hacer pagar al más malvado, en palabras del autor) (2019, p. 375).

En suma, discutir sobre la negación o inexistencia de la función punitiva en la responsabilidad civil de los ordenamientos romano-germánicos parece ser una discusión obsoleta (lo es). Como sostiene Carabetta, incluso desde Italia, evaluar alguna de las *fattispecie* del Derecho positivo nos permite evidenciar la existencia de hipótesis normativas en donde, claramente, se pretende acentuar una finalidad punitiva y disuasiva (2020, p. 188). Entonces, la consecuencia de esta premisa es aceptar que, en realidad, para el estudio de la responsabilidad civil, y la teoría general del Derecho, no son nuevas las categorías de *sanzione civile* (sanción civil) o *pena privata* (pena privada). El autor realiza una explicación muy útil al respecto y que recogemos para explicar nuestra posición:

El término sanción en un ordenamiento jurídico hace referencia a las medidas que se adoptan para asegurar la observancia de las reglas y, eventualmente, para remediar la situación cuando se violan o irrespetan. De manera muy general, se puede decir que una sanción es la consecuencia negativa que es impuesta en la hipótesis de violación de un deber de abstención o una obligación de hacer (Padovani como se citó Carabetta, 2020, p. 189). En ese sentido, las sanciones pueden subclasificarse de la siguiente manera: sanciones preventivas y sanciones sucesivas. La diferencia se determina según el momento en el que se aplican, o sea, antes o después de que la violación se haya cometido. Las sanciones preventivas actúan como medidas de control y de vigilancia para disuadir a las personas de violar las normas. Por el contrario, las sanciones sucesivas intervienen solo después de que la norma en cuestión se haya quebrantado y pueden subdividirse en: restitutorias, cuando buscan la restauración de la situación jurídica afectada; resarcitorias, cuando buscan la restauración del *status quo* mediante su equivalente pecuniario; o punitivas, cuando modifican el status de la situación al verificar un ilícito cometido (2020, p. 190).

Entonces, comenta Carabetta, la pena privada es una especie del amplio género conocido como las sanciones civiles, particularmente, es una sanción civil sucesiva de naturaleza punitiva. Esta relación género-especie se construye porque, mientras la sanción civil tiene un contenido bastante amplio, entiéndase que podría ser el pago de una suma de dinero, la extinción de un derecho, una obligación de hacer o de no hacer; la pena privada se caracteriza por ser específica, estamos hablando siempre y exclusivamente de una obligación pecuniaria. Esta no es una definición totalmente aceptada; de hecho, existen dos concepciones respecto a cómo debería ser entendida. Una concepción amplia, que la define como el mecanismo por el cual al transgresor se le impone una situación jurídica desfavorable y a la víctima una situación jurídica de ventaja, por lo que no necesariamente sería una suma de dinero, sino una desventaja de valor patrimonial entendida de forma genérica. Por otro lado, una concepción específica o

estricta que considera que, desde sus orígenes en el Derecho Romano, la pena privada es una suma de dinero que el ofensor debe pagar a la víctima, de modo que se vuelve más pobre y la víctima se enriquece respecto a su estado previo a la ofensa (2020, p. 191-92).

En general, la discordancia entre las definiciones y el hecho de que se trata de una institución cuyos límites no son claros, ocasionó que sea fuertemente criticada, incluso negada de la definición de categoría jurídica porque se consideraba muy difícil de encajar en alguna definición única. Se le vio como una institución anacrónica, sin futuro, ajena y extraña, con una función residual y que, dentro de todo, representaba un riesgo para la separación entre el Derecho Privado y el Derecho Penal (Carabetta, 2020, p. 193). Sin embargo, sustenta el autor, ya desde los años ochenta, en el *Civil Law* se ha hecho más evidente la mutación del entendimiento de la responsabilidad civil en nuestros sistemas hacia una definición cada vez más **funcional** y, por tanto, predispuesta a reconocer que hay exigencias más allá de la mera reparación del daño que pueden atender a intereses no exclusiva ni específicamente privatistas, sino también **sopra-individuales** y esto ha asistido al redescubrimiento de la pena privada (2020, p. 194). Al respecto, compartimos la idea de que esta es una de las principales evidencias de que el Derecho Privado está en constante evolución y asume activamente el rol de proteger intereses más allá de la relación estrictamente individual, por lo que la responsabilidad civil evoluciona también y reconoce que, hoy en día, la tutela debe ser igualmente efectiva y eficiente respecto a la fase posterior, como a la preventiva al daño y por eso negar la función punitiva se vuelve una discusión un tanto irrelevante, sino es que desfazada.

Entonces, continúa Carabetta, para reconstruir esta categoría es necesario prestar atención, no solo a las hipótesis normativas que podrían encajar con una definición estricta de pena privada, sino también sacrificar un poco la pureza conceptual y reconstruir todas las hipótesis normativas que representan una tutela civil distinta al modelo compensatorio y se caracterizan por su finalidad punitiva y preventiva (2020, p. 194). Aquí, después de esta explicación, es que se comienza a comprender por qué la indemnización punitiva peruana corresponde a una categoría autónoma de resarcimiento y no al de pena privada. Carabetta sostiene que, siendo así las cosas, no sería prematuro calificar a esos resarcimientos con el estándar de **categoría jurídica autónoma** ¿por qué? Porque estamos hablando de una categoría que puede albergar un número indefinido de hipótesis que comparten una disciplina y funciones similares y esto le permite tener un núcleo que la diferencia, aunque sea en parte, de la sanción y de la pena privada (2020, p. 195). Por lo tanto: “si può affermare che la sanzione rappresenta un genere ampio, al cui interno sono inclusi, come sottotipi, la pena privata e il risarcimento punitivo” [se puede afirmar que la sanción representa un género amplio, dentro del cual se incluye, como subtipos, la pena privada y el resarcimiento punitivo] (2020, p. 195).

Con lo cual, la idea es utilizar el término “resarcimientos punitivos” (*risarcimenti punitivi*⁸⁹) para hacer referencia a todas la hipótesis de obligaciones pecuniarias (contractuales o extracontractuales) en donde se pueda presenciar la existencia de un adicional o *surplus* extra-resarcitorio con una función punitiva y disuasiva. Al respecto, el autor sabe que, estrictamente hablando, el término “resarcir” implica reparar según la medida exacta del daño cometido; no obstante, en este caso debe comprenderse en su sentido más amplio como sinónimo de pago que, yuxtapuesto al término “punitivo”, nos indica el sentido de una sanción que se concreta en el sobredimensionamiento de la cantidad realmente debida (2020, p. 196). Por tanto, la incorporación de este concepto a nuestro sistema confirma la naturaleza polifuncional de la responsabilidad civil, y su cuantía, que claramente representaría un caso de *overcompensation*, confirma a su vez que la expresión *punitive damages* es, por lo menos, parcialmente equivalente a la que se propone.

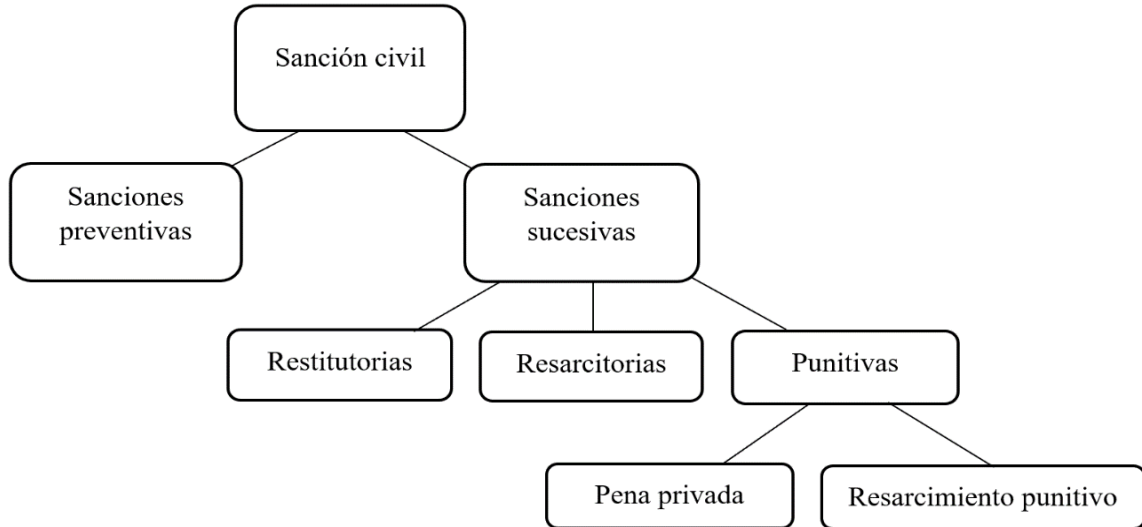
Por todo lo expuesto, aquello que pretenden ser los *punitive damages* a la peruana, pueden comprenderse, en un sentido amplio, dentro del concepto de los **resarcimientos punitivos**, toda vez que estamos hablando del pago de una suma de dinero que no tiene una función compensatoria como prioridad, sino principalmente una punitiva y disuasiva (sin eliminar por completo la primera, obviamente). En síntesis, hasta este punto tenemos que la sanción es el género, en tanto puede ser patrimonial o no; mientras que sus subtipos o subespecies podrían ser la pena privada y el resarcimiento punitivo, respectivamente (Carabetta, 2020, p. 196). A criterio del autor, y de lo que efectivamente se puede constatar, el verdadero problema viene a ser cómo diferenciar entre estos dos últimos conceptos.

Antes de iniciar a tratar el tema de sus diferencias para concluir porqué consideramos que la indemnización punitiva peruana efectivamente es un tipo de sanción diferente de la pena privada, el gráfico a continuación será útil para visualizar el panorama de lo discutido hasta este punto:

⁸⁹ El autor sí utiliza específicamente este término en su idioma original.

Figura 3

Esquema de ubicación sistemática entre la sanción, la pena privada y el resarcimiento punitivo



Ahora bien, de acuerdo al planteamiento de Carabetta (y los autores sobre los que se sustenta), existen tres planos diferenciales para identificar correctamente los límites entre aquello que es una pena privada y un resarcimiento punitivo: *(a)* la naturaleza de las consecuencias; *(b)* el tipo de intereses protegidos y los efectos resultantes de la tutela; *(c)* la perspectiva de disuasión y prevención. Respecto al primer plano, el resarcimiento punitivo siempre será exclusivamente pecuniario, mientras que la pena privada no necesariamente, sino que viene definida de modo más amplio como aquella situación jurídica desfavorable que se le impone al que comete la ofensa e, incluso cuando sí representa una suma de dinero, no necesariamente será mayor a la del daño realmente cometido, como es el caso de la cláusula penal que no siempre tiene una cuantía mayor a la del daño sufrido. Por el contrario, el resarcimiento punitivo es un monto que siempre excede aquello que estrictamente se entiende por resarcimiento, o sea, un *quantum* sobre compensatorio es una contante en todos sus casos (2020, p. 197).

Respecto al segundo plano, la pena privada vela prioritariamente por la tutela de intereses meramente privatistas que pertenecen a la esfera del sujeto que sufre la ofensa o el daño; mientras que el resarcimiento punitivo es una suerte de remedio híbrido que busca tutelar los intereses privados, pero también los colectivos que puedan existir. No es que la pena privada no pueda servir a un interés público, pero su prioridad es el interés privado y es por ello que el individuo puede renunciar a ella cuando existe en medio de una relación contractual, es decir, la intervención pública o del Estado es meramente eventual y circunstancial. Sin embargo, dado que el resarcimiento punitivo implica reconocer intereses ulteriores a

lo de la parte afectada, sí se justifica la intervención de un tercer poder. Esto trae como consecuencia que cuando las partes van a juicio y se condena una suma por resarcimiento punitivo, dicha cuantía no solo es destinada a la relación que existió entre ambas partes, sino también a un tercero (2020, p. 200). Es importante destacar que esto no necesariamente significa que una institución como esta deba otorgarse de oficio; sino que pueda verse justificada la participación de un tercero en representación del Estado, como el Ministerio Público, una entidad reguladora, un fondo de indemnización, entre otras opciones que dependerán de la construcción normativa que se escoja.

Por último, respecto al tercer plano, la prospectiva de disuasión y prevención en la pena privada es considerablemente menor porque está dirigida a una sola persona, dado que el destinatario de la coacción es el privado que está específicamente vinculado a ella. Por el contrario, en el caso del resarcimiento punitivo estamos hablando de una prospectiva mucho mayor, ya que se dirige a “(...) una pluralità di soggetti potenzialmente indeterminata (...)” [(...) una pluralidad de sujetos potencialmente indeterminados] (Carabetta, 2020, p. 200). Es decir, va dirigida a todos los agentes que potencialmente podrían incurrir en la misma conducta que se busca evitar y ello le da un alcance más amplio. Entonces, bajo estas propias características, es posible comprender por qué la indemnización punitiva peruana debe ser comprendida dentro de esta categoría y no la de pena privada: es la que mejor describe aquello que realmente pretende normar en el ordenamiento. Así pues, en palabras de Carabetta:

Il risarcimento punitivo si connota come strumento utile e autonomo che non si contrapone a quelli tipici del diritto penale, o a quello tipico (...) del diritto privato, né replica questi. È piuttosto, un rimedio ausiliario e complementare che coadiuva nel raggiungimento degli obiettivi di giustizia e di efficienza che sono propri dell'ordinamento, sulla cui opportunità e legittimità nessuno può dubitare [El resarcimiento punitivo se connota como un instrumento útil y **autónomo** que no se contrapone con aquellos propios del derecho penal, o aquel típico (...) del derecho privado, ni los replica. Es, mas bien, un remedio **auxiliar** y **complementario** que coadyuva a lograr los objetivos de justicia y eficiencia que son propios del ordenamiento, cuya idoneidad y legitimidad nadie puede cuestionar] (Carabetta, 2020, p. 200).

Continuando con la segunda pregunta relevante, ¿cómo debería calcularse la indemnización punitiva peruana? Es perfectamente viable que la indemnización punitiva peruana tenga límites, pues incluso los *punitive damages* americanos los tienen para no vulnerar principios constitucionales propios de su ordenamiento. El detalle de cuáles deberían ser exactamente esos límites corresponde a un estudio mucho más profundo y especializado de política normativa, pero lo que sí podemos afirmar es que colocar un límite como los del V Pleno no funciona en lo absoluto porque va en contra de los propios objetivos que se supone buscan cumplir. Es cierto que la *ratio* propuesta por el VI Pleno funcionaría muchísimo mejor y es incluso

un límite reconocido en algunos estados norteamericanos, pero lo fundamentalmente cierto es que, como quiera que termine construyéndose el límite, lo importante es que se haga **teniendo en cuenta que no es posible afectar el rol disuasivo** que debe cumplir este tipo de indemnización.

Una *ratio* 1:1 permite cumplir con el criterio de la **proporcionalidad** y no es excluyente de que, ante escenarios particulares, pueda haber excepciones porque el nivel de opresión lo aclame así necesario y esto permita generar un mayor y mejor nivel de disuasión (García, 2019, p. 434). Evidentemente, **mientras más opresiva sea la conducta, más grave es y, consecuentemente, mayor debería ser la cuantía** para lograr la manifestación de la función netamente punitiva. Además, a efectos de lograr un nivel de disuasión considerable, también es importante tener en consideración el **patrimonio** del causante del daño, pues esta es una de las pocas maneras de realmente **retirar de su patrimonio aquel beneficio ilícito e injusto** que ha obtenido a costas de su conducta y el daño que ha causado, lo cual es otro de los objetivos que las indemnizaciones punitivas deben cumplir.

En particular, hay tres criterios importantes que podrían tomarse en cuenta para evitar que las condenas por indemnizaciones punitivas sean excesivas, estos son los criterios recogidos por el caso *BMW of North America v. Gore (1996)*⁹⁰: **(a)** el grado de reprochabilidad de la conducta; **(b)** la proporcionalidad entre la indemnización compensatoria y la punitiva; y **(c)** la comparación entre sanciones previstas para conductas similares dentro del mismo ordenamiento. Sobre el primer criterio, se sostiene que, como ya hemos mencionado, se debería seguir la lógica de que mientras más reprochable (opresiva) sea la conducta, entonces la cuantificación de la indemnización se verá afectada. Sobre el segundo criterio, se comparte que debe haber una relación razonable entre el monto de indemnización compensatoria e indemnización punitiva. Sobre el tercer y último criterio, se indica que esta comparación permitirá al legislador (o al operador de justicia) determinar si la cuantía que prevé otorgar es excesiva en comparación a las que ya podrían existir en sede criminal por un supuesto de hecho similar, por ejemplo (como se citó en Momioka, 2017, p. 387).

Posteriormente, los límites de los *punitive damages* norteamericanos continuaron experimentando un mayor control en su propio ordenamiento, este es el caso de *State Farm Mutual Insurance Co. V. Campbell (2003)*, en donde la aseguradora incumplió de mala fe el no negociar con un tercero un reclamo

⁹⁰ Este es uno de los principales casos representativos de *punitive damages* norteamericanos porque se establece por primera vez criterios para controlar y limitar condenas que podrían ser consideradas como excesivas e inconstitucionales. En este caso, la BMW no cumplió con informar al comprador del auto que su vehículo, supuestamente nuevo, en realidad había sido repintado antes de la entrega. La condena fue de \$4,000 en indemnización compensatoria y \$4,000,000.000 en *punitive damages*, mismos que luego se redujeron a la mitad. Eventualmente, bajo los criterios esbozados, se llegó a la conclusión de que esta condena había sido inconstitucionalmente excesiva (Momioka, 2017, p. 386).

de responsabilidad que el asegurado (Campbell) claramente terminaría pagando. Esto eventualmente ocasionó que la aseguradora demandada responda con una indemnización compensatoria de \$1 millón y *punitive damages* de \$145 millones. Al respecto, la corte determinó un cuarto criterio para limitar a los *punitive damages*: es preferible que la cuantía de estos se corresponda con la de un múltiplo de un solo dígito para que sea compatible con la constitucionalidad del ordenamiento. Sobre la base de esto se concluyó que esta condena de *punitive damages* era inconstitucional por ser excesiva (como se citó en Momioka, 2017, p. 387).

Eventualmente, el criterio de *State Farm* sirvió de base para el caso de *Philip Morris* cuatro años después, mismo que comentamos anteriormente en este Capítulo. La idea es que la condena por indemnización punitiva tenga un límite que siga estos criterios, pero que también se permitan excepciones para aquellos casos que realmente lo requieren. En otras palabras, lo que en Estados Unidos se estableció jurisprudencialmente y aquí deberíamos tomar atención, es que la condena final debe ser evaluada según cada caso y circunstancia particular respecto a la conducta del causante del daño y del daño cometido hacia la víctima.

Ello de la mano con la idea, que explicamos anteriormente, de que una condena de este tipo no puede ser literalmente calculada sobre la base del daño que personas que no son parte del proceso. Nos explicamos nuevamente para que este punto quede sumamente claro: un juez podría considerar la conducta del causante del daño respecto a la comunidad en general para determinar el grado de reprochabilidad (como efectivamente debe hacerlo para el caso de la indemnización punitiva), pero no se debería permitir considerar esto para el cálculo específico de la cuantía por indemnización punitiva porque representa una clara violación a los derechos del demandado: no podría defenderse de personas que no lo han acusado, y básicamente permitir esto implica decir, en otras palabras, que de plano la indemnización punitiva no tiene ningún límite o estándar, pues, si el cálculo puede tomar en cuenta la cantidad indefinida e indeterminada de terceros (que no son parte) y la extensión de sus daños, entonces la cuantía realmente no tiene ningún límite y podría ser groseramente excesiva.

Finalmente, otro de los icónicos casos que terminó por modelar la limitación que se venía elaborando para los *punitive damages* en Norteamérica, y donde se termina consolidando la *ratio* 1:1 que hoy proponemos, es *Exxon Shipping Co. V. Baker* (2008), este es el conocido y lamentable caso que surgió como consecuencia del desastre ambiental de 1989, en donde la compañía de transporte permitió negligentemente que un hombre alcoholizado fuera capitán del buque petrolero que terminaría encallando en la bahía Príncipe Guillermo (Alaska, Estados Unidos) y ocasionando uno de los peores derrames petrolíferos en la historia de dicho país. En este caso, que nos plantea un escenario tristemente conocido para nuestro país, se inició una *class action* por parte de los pescadores de la zona y se otorgaron \$287

millones en indemnización compensatoria y \$5 billones en *punitives damages* que luego se reducirían exactamente a la mitad (como se citó en Momioka, 2017, p. 389).

Fue aquí en donde la Corte Suprema de los EE.UU decidió que el verdadero problema detrás de los *punitive damages* era su impredecibilidad y que la mejor forma de solucionar dicho problema era considerando que todos los criterios antes revisados debían estar ligados a una *ratio* que permita predictibilidad. Es así como sugieren utilizar una *ratio* de múltiplo máximo entre la cuantía de indemnización punitiva y de indemnización compensatoria (1:1). De modo que, si la cantidad de la indemnización compensatoria es considerable, entonces es razonable que la *ratio* sea menor, mientras que, si la cantidad es muy baja y/o las probabilidades de detectar el daño son mínimas, entonces es razonable que la *ratio* sea mayor (como se citó en Momioka, 2017, p. 390).

Un punto importante de agregar a todo lo mencionado es que, ciertamente, existen posiciones en la doctrina americana que critican estos criterios para limitar las indemnizaciones punitivas, principalmente porque consideran que los magistrados, en su preocupación por evitar que las cuantías sean excesivas, han dejado de lado los fundamentos económicos que deben existir detrás de instituciones como estas. Dicho de otra manera, si el costo de las conductas reprochables disminuye respecto al costo de actuar correctamente, entonces es natural que veamos un alza en dichas conductas reprochables (Marshall, K. & Fitzgerald, P., 2005, p. 257). Precisamente por ello, recogemos parte de la postura de los autores y consideramos que, a todos los criterios y la *ratio* presentada, necesariamente se debe siempre tener en cuenta un quinto elemento: la magnitud de la indemnización punitiva peruana también debería evaluarse según el **contexto económico del causante del daño**. Como sostienen los autores, ignorar este criterio niega fundamentalmente los principios de punición y disuasión que se supone se deben cumplir (2005, p. 252).

Finalizando con las preguntas, en tercer lugar, **¿a qué cuentas debería llegar la indemnización punitiva peruana?** Existen muchas respuestas alternativas a esta interrogante, pero un punto crucial según nuestro criterio es que, aunque muchos puedan criticar la indemnización punitiva por considerarla contraria a la institución del enriquecimiento sin causa, como ya se había explicado, esto simplemente no podría ser el caso. Es decir, entendiendo el enriquecimiento sin causa como aquel escenario en donde una víctima recibe mayor dinero del que debería recibir, o sea, algo más que la indemnización compensatoria, sin tener un motivo válido para ello; entonces, los criterios que justifican la indemnización punitiva jamás podrían ser entendidos como carentes de justificación. Dicho de manera más simple, **ante un caso meritorio de indemnización punitiva, no podríamos hablar de que la víctima se enriquece sin un motivo válido para hacerlo**, porque el sufrir una afectación tan particular como la que justifica este tipo de indemnización es el motivo que precisamente brinda una razón válida para que reciba una cuantía superior a la compensatoria. Pretender que esto no es así significa que simplemente se están leyendo nuestras

instituciones como escritas en piedra y sin contexto, que es lo que ya sucedía antes con los propios *punitive damages* americanos y la absurda prohibición en sede contractual.

Si hay algo que debemos rescatar sobre el fenómeno del trasplante legal, además de todo lo mencionado obviamente, es que implica que nos cuestionemos como parte del proceso aquellas otras instituciones con las que la institución entre en fricción. Nada de esto significa que, entonces, la indemnización punitiva deba ir directa y completamente a las arcas de la víctima porque, tal como también se aprendió en la experiencia norteamericana, por supuesto que puede existir un incentivo perverso para que todas las víctimas busquen casos de *overcompensation* o incluso que busquen demandar falsamente a sus contrapartes con tal de obtener la cuantía de una indemnización punitiva. En todo caso, como menciona García, el propio ordenamiento norteamericano también propone una alternativa como la de los *Split-recovery schemes* que son esquema de distribución del ingreso que se percibe por indemnización punitiva entre dos partes diferentes: **un porcentaje para la víctima y un porcentaje (usualmente el mayor) para el Estado** o para fondos de indemnización que se crean y manejan por el Estado también para potenciales futuras víctimas (2019, p. 437).

Nuevamente, sea que la víctima reciba el 100% o incluso un 25% como se suele proponer con estas soluciones, lo que justifica que reciba el todo o una parte es que es parte de su retribución por contribuir a la búsqueda de justicia ante situaciones que, en la mayoría de casos, pasarían desapercibidas porque la probabilidad de detección y de que alguien demanda y vaya a juicio son extremadamente bajas. En palabras de García, es el **precio por la labor de lograr justicia** y esto es importante porque representa lo que se conoce como *private enforcement*, es decir, la aplicación privada de la justicia (2019, p. 438). Sobre todo, en casos como en los que se suele requerir una indemnización punitiva, donde la parte fuerte tiene todas las de ganar y ocultar su daño y salirse con la suya, sin la aplicación de justicia por parte de los privados, muy probablemente los causantes sigan cometiendo sus daños indefinidamente a cuantas personas les sea posible. Basta una persona que, bajo las conficiones justas, y precisamente ante un sistema judicial como el nuestro, decida alzar la voz, para que logre representar a todas las otras víctimas del pasado y del futuro. Esto es una labor que, naturalmente, puede y debe ser recompensada porque requiere recursos que muchas veces las personas ni siquiera tienen, siendo algunos de ellos incluso intangibles, como el tiempo, la energía, el estrés emocional de enfrentarse a un juicio, la exposición mediática, entre otros.

Al final, podemos discutir exactamente qué criterios agregar o restar para construir un mejor concepto de dolo agravado, podemos debatir respecto a la *ratio* perfecta o incluso a si es mejor establecer un monto fijo como límite superior y qué número debería ser este, y podemos también comentar sobre las diversas opciones que hay para distribuir mejor los montos que se recibirían a través de las indemnizaciones punitivas. Es más, es menester tener debates respecto a todas las opciones de países de origen que podrían

ser adaptados ¿por qué los *punitive damages* americanos? ¿por qué no mejor los *punitive damages* franceses o alemanes que ya tendrían un nivel de tropicalización al sistema del *Civil Law* considerable? O ¿por qué no los *punitive damages* de ordenamientos canadienses como Quebec, un sistema legal mixto en donde han sabido regular esta institución en el seno de su Derecho Privado romano germánico?

Todas serían preguntas y debates totalmente válidos, pero lo que no podemos discutir a estas alturas es que definitivamente estamos frente a un fenómeno de trasplante legal que debería ser mejor entendido como el inicio de proceso de transformación y transposición legal en nuestro ordenamiento, lo cual es altamente positivo. Ciertamente que, quizá, eventualmente después de los respectivos procesos de tropicalización, resulte ser que el trasplante no fue tan eficiente como originalmente se hubiera pensado, pero, en este momento, qué duda cabe que, como sostuvieron Muñoz y Vázquez-Cabello, para que el proceso de adaptación sea fructífero y eficiente, definitivamente será necesario contar con el apoyo de la élite de la profesión legal: las instituciones académicas, legisladores proactivos, creativos juristas y jueces diligentes (2019, p. 257). Esto no es algo que podamos lograr si es que desde el inicio se plantea un estudio errado e incompleto respecto a lo que significó la incorporación de los *punitive damages* por parte del V y VI Pleno y una verdadera comprensión de lo que implica un proceso de *legal transplant*: eso es precisamente lo que hemos pretendido cambiar y mejorar en esta investigación.

CONCLUSIONES

1. Las tradiciones jurídicas del *Civil Law* y el *Common Law* tienen un impacto significativo en la forma como se maneja la responsabilidad contractual y la reparación de daños en Perú y en los Estados Unidos. Mientras que un sistema jurídico basado en el *Civil Law*, como el nuestro, prioriza el cumplimiento de las promesas contractuales, el sistema americano del *Common Law* apuesta por lidiar con las consecuencias del incumplimiento cuando este es necesario y eficiente. Esta diferencia refleja valores sociales distintos, como el entendimiento de la justicia o la equidad, que son cruciales para comprender el marco comparativo de los *punitive damages* y de los “daños punitivos”.
2. Sin perjuicio de esta sutil pero crucial diferencia, podemos reconocer también similitudes importantes, como que en ambos ordenamientos se busca proteger el interés positivo de la acreedora o la víctima del incumplimiento, es decir, colocarla en la misma situación en la que estaría si es que la obligación o el contrato se hubiera cumplido. En Perú el objetivo de esto es que las personas respeten las promesas que realizan, porque se considera como una conducta deseable y moralmente aceptable, y en Estados Unidos es que se proteja la confianza de quienes interactúan en el mercado porque esto es considerado como algo valioso para una sociedad altamente comercial como la estadounidense.
3. Puede ser confuso entender categorías y clasificaciones legales ajenas a nuestro sistema de responsabilidad, sobre todo porque muchas veces no existen traducciones exactas o apropiadas en el idioma nativo de quien lo lee o estudia. Ese tema ha sido particularmente interesante a la hora de introducir conceptos como *damages*, *Contract Law* o *Tort Law*, que no siempre tendrán un símil exacto en el castellano. Lo que se debe rescatar es que las clasificaciones existen en ambos ordenamientos y no siempre son pacíficas, independientemente de si hablamos de *Civil* o *Common Law*. En ese sentido, recordemos que, para el ordenamiento norteamericano, la diferenciación entre *Contract* y *Tort Law* se definió como aquella que nace de la voluntariedad de la obligación prometida. Mientras que en *Contract Law* las personas crean reglas que confieren poder y deciden voluntariamente si ejercerlo o no; en *Tort Law* no es relevante la voluntad porque el deber existe en base a fundamentos y postulados universales de no causar daño a los demás.
4. Por otro lado, en nuestro sistema legal, la clasificación entre responsabilidad por inexecución de obligaciones y responsabilidad extracontractual debe prevalecer sobre la base del deber o de la obligación. Con lo cual, dado que la obligación siempre sobrevive al incumplimiento, su persistencia

en el sistema es lo que justifica que exista un remedio para tal situación (la indemnización), este es el criterio que también explica por qué no deberíamos usar tan ligeramente la popular denominación “responsabilidad contractual”, pues la responsabilidad civil no surge porque se incumple el contrato, sino la obligación y la obligación no siempre está necesariamente contenida en un contrato.

5. En el sistema estadounidense, la teoría del incumplimiento eficiente desempeña un papel crucial en el análisis contractual. Esta teoría sugiere que, en ciertos casos, incumplir un contrato y pagar una indemnización compensatoria por ello puede ser más beneficioso para ambas partes que cumplir con el contrato mismo. Considerablemente criticada, esta popular perspectiva contrasta con la mucho más rígida posición del ordenamiento peruano, que se enfoca en el cumplimiento absoluto de las obligaciones contractuales. Además, en el ordenamiento peruano el principio de reparación integral del daño sigue siendo, en gran parte, uno de los dogmas más respetados del Derecho romano-germánico, considerado incluso como una de las grandes victorias logradas para evitar que incumplidores conserven ganancias patrimoniales a causa de sus incumplimientos. Sin embargo, es crucial reconocer que este no es un principio absoluto y, de hecho, es bastante relativo cuando se analiza la realidad del panorama actual y los tipos de daños que las personas enfrentan el día de hoy.
6. El surgimiento de los *punitive damages* en el sistema del *Common Law* tiene un desarrollo histórico interesante; sin embargo, las reglas que delimitaron su tratamiento a la sede de *Tort* son absurdas y desfazadas, pues no existe realmente una distinción tajante entre *Tort* y *Contract* que se explique por encima del accidente histórico y la repetición de dogmas jurídicos. Naturalmente, pues de forma intuitiva es más sencillo calcular el daño en medio de una relación contractual objetiva, que para un agravio que afecte la capacidad de vivir, la salud física o emocional, entre otros. Esto significó que, en *Tort*, todo el desarrollo histórico sea mucho más proclive desde un inicio para reconocer la posibilidad de admitir indemnizaciones punitivas, pues no existía un verdadero control sobre las indemnizaciones que se otorgaban en esta sede.
7. La prohibición de los *punitive damages* en *Contract* no se explica solamente con los antecedentes históricos, de hecho, es más influyente como motivo el hecho de que esta institución es altamente considerada como un detrimento para la formación y existencia de los contratos en el sistema del *Common Law*. Esto es así por la popular consideración a la teoría del incumplimiento eficiente, pero lo cierto es que la realidad comercial, contractual, y la sociedad moderna en general, nos demuestra que las reglas existentes en hace un siglo, no pueden seguir siendo de ciega aplicación en el presente. Sobre todo, porque hoy existen condiciones materiales de negociación en el mercado que hace 50 años no

existían: la contratación en masa, la altísima privatización de servicios públicos, la puesta en escena de nuevos derechos que se exponen a vulneración en contextos cada vez más incipientes (tecnología, inteligencia artificial, etc.). Esto nos lleva necesariamente a aceptar que, en realidad, no existe una línea divisoria entre *Contract* y *Tort* como se pensó y aceptó por mucho tiempo sin cuestionar; sino que vivimos entre el *borderland* o frontera de lo que se conoce como estas dos grandes secciones del Derecho y ello implica reconocer que hay remedios de *Tort*, como los *punitive damages*, que podrían ser perfectamente aplicables e incluso necesarios en sede contractual.

8. Los *punitive damages* no tienen un campo de acción tan limitado como en un principio se creía porque las situaciones en donde son eficientes, o sea, cuando la probabilidad de detección del daño es mínima y la capacidad de las víctimas de denunciar dicha afectación también lo es, es prácticamente la realidad de la mayoría de situaciones de vulneración en la que un individuo se ve expuesto hoy en día. Esto implica reconocer que las reglas de propiedad, como las indemnizaciones punitivas, pueden ser incluso más eficientes que las reglas de responsabilidad, como las indemnizaciones compensatorias, a la hora de evaluar los costos de incumplir un contrato. La regla que prohíbe la aplicación de *punitive damages* en sede contractual se sustenta débilmente en la supuesta división entre *Contract* y *Tort*. Sin embargo, la cantidad de excepciones que se emplean para justificar su excepción en sede contractual demuestran que, además de ser sumamente ambiguas, en el fondo se reconoce la necesidad de indemnizaciones punitivas incluso para *breach of contract*.
9. Una vez que se ha aceptado que seguir recurriendo a las excepciones, o sea, a los escapes para aparentar que no se está desobedeciendo la regla que prohíbe *punitive damages* en *Contract*, es absurdo, entonces ahí se podrá considerar cuáles son los elementos que justifican otorgar esta indemnización en sede contractual. Al respecto, consideramos que criterios subjetivos de conducta no permiten la correcta evolución legal porque siguen siendo inherentemente ineficientes en aquellos casos de *borderland* entre lo contractual y lo extracontractual. En ese sentido, para maximizar el nivel de punición y disuasión de los *punitive damages*, lo más eficiente es considerar a la opresión como el criterio objetivo de evaluación de conducta.
10. La opresión contractual implica una situación de abuso económico a la parte más débil de un contrato y esto es lo que constituye la importante diferencia con un simple dolo tal como lo entendemos con nuestro ordenamiento. La circunstancia de opresión implica algo más que simplemente actuar deliberadamente con mala intención; significa aprovecharse de la contraparte en desventaja para obtener un beneficio indebido e injusto sin importar lo que ello pueda ocasionar a la otra parte. Todo

esto responde a la realidad comercial del mundo moderno, en donde el individuo ha perdido capacidad y poder de negociación frente al consumo y negocio a gran e internacional escala. Básicamente hoy en día hay más y mejores (si es que cabe el término) formas de ejercer conductas opresivas y muchos de estos escenarios surgen precisamente en el marco de un contrato.

11. Respecto a lo que sucedió en el Perú a través del V Pleno Jurisdiccional, los magistrados decidieron que las remuneraciones dejadas de percibir durante el periodo de despido incausado o fraudulento debían ser consideradas como indemnización y no contraprestación. Este enfoque, sin embargo, incurre en un error conceptual al equiparar estas remuneraciones con el lucro cesante, ya que este se refiere a la utilidad perdida, no a los ingresos dejados de percibir. Esto ocasionó que dichas remuneraciones no estén sujetas a los aportes obligatorios a los fondos de pensiones y para resolver el problema los jueces introdujeron el concepto de “daños punitivos” a nuestro país. Por otro lado, respecto al VI Pleno Jurisdiccional, los jueces adoptaron un régimen de responsabilidad objetiva para los empleadores en caso de accidentes laborales, pese a que su argumentación apuntaba a un enfoque subjetivo de diligencia. Bajo esta premisa es que los jueces reintrodujeron el concepto de “daños punitivos” como respuesta a conductas que consideraban especialmente reprochables del empleador.
12. En el panorama doctrinario sobre los “daños punitivos” y los *punitive damages* en el Perú existen dos posturas principales: algunos creen que la responsabilidad civil peruana es polifuncional y esto incluye elementos punitivos y disuasorios; mientras que otros creen que es un sistema exclusivamente compensatorio. En general, se tiende a asimilar los “daños punitivos” con el daño moral o como una forma de cuantificarlo y existe un consenso generalizado por cualquier sector a rechazar y tildar de inconstitucional la incorporación de cualquier nueva voz del daño a través de la labor jurisprudencial, mas aún de un Pleno Jurisdiccional.
13. Quienes reconocen un atisbo de posibilidad por asimilar la figura de *punitive damages* sostienen que es necesario encontrar una denominación adecuada en español, y que evidentemente requieren ser definidos o conceptualizados a través de un dolo particular que se fundamente en un criterio objetivo. Se acepta que los *punitive damages* pueden tener limitaciones, pero se reconoce que las limitaciones impuestas en los Plenos peruanos son un problema conceptual que afecta seriamente la eficiencia de la institución en nuestro país y a la figura original también. Por otro lado, jurisprudencialmente suceden dos cosas interesantes: o las cortes inferiores aceptan y aplican la institución de los “daños punitivos” sin mayor elaboración o crítica al respecto; o se oponen a conceder la institución bajo el entendimiento

de que los Plenos no son parte de la jurisprudencia de obligatorio seguimiento y de que la responsabilidad civil peruano no tiene una función punitiva reconocida.

14. El fenómeno del *legal transplant* nos demuestra que el Derecho, más que ser un fenómeno nacional, es un fenómeno humano. Esto significa reconocer que ninguna sociedad, y naturalmente su Derecho, existe de manera aislada la una con la otra; al contrario, como humanidad afrontamos etapas similares de desarrollo y tenemos una tendencia a la imitación, eso significa que, aunque social, cultural, económica o políticamente podamos ser muy diferentes, al final del día las reglas legales son una respuesta a necesidades que existen como demandas comunes de la humanidad. En consecuencia, el *legal transplant* es inherente a nuestro desarrollo y es necesario para el desarrollo del Derecho también.
15. Los trasplantes legales suceden por diversos motivos, principalmente por una percepción de que aquello que sucede en el ordenamiento importador es mejor, más eficiente y más prestigioso. Asimismo, surgen en diversas áreas del Derecho: a nivel legislativo o judicial incluso, pero hay un consenso de que en ordenamientos donde se considera que los jueces no pueden crear Derecho, como el nuestro, la mejor alternativa es que siempre se den por la vía legislativa para evitar frustrar aquellos trasplantes que sí son útiles y necesarios. Este concepto es mejor entendido con la analogía de un trasplante botánico, en lugar de un trasplante médico, porque el primero describe mejor aquello que realmente sucede: el ordenamiento importador no pierde la institución, sino que esta actúa como semillas que se plantan en el receptor y florecen de forma distinta, para lo cual requieren de un acondicionamiento que le permita florecer en primer lugar (como el cambio de tierra, regularización del clima, etc.). Los procesos de *legal transplant* son dinámicos y complejos, por lo que es crucial abandonar el criterio del éxito-fracaso y proceder a concentrarnos en la eficiencia como criterio para evaluarlos porque este proceso se desarrolla en función del tiempo.
16. Un trasplante legal luce más como un proceso continuado en el tiempo que atraviesa importantes etapas de tropicalización y se mide en función de la eficiencia a lo largo del tiempo. Esto es lo que ha sucedido con la incorporación de los *punitive damages* a nuestro ordenamiento a través de los dos Plenos Jurisdiccionales estudiados, en tanto estamos ante instituciones que son, en principio, funcionalmente equivalentes, existe una demanda por reconocer la función punitiva de nuestra responsabilidad civil y se pueda tropicalizar este trasplante. Cuando aceptamos esto es que podemos, correctamente, proceder a realizar un proceso necesario de adaptación para comparar correctamente la institución extranjera y aquello que se pretende trasplantar, solo de esta manera podemos garantizar un correcto análisis del fenómeno de *legal change* que estamos viviendo.

17. La adaptación de los *punitive damages* al sistema legal peruano no debe buscar replicar exactamente la institución norteamericana, sino lograr una armonía coherente entre ambas. Esto implica que las indemnizaciones en Perú no funcionarán de la misma manera que lo hacen en Estados Unidos, y esto está bien. De esta forma, podemos proponer que las indemnizaciones punitivas peruanas se apliquen a casos de un nuevo tipo de dolo considerado como dolo agravado, en donde la conducta del causante demuestra un desprecio significativo a través de la opresión por víctimas más débiles y que esto resulte en el daño irreparable de derechos inalienables. Estas indemnizaciones deberían dirigirse a situaciones de abuso económico en relaciones contractuales asimétricas (y por qué no extracontractuales también) y deben ser introducidas legislativamente como un tipo excepcional, autónomo de daño, distinto de las indemnizaciones compensatorias.
18. La indemnización punitiva en Perú debería calcularse estableciendo límites claros que aseguren su función disuasoria y punitiva sin vulnerar principios constitucionales (y sin olvidar la función compensatoria entre otras importantes como eliminar el beneficio ilícito injustamente obtenido). Una *ratio* de 1:1 entre la indemnización compensatoria y la punitiva, como propone el VI Pleno del Tribunal Supremo peruano, es un buen punto de partida y es incluso reconocido por gran parte del ordenamiento norteamericano. Esta relación permite excepciones en casos particularmente graves y debería considerar el patrimonio del causante para retirar cualquier beneficio ilícito injusto que se haya obtenido mediante la opresión (el daño). De esta manera, se logra un equilibrio adecuado entre proporcionalidad, disuasión y justicia económica.
19. Finalmente, respecto a quién debería recibir la cuantía de las indemnizaciones punitivas peruanas, podemos aceptar que, probablemente, lo que mejor funcione en nuestro sistema sea apostar por esquemas de resarcimiento divididos entre la víctima y el Estado u otros fondos de indemnización para víctimas. Lo importante es comprender que, cuando una víctima recibe cualquier porcentaje de algo que se considera como indemnización punitiva o *punitive damages*, no lo hace porque se está permitiendo el enriquecimiento sin causa. Antes las circunstancias descritas que ameritan la imposición de estas instituciones ¿quién podría razonablemente decir que no tiene causa para hacerlo? Esto es lo crucial de realizar estudios a los trasplantes legales, y es que nos permiten una visión crítica de todo el sistema legal en conjunto. Es justo que una víctima reciba parte (o todo) como indemnización punitiva porque es el precio de la labor de lograr justicia en escenarios donde la detección de un daño muy perjudicial para todos es mínima.

20. Aunque podemos tener un vasto debate respecto al mejor límite, el mejor país para importar *punitive damages* o el mejor esquema de indemnización, lo indiscutible es que estamos frente a un fenómeno de trasplante legal que marca el inicio de un proceso de transformación y adaptación en nuestro ordenamiento (*legal change*), lo cual es positivo y no debería negarse o desconocer. Quizá eventualmente el proceso de tropicalización demuestre que el trasplante no fue tan eficiente, pero lo importante ahora es realizar los mejores esfuerzos compartidos entre todos los agentes del Derecho para que la adopción sea fructífera, y eso solo se logra con estudio completo sobre ambas instituciones, para lo cual este trabajo prestó sus mejores esfuerzos.



BIBLIOGRAFÍA

Alcántara, O. (2019). La pena privada en el Derecho Civil francés: especial referencia a los daños punitivos en el Proyecto de Reforma del Code Civil. *Gaceta Jurídica & Procesal Civil*, (67), 101-116.

Alpa, G. (2014). Apuntes sobre el daño contractual. *THEMIS*, (48), 16-34.

Bardales, L. (2017). Un intento fallido de trasplante legal: Los punitive damage por despido arbitrario. *Gaceta Jurídica & Procesal Civil*, (52), 33-56.

Barton, J. (junio de 1972). The Economic basis of Damaged for breach of contract. *The Journal of Legal Studies*, 1 (2), 277-308.

Bernal, B. (2010). *Historia del derecho*. Nostra Ediciones.

Blancas, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Editorial Jurista.

Birmingham, R. (1970). Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. *Indiana University School of Law*, 273-292.

Burton, S. (diciembre de 1980). Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith. *Harvard Law Review*, 94 (2), 369-404.

Bridgeman, C. & Goldberg, J.C. (2012). Do promises distinguish contract from tort. *Suffolk University Law Review*, 45(3), 873-896.

Calleros, C. (2006). Punitive damages, liquidated damages, and clauses penales in contract actions: comparative analysis of the American common law and the French civil code. *Brooklyn Journal of International Law*, 32 (1), 67-120.

Campillo, A. y Restrepo, J. (22 de abril de 2016). El Corpus Iuris Civilis: la recopilación más importante del derecho romano. *Universidad del Rosario*. <https://www.urosario.edu.co/Blog-Archivo-Historico/Lenguas-clasicas/Abril-2016/El-Corpus-Iuris-Civilis-La-recopilacion-mas-import/>

Campos, H. (octubre, 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* [Presentación de paper]. VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo, Perú. <https://www.sptss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/VIII-Congreso-Nacional-Chiclayo-oct-2018.pdf>

Campos, H. (2019). Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el sistema peruano: la retórica de los punitive damages y la desnaturalización del lucro cesante. *Themis Revista de Derecho*, (75), 2013-218.

Carabetta, S. (2020). *Punitive damages e teoria della responsabilità civile: la funzione compensativa del risarcimento punitivo*. G. Giappichelli Editore.

Casación Laboral N° 4258-2016/Lima. (2016). *Sentencia de casación*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 26849-2018/Moquegua. (2021). *Sentencia de casación*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 3211-2019/Cajamarca. (2022). *Sentencia de casación*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 16618-2023/Lima. (2023). *Sentencia de casación*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación Laboral N° 19455-2022/Piura. (2023). *Sentencia de casación*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 9579-2019/Lima. (2023). *Sentencia de casación*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 3635-2022/Junín. (2023). *Sentencia de casación*. Corte Suprema de Justicia de la República.

Chang, G. (2017). Daños punitivos: el aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional. *Gaceta Jurídica & Procesal Civil*, (52), 23-31.

Código Civil. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú)

Codice Civile. Regio Decreto 262, 16 de marzo de 1942 (Italia)

Code Civil. Decreto Imperial, 21 de marzo de 1804 (Francia)

Cooter, R., Eisenberg, M. (1985). Damages for breach of contract. *California Law Review*, 73 (5), 1435-1480.

Considine, C. (1978). Some implications from recent cases on the differences between contract and tort. *University of British Columbia Law Review*, 12(1), 85-101.

Curtis, L. (noviembre de 1986). Damage Measurements for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis. *Stanford Law Review*, 39 (1), 161-185.

Dainow, J. (1967). The civil law and the common law: Some points of comparison. *American Journal of Comparative Law*, 15 (3), 419-435.

Decreto Supremo N° 017-93-JUS. (1993). *Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Presidencia de la República.

Decreto Supremo N° 003-097-TR. (1997). *Aprueban el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral*. Presidencia de la República.

Decreto Supremo N° 005-2012-TR. (2012). Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Presidencia de la República.

- De Maekelt, T. y Madrid, C. (2003). Civil Law y Common Law: un acercamiento. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 70 (121), 229-285.
- Dodge, W. (1999). The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, 48 (4), 629-698.
- Escobar, F. (2004). Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del código civil peruano). *Themis Revista de Derecho*, (49), 153-160.
- Espinoza, J. (2003). La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, (56), 733-757.
- Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil* (9a. ed.). Instituto Pacífico.
- Epstein, R.A. (1989). Beyond foreseeability: consequential damages in the law of contract. *Journal of Legal Studies*, 18 (1), 105-138.
- Expediente N° 1124-2001-AA/TC. (2002). *Sentencia*. Tribunal Constitucional.
- Expediente N° 0976-2001-AA/TC. (2003). *Sentencia*. Tribunal Constitucional.
- Expediente N° 00045-2017. (2020). *Sentencia de Primera Instancia*. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- Expediente N° 00304-2019. (2020). *Sentencia de Primera Instancia*. Corte Superior de Justicia de Piura.
- Expediente N° 0649-2019. (2020). *Sentencia de Primera Instancia*. Corte Superior de Justicia de Lima.
- Expediente N° 20515-2018. (2020). *Sentencia de Primera Instancia*. Corte Superior de Justicia de Lima.
- Expediente N° 01106-2020. (2021). *Sentencia de Primera Instancia*. Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- Farnsworth, A. (1970). Legal remedies for breach of contract. *Columbia Law Review*, 70 (7), 1145-1216.
- Ferrari, F. (1993). Comparative ruminations on the foreseeability of damages in contract law. *Louisiana Law Review*, 53(4), 1257-1270.
- Fernandez de Buján, A. (2016). Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common Law. Civil Law. *European Journal of Legal History*, 13, 275-306.
- Fernández, G. (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. *Ius et Veritas*, 11 (22), 11-33.
- Fernández, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- García, S. (2018). Latinoamérica: daños punitivos en Perú. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (50), p. 162-165.
- García, S. (2019). *La función punitiva en el Derecho Privado*. Instituto Pacífico. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/193367>
- Geldres, R. (2017). Los daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. *Gaceta Jurídica & Procesal Civil*, (52), 69-75.
- Godoy, F. (2019). Los subsistemas jurídicos británicos (derecho consuetudinario inglés o common law) y el sistema judicial español (civil law). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (154), 513-538.
- González, N. (2006). Common Law: Especial referencia a los restatement of the law en Estados Unidos. *Universidad Nacional Autónoma de México*, 373-407.
- Graziadei, M. (2009). Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge. *Theoretical Inquires in Law*, 10(2), 724-743.
- Haro, J. (2002). De tén marín de do pingüé... un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú. *THEMIS*, (44), 83-101.
- Hoversten, P. (2018). Punishment but not a penalty? Punitive Damages are impermissible under foreign substantive Law. *Michigan Law Review*, 116(5), 759-784.
- Islas, A. (2009). Importancia del derecho romano en la época actual. *Amicus Curiae*, 3 (2), 1-14.
- John, L.E. (1986). Formulating standards for awards of punitive damages in the borderland of contract and tort. *California Law Review*, 74 (6), 2033-2060.
- Justia. (s/f). *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346 (2007). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/346/>
- Kirby, A.A. (1997). Punitive damages in contract actions: the tension between the United Nations convention on contracts for the international sale of goods and U.S. law. *Journal of Law and Commerce*, 16 (2), 215-232.
- Lee, L. (1981). Punitive Damages on Ordinary Contracts. *Montana Law Review*, 42 (1), 1-17.
- Legrand, P. (1997). The impossibility of "Legal Transplants". *Maastrich J. Eur. & Comparative Law*, 111-124.
- León, L. (2003). 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). *Ius Et Veritas*, 13(26), 12-47.
- León, L. (2024). Adiós a los punitive damages a la peruana (pero sin desconocer la función punitiva de la responsabilidad civil). *Instituto Pacífico*, 117, 5-14.

Ley N° 29497. (2010). *Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Congreso de la República.

Ley N° 29783. (2011). *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Congreso de la República.

Ley N° 31591. (2022). *Ley que modifica el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por el Decreto Legislativo 768, y sus modificatorias, a fin de optimizar el recurso de casación para fortalecer las funciones de la Corte Suprema de Justicia de la República y dicta otras disposiciones*. Congreso de la República.

Liza, L. (2021). El V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y las innovaciones en los casos de despido incausado y fraudulento. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13 (16), 147-173.

Macneil, I. (abril de 1974). Restatement (Second) of Contracts and Presentation. *Virginia Law Review*, 60 (4), 589-610.

Margadant, G. (1986). *La segunda vida del derecho romano*. Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa.

Marshall, K. & Fitzgerald, P. (2005). Punitive Damages and the Supreme Court's Reasonable relationship test: ignoring the economics of deterrence. *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 19(2), 237-258.

Michaels, R. (2006). The Functional Method of Comparative Law. En Reimann, M. & Zimmermann, R. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 340-373). Oxford University Press.

Miner, M.L. (1975). The expanding availability of punitive damages in contract actions. *Indiana Law Review*, 8 (4), 668-689.

Moisá, B. (2008). Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la Ley N° 24.240. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2 (2), 271-286.

Momioka, H. (2017). Punitive Damages revisited: a statistical analysis of how Federal Circuit Courts decide the constitutionality of such awards. *Cleveland State Law Review*, 65(3), 379-410.

Morris, C. (1931). Punitive damages in tort cases. *Harvard Law Review*, 44 (8), 1173-1209.

Mousourakis, G. & Nicolini, M. (2019). *Comparative Law and Legal Traditions: Historical and Contemporary Perspectives*. Springer.

Muñoz, E. & Vázquez-Cabello, R. (2019). New punitive damages in mexican law or the chronicle of failed legal transplant foretold. *Hastings International and Comparative Law Review*, 42(1), 203-260.

Neves, J. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral. *Themis Revista de Derecho*, (67), 227-232.

Olavarría, M.J y Brault, M. (2017). Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral. *Gaceta Jurídica & Procesal Civil*, (54), 211-220.

Osterling, F. (1985). *La indemnización de daños y perjuicios*. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20indemnizacion%20de%20da%C3%B1os.pdf>

Osterling, F. (1985). *Inejecución de obligaciones*. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20obligaciones%201985.pdf>

Owen, D.G. (1982). Civil Punishment and the Public Good. *Southern California Law Review*, 56 (1), 103-122.

Oyarce-Yuzzelli, A. (s/f). La familia del Common law - Introduction to. *Universidad San Martín de Porres*, 1-19.

Pataki, P. & Hanna, L. (25 de julio de 2023). *Poland: Liquidated damages and penalty clauses in continental and common law – valid here, invalid over there?*. Mondaq. <https://www.mondaq.com/civil-law/1346644/liquidated-damages-and-penalty-clauses-in-continental-and-common-law--valid-here-invalid-over-there#:~:text=Liquidated%20damages%20and%20penalty%20clauses%20are%20both%20contractual%20provisions%20that,the%20act%20of%20breach%20itself>

Quispe, C. (2020). Los plenos jurisdiccionales supremos laborales en materia de responsabilidad civil: ¿vinculantes y necesarios?. *Revista De Derecho*, 21 (1), 127–155.

Restatement (Second) of contracts. American Law Institute, 1981 (Estados Unidos de América).

Sánchez, R. (2019). Punitive damages in Mexico. *US-China Law Review*, 15(3), 165-174.

Saavedra, R. (2019). Las (tres) aproximaciones al incumplimiento contractual. *Anuario de Derecho privado* 01, 7-32.

Sassaman, R.L. (1980). Punitive damages in contract actions are the exceptions swallowing the rule?. *Washburn Law Journal*, 20 (1), 86-105.

Sayón, E. (2019). La responsabilidad contractual regulada en el Código Civil peruano como medio idóneo de aplicación de la teoría de los deberes de protección [Tesis de Licenciatura, Universidad de San Martín de Porres] https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/5267/ay%c3%b3n_cem.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Scalise, R. (2007). Why no “Efficient Breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. *The American Journal of Comparative Law*, 55 (4), 721-766.

Scognamiglio, R. (2001). Responsabilidad contractual y extracontractual. *Ius Et Veritas*, 11(22), 54-70.

- Sebok, A.J. (2007). Punitive damages: from myth to theory. *Iowa Law Review*, 92 (3), 957-1036.
- Siems, M. (2018). Malicious legal transplants. *Legal Studies*, 38, 103-119.
- Sullivan, T.J. (1977). Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal change. *Minnesota Law Review*, 61 (2), 207-252.
- Sunstein, C.R., Kahneman, D., & Schkade, D. (1998). Assessing Punitive damages (with notes on cognition and valuation in Law). *Yale Law Journal*, 107 (7), 2071-2154.
- Tantaleán, R. (2017). Breve nota sobre los daños punitivos. *Gaceta Jurídica & Procesal Civil*, (52), 57-68.
- Tetley, W. (2000). Mixed jurisdictions: Common law v. Civil law (codified and uncoded). *Louisiana Law Review*, 60 (3), 677-738.
- Toledo, O. (9 de mayo de 2012). *La reposición por despido incausado y fraudulento en sede laboral: a propósito del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral 2012*. Omar Tolero Toribio. <https://omartoledotoribio.blogspot.com/2012/05/la-reposicion-por-despido-incausado-y.html>
- Trimarchi, P. (1994). Sobre el significado económico de los criterios de la responsabilidad contractual". *THEMIS*, (29), 91-101.
- Varizat, A. (2019). Daños punitivos en las relaciones de consumo: consideraciones a 10 años de su vigencia en la Argentina. *Gaceta Jurídica & Procesal Civil*, (67), 117-126.
- Velarde, L. (2008). Análisis de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y los supuestos limítrofes. *Ius Et Veritas*, 18(36), 264-298.
- Vidal, F. (2001). La responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, 54, 389-400.
- Visintini, G. (2015). ¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual. *Universidad Externado*, 2091-319.
- Viven-Wilksch, J. (2019). How long is too long to determine the success of a Legal Transplant? *International Doctrines and Contract Law in Oceania*. Cambridge University Press, 132-157.
- Watson, A. (1993). *Legal Transplants: an approach to Comparative Literature*. University of Georgia Law School.
- I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. (2012). Corte Suprema de Justicia de la República.
- V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. (2016). Corte Suprema de Justicia de la República.
- VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. (2017). Corte Suprema de Justicia de la República.

REFERENCIAS

- Bridgman, C. (2019). Corrective Justice in Contract Law: Is There a Case for Punitive Damages?. *Vanderbilt Law Review*, 56 (237), 237-274.
- Birmingham, R. (1970). Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. *Indiana University School of Law*, 273-292.
- Cooter, R., Eisenberg, M. (1985). Damages for breach of contract. *California Law Review*, 73 (5), 1435-1480.
- Farnsworth, A. (1970). Legal remedies for breach of contract. *Columbia Law Review*, 70 (7), 1145-1216.
- Farnsworth, E. (1985). Your loss or my gain: the dilemma of the disgorgement principle in breach of contract. *Yale Law Journal*, 94 (6), 1339-1394.
- Giorgiades, G. (2005). Punitive damages in Europe and the USA: doctrinal differences and practical convergence. *Revue Hellenique de Droit International* (58), 146-163.
- Lawrence, W. (1986). Cure after breach of contract under the Restatement (Second) of Contracts: an analytical comparison with the Uniform Commercial Code. *Minnesota Law Review*, 713-752.
- Paucar, L. (24 de abril de 2024). *Muerte de jóvenes en McDonald's: Fiscalía abre investigación preparatoria después de casi media década*. <https://www.infobae.com/peru/2024/04/25/muerte-de-jovenes-en-mcdonalds-fiscalia-abre-investigacion-preparatoria-despues-de-casi-media-decada/>
- Polinsky, A., Shavell, S. (1998). Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review* (Vol. 111), (4), 869-962.
- Polinsky, A., Shavell, S. (2000). Punitive Damages. *Encyclopedia of Law and Economics: civil law and economics* (Vol. II), 764-781.
- Proyecto de Ley N° 5732/2023-CR. (17 de agosto de 2023). *Proyecto de Ley que define el daño punitivo en el ámbito laboral y modifica el artículo 38 del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, añadiendo el pago de daño punitivo por despido incausado y fraudulento*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/04/Proyecto-Ley-5732-2023-CR-LPDerecho.pdf>
- Scalise, R. (2007). Why no “Efficient Breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. *The American Journal of Comparative Law*, 55 (4), 721-766.
- Shavell, S. (2009). Why breach of contract may not be immoral given the incompleteness of contracts. *Harvard Law School*, 3, 1-22.
- Simpson, L. P. (1959). Punitive damages for breach of contract. *Ohio State Law Journal*, 20 (2), 284-288.
- Torres, A. (s.f.) *Liebeck v. McDonald's: the Hot Coffee Case*. <https://www.tortmuseum.org/liebeck-v-mcdonalds/>
- Wilkinson-Ryan, T. (2009). Moral Judgement and Moral Heuristics in Breach of Contract. *Penn Carey Law: Legal Scholarship Repository*, 1-23

Zipursky, B. (2005). Theory of punitive damages. *Texas Law Review*, 105 (84), 105-171.

