



CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Alcántara, O. A. (2021). Los “daños punitivos” y su incorporación al derecho peruano: reflexión acerca de su utilidad en procesos por daños masivos. *Jurídicas*, 18(2), 27-41. <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.2.3>

Recibido el 22 de septiembre de 2020

Aprobado el 15 de marzo de 2021

Los “daños punitivos” y su incorporación al derecho peruano: reflexión acerca de su utilidad en procesos por daños masivos

OLGA ALEJANDRA ALCÁNTARA FRANCIA* |

RESUMEN

Objetivo. Plantear una reflexión sobre la incorporación al derecho de consumo peruano de la figura anglosajona de los “daños punitivos” con la finalidad de eliminar los casos en los que la conducta del infractor expresada en indiferencia, desinterés, etc. frente a la víctima, no sea castigada y pueda, incluso constituir una actividad redituable. Metodología. Hermenéutico-sintética para la caracterización de los supuestos de pena privada, sanciones administrativas y mandatos. Aplicación del método comparado en la evaluación de su implementación en el fuero jurisdiccional o en sede administrativa sancionadora. Resultados. Su adopción a través del arbitraje de consumo para los supuestos de protección de intereses y en los procesos judiciales de tutela de intereses difusos puede generar efectos positivos en el mercado. Conclusiones. Desincentivo de conductas reprobables derivadas de un daño masivo.

PALABRAS CLAVE: Daños punitivos, pena privada, arbitraje de consumo, acciones colectivas.

*Abogada. Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Investigadora adscrita al Instituto de Investigación Científica (IDIC) de la Universidad de Lima. Candidata a Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Master en Droit à finalité spécialisée en Droit Européen (Université Catholique de Louvain-La-Neuve, Bélgica). E-mail: oalcanta@ulima.edu.pe. [Google scholar](#). ORCID: 0000-0001-9159-1245



“Punitive damages” and their incorporation into Peruvian law: reflection on their usefulness in mass damages proceedings

ABSTRAC

Objective: This article raises a reflection on the incorporation of the Anglo-Saxon figure of “punitive damages into the Peruvian consumer law “ in order to eliminate cases in which the behavior of the offender expressed in indifference, disinterest, etc., towards the victim is not punished and may even constitute a profitable activity. Methodology: Hermeneutic-synthetic methodology for the characterization of the cases of private punishment, administrative sanctions and mandates. Application of the compared method in the evaluation of its implementation in the jurisdiction and/or in sanctioning administrative headquarters. Results: Its adoption, through consumer arbitration for the cases of protection of interests and in judicial proceedings for the protection of diffuse interests, can generate positive effects in the market. Conclusions: Disincentive of reprehensible behavior derived from massive damage.

KEY WORDS: Punitive damages, private punishment, consumer arbitration, collective actions.

Introducción

El sistema de responsabilidad civil peruano está basado en el principio tradicional de la reparación integral del daño, es decir, la víctima debe ser indemnizada por todo el daño causado, no menos pero tampoco más. El artículo 1969 del Código civil consagra la obligación del agente o causante del daño a indemnizar a su víctima sea que hubiere actuado con dolo o culpa. La aplicación de este principio genera dos efectos principales: la obligación de reparar completamente el daño ocasionado (lo cual incluye los perjuicios) y que el alcance de la reparación no dependa de la gravedad de la conducta del autor (Velásquez-Posada, 2009). No obstante, existen supuestos específicos en los que las indemnizaciones son inferiores al daño causado, por ejemplo, aquellos que resultan del transporte aéreo. O simplemente responden al criterio discrecional del juzgador que aprecia y cuantifica el daño. La incompatibilidad de los “daños punitivos” con el sistema de responsabilidad civil peruano pareciera no ser extraña, más aún si, como lo demuestra la práctica judicial en los países donde están regulados, los “daños punitivos” constituyen una institución flexible capaz de ser incorporada al régimen del *civil law*.

En este contexto, se plantea una cuestión relacionada con la “aparente” inmutabilidad del principio de reparación integral y la conveniencia de condenar al agente dañoso a pagar sumas de dinero que superen el daño efectivamente causado, a manera de sanción por su conducta displicente o de menosprecio frente a la víctima, y que evite o prevenga su reiteración en el futuro. Una lectura diferente de este principio permite afirmar que los “daños punitivos” lo refuerzan en vez de afectarlo. Este trabajo propone una reflexión acerca de la necesidad de centrar la atención en el agente dañoso y los daños que causa a la sociedad en general, y no únicamente, en la víctima, y de analizar la utilización de los “daños punitivos” como mecanismo de corrección y de reasignación de costos generados por actividades que generan daños masivos a consumidores.

El presente artículo se desarrolla a partir de un análisis cualitativo y aplica tanto el método hermenéutico-sintético, descriptivo y de derecho comparado, para, a través de la interpretación legislativa y jurisprudencial, proponer su adopción en el marco normativo de protección al consumidor en derecho peruano.

Discusión

I. Los “punitive damages”. Precisiones terminológicas, definición y ámbito de aplicación

Los “*punitive damages*” o “daños punitivos” (si nos atenemos a su traducción literal del idioma inglés) constituye una figura típica del derecho anglosajón cuya utilización ha tenido mayor repercusión en los Estados Unidos. Este instituto jurídico

ha sido estudiado no solo por diversos autores norteamericanos sino también por doctrinarios europeos y latinoamericanos, pues la posibilidad de su incorporación a los regímenes jurídicos del *civil law* se vuelve cada vez más plausible. Se ha criticado el uso de la traducción literal “daños punitivos”, con justa razón, por resultar inexacta (Campos-García, 2018, p. 97). El término *damage* es daño y *damages* debe traducirse como indemnización, esto significa que más adecuada sería la traducción “indemnización punitiva”, “condena punitiva” o “multa civil”, sin embargo, su traducción literal ha sido acogida de manera unánime en la doctrina y jurisprudencia europeas (Carrascosa-González, 2013).

Se trata de una institución jurídica típica del derecho de daños anglosajón, su origen se remonta a dos casos resueltos en el siglo XVII en Inglaterra: *Wilkes vs. Word* y *Huckle vs. Money* (1763), a partir de los cuales nace la idea de que una “indemnización insignificante” no pone fin a la afectación de los derechos civiles. No obstante, es posible identificar tres momentos históricos significativos. El primero de ellos, es el sensacional litigio que surgió después de la publicación en 1763 de *The North Briton*, No. 45 que ilustra la tensión entre los intentos judiciales de controlar el desarrollo doctrinal de la ley de daños y el papel aparentemente incontrolado de los jurados en la concesión de aquellos sin límite alguno (Taliadoros, 2016).

El segundo momento histórico por destacar, que se cita a menudo como un análogo de *exemplary damages* o *punitive damages*, es el de los estatutos ingleses de finales del siglo XIII que prevenían indemnizaciones con múltiplos. El concepto de la ley romana de *iniuria* desempeñó un papel influyente en la redacción legal de finales del siglo XIII y en la adopción de los topes con múltiplos (*duplum*, *tripulum*, *quaduplum*). El tercer momento histórico que se menciona a menudo en la historia de los *exemplary damages* es el relacionado a los “*money compositions*” anglosajones, precursores directos de los *Crime and Tort Laws*. El castigo o sanción y la compensación o resarcimiento coexistieron en el sistema anglosajón, su distinción se hizo evidente a partir de finales del siglo XIII, esto facilitó el otorgamiento de *punitive damages* como una pena privada.

Se define a los “daños punitivos” como una suma de dinero que debe desembolsar el responsable de un daño pero no en calidad de indemnización de daños y perjuicios, pues su finalidad no es compensar a la víctima sino más bien “castigar una conducta”. No se ajustan al daño efectivamente ocasionado, sino que pueden consistir en sumas elevadas que sobrepasen la cuantía indemnizatoria (Carrascosa-González, 2013). Se les denomina también daños ejemplarizantes (traducción literal del inglés *exemplary damages*) o daño retributivo; el beneficiario de dichas sumas de dinero es la víctima del daño, de ahí su carácter de pena o sanción “privada” (García-Matamoros y Herrera-Lozano, 2003).

Su otorgamiento, tanto en el derecho anglosajón como en derecho estadounidense, recae en la decisión de los jueces o los jurados. Se parte de la premisa de que la

mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para eliminar los efectos de ciertos actos ilícitos, en particular cuando se demuestra un grave menosprecio de los derechos de terceros (Dobbs, 1993) (Prosser & Keeton, 1984). Esta suma de dinero se otorga a la víctima del daño, en el marco de una acción civil que busca castigar al demandado y disuadirlo de la comisión de actos similares en el futuro (Baynham, 2002; Fleming, 1998; Gotanda, 2003).

En el derecho inglés, el otorgamiento de daños punitivos está limitado a determinados supuestos. El fallo de la *House of Lords* del año 1964, conocido como “*Rookes vs. Barnard*”, limitó su aplicación a tres hipótesis:

- En los casos que involucran conductas abusivas, arbitrarias o inconstitucionales por parte de servidores del gobierno.
- Cuando el causante del daño busca obtener un provecho de su conducta de forma injustificada y no pueda ser sancionado por otra vía.
- En los supuestos en los cuales los daños punitivos están expresamente previstos por disposiciones normativas.

A partir de la decisión *Kuddus vs. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* se llegó a la conclusión de que para evaluar la procedencia de los *punitive damages*, la atención debe recaer sobre las circunstancias que originaron la acción y no limitarse a la aplicación restrictiva de supuestos taxativos.

En el derecho estadounidense su otorgamiento no se ve limitado por el establecimiento de presupuestos legales que restringen su aplicación a determinados casos. De acuerdo con la formulación habitual, pueden otorgarse daños punitivos cuando el comportamiento del demandado es malicioso, opresivo, grosero, caprichoso e inexcusable o fraudulento. En algunos de los estados federados existen disposiciones legales que describen las condiciones en que pueden otorgarse daños punitivos (Cooter, 1999; Wilson, 2004) e incluso, pueden establecer limitaciones cuantitativas. Los supuestos habituales que dan lugar a su otorgamiento, son los casos de responsabilidad por productos defectuosos (Sentencia *Dean vs. Chrysler*, 1986), (Sentencia *Boroff*, 1990); derechos de la personalidad; abuso, engaño o fraude contractuales (Sentencia *Chevron*, 1986); seguros (Sentencia *Long*, 1986), (Sentencia *Grossman*, 1986); despido injustificado, discriminación y acoso sexual; mala praxis médica; incumplimiento contractual (Karpoff & Lott, 1998) y la protección del medio ambiente.

2. Los punitive damages y su incursión en los regímenes jurídicos del civil law

La compatibilidad de los “daños punitivos” con las legislaciones iberoamericanas de tradición legal no anglosajona obliga a revisar las funciones de la responsabilidad civil al momento de reparar el daño y la necesidad de introducir una figura punitiva cuyo otorgamiento atiende a elementos distintos del daño propiamente dicho (Koteich-Khatib, 2011). El principio de reparación integral del daño requiere que el

resarcimiento se ajuste al daño efectivo, que exista equivalencia (Leduc, 2017), es decir, no puede ser ni más ni menos (Starck *et al.*, 1991).

Lo cierto es que este postulado resulta aplicable a los daños y perjuicios cuya afectación puede ser medida en términos económicos (Férez-Cruz, 2017), en el entendido de que el dinero es el equivalente que permitirá a la víctima procurarse un bien u objeto similar al perdido o deteriorado (Flour *et al.*, 2007). Nos referimos al daño emergente y al lucro cesante, cuya determinación responde a una operación aritmética exacta e integral. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los daños no patrimoniales o inestimables en dinero que lesionan los valores, derechos de la personalidad y en general, la integridad psicofísica de un sujeto. En estos casos, no es posible encontrar una equivalencia entre una suma de dinero y el interés lesionado (Viney & Jourdain, 2001). Asimismo, la cuantificación de estos daños queda librada a la apreciación y decisión de los jueces; es decir, la reparación integral resulta ser arbitraria (Flour *et al.*, 2007; Leduc, 2017).

Esta realidad ha llevado a la doctrina a establecer una distinción entre “reparación” e “indemnización”, habida cuenta de lo utópico que resulta hablar en sentido estricto, de una “reparación integral” (Roujou de Boubée, 1974). En esta línea, se ha afirmado que la indemnización puede tener diferentes connotaciones o funciones, como la de una reparación simbólica; la de satisfacción para la víctima y la de una pena privada (Koteich-Khatib, 2011). Este último punto implica poner de relieve las funciones preventiva y punitiva o sancionadora de la responsabilidad civil, sobre todo en el plano del daño no patrimonial. La idea del establecimiento de una pena privada cuyo otorgamiento se materialice en una suma de dinero que busque castigar al autor de un daño, considerando entre otros criterios, el provecho obtenido por la conducta dolosa, tiene sus seguidores y detractores en la doctrina. Para algunos autores, la pena privada es vista como el único “fundamento verdadero” de la indemnización por daño no patrimonial (o perjuicio extrapatrimonial como se le conoce en el derecho francés) (Carbonnier, 2000; Coutant-Lapalus, 2002; Flour *et al.*, 2007); para otros, la indemnización (en alusión a la indemnización punitiva o daños punitivos) que supera el daño efectivo padecido como sanción ejemplarizante limita con las funciones reconocidas al derecho penal, por lo que su aplicación no sería admisible (Lambert-Faivre, 2004) e incluso podría ser distorsionadora.

Sin embargo, el anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones y de la prescripción de 2005 (conocido como Proyecto Catalá-Viney) propuso para la redacción del artículo 1371 del Código civil francés (ubicado en la Sección 1. Principios. Capítulo III: Los efectos de la responsabilidad) la incorporación de los daños y perjuicios punitivos para los casos de “culpa manifiestamente deliberada” y, especialmente, de “culpa lucrativa”. Este vuelco hacia la adopción de una figura equivalente al de los *punitive damages* del derecho anglosajón, se vio reforzado con una nueva redacción propuesta en el *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile* de 13 de marzo de 2017. El artículo 1266 del proyecto, sanciona al autor de un daño

que actuando deliberadamente con culpa grave, obtiene algún provecho o beneficio económico de su conducta, y lo condena al pago de una multa civil (amende civile) cuyo monto no puede sobrepasar los dos millones de euros. Asimismo, se establece que dicha multa civil será proporcional a la gravedad del daño cometido, a las facultades contributivas del autor o de los beneficios que hubieren resultado.

Según la doctrina francesa, la multa civil de que trata el artículo 1266, involucra una medida excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva. En este sentido, el daño deber haber sido deliberadamente cometido, presentar una gravedad particular y, ser el origen, para su autor, de una ganancia o beneficio que la indemnización por proyecto de reforma daños por sí misma, no puede neutralizar. Estas condiciones deben de ser aplicadas de manera acumulativa por los jueces y las sentencias que las conceden debidamente justificadas y motivadas, pues su adjudicación se “suma” a la indemnización por daños (Ballot-Léna, 2018). No obstante, los debates y discusiones sobre este fomentados con su difusión pública, a la fecha, no ha sido promulgado.

En nuestra región, el derecho argentino no ha sido indiferente a la utilidad y efectos jurídicos de este instituto. De hecho, la primera propuesta apoyando la adopción de los “daños punitivos” data de 1990. Pizarro señaló un conjunto de criterios que debían guiar la aplicación de esta pena privada, como la gravedad de la falta; la situación particular del dañador; especialmente en lo concerniente a su fortuna personal; los beneficios obtenidos por la conducta ilícita; la posición de mercado del dañador; la conducta antisocial; la finalidad disuasiva; la conducta ulterior a la comisión de la falta; los sentimientos heridos de la víctima y el número y nivel de empleados comprometidos en la falta (Pizarro, 1993). Naturalmente, la idea de establecer un mecanismo de pena privada no tuvo una recepción favorable unánime (Bustamante-Alsina, 1994).

No obstante, las voces a favor se hicieron escuchar y el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado de 1998 acogió con el nombre de “multas civiles” a los daños punitivos, definiendo su aplicación para el derecho privado en general. Este proyecto no prosperó y, en el año 2008, esta institución se incorpora formalmente al derecho argentino a través de la modificación legislativa impuesta por la ley 26.361 (art. 52, bis) a la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario (LDC) N° 24.240 de 1993. Posteriormente, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, incluyó las multas civiles para casos de daños colectivos y al medio ambiente (art. 1714: sanción pecuniaria disuasiva). Este proyecto proponía también una modificación al tenor del artículo 52 bis de la LDC, en el sentido de precisar que el factor de atribución de responsabilidad es el dolo o culpa grave hacia los derechos del consumidor. Estas propuestas no vieron la luz pues el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015, no acogió tales propuestas de reforma.

La modificación de la LDC fue recibida de forma positiva, afirmándose que la aplicación de sanciones económicas disuasorias permitía preservar “un derecho

genérico a no ser víctima” (Zavala de González, 2011). No obstante, diez años después de aplicación de la multa civil, todavía sigue generando controversias y críticas entre la doctrina (Varizat, 2019). El artículo 52 bis sanciona con la imposición de una multa al proveedor que incumpla sus “obligaciones legales o contractuales” con el consumidor. Esta multa civil se gradúa en función de la gravedad de la falta y otras circunstancias del caso concreto. Este tenor alude al incumplimiento contractual dejando para la cuantificación de la multa civil, el criterio de la gravedad de la falta. Esta redacción ha sido criticada por la poca claridad y distinción entre la función punitiva de la figura y la función resarcitoria de la responsabilidad civil (Nallar, 2016); así como porque deja abierta la posibilidad de que puedan exigirse daños punitivos con base en factores objetivos de atribución. Asimismo, se ha criticado la ausencia de precisión respecto de la imposibilidad o posibilidad de que el proveedor pueda contratar un seguro que le permita estar cubierto ante la posibilidad de una sanción por daños punitivos. El artículo 52 bis guarda silencio sobre el tema, por lo que, hay algunas voces a favor (López-Herrera, 2008) y en contra (Irigoyen-Testa, 2011).

Otra de las críticas realizadas alude al tope o límite máximo de cinco millones de pesos, impuesto para la condena de daños punitivos. Habida cuenta de la crisis inflacionaria por la que atraviesa el país, se haría necesaria una actualización de dicho límite (Varizat, 2019). Asimismo, el tiempo que demora un proceso que conlleva la aplicación de la multa civil y los reducidos montos de aquélla estarían desalentando su utilización. No obstante, hay opiniones favorables a su aplicación sobre todo en defensa de los intereses de consumidores hipervulnerables (Mendieta, 2017).

En la actualidad, el anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor de 2018 propone una modificación en este extremo fijando el tope máximo a “5000 mil salarios mínimos o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor” (artículo 118). Esta propuesta no solamente modifica el límite máximo, sino que, además, incluye el criterio del beneficio ilícito obtenido por el causante el daño como orientador en el proceso de cuantificación; lo cual también puede ser criticable, si se considera que dicho criterio sirve para determinar el otorgamiento de los daños punitivos.

3. Tentativa de incorporación de los “daños punitivos” en derecho peruano

En el Perú, la Corte Suprema a través del V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia de Laboral y Previsional de 2017, ha reconocido la posibilidad de que el juez laboral pueda imponer “daños punitivos” al empleador en los supuestos de despido arbitrario que involucra dos supuestos: el despido incausado y el despido fraudulento. Estos pronunciamientos de los jueces supremos han generado muchas críticas en la doctrina basados en diversos y contundentes argumentos. Se critica la ilegitimidad y falta de legalidad pues estos documentos plenarios no

son ley ni tienen fuerza de ley, por lo que su aplicación sería inconstitucional (Espinoza, 2017). Otra crítica importante se basa en el diseño de esta figura jurídica por los jueces supremos. El despido incausado y el despido fraudulento generan consecuencias distintas del despido nulo. En efecto, a pesar de que para estos tipos de despido, jurisprudencialmente, se ha admitido la reposición del trabajador, pero no hay una postura uniforme (porque no hay una disposición legal expresa) respecto del pago de las remuneraciones devengadas y los descuentos por prestaciones sociales que de acuerdo a ley se imponen a los trabajadores. Esto motivó a los jueces supremos a proponer una solución creyendo hallarla en la atribución de “daños punitivos”.

En la justificación del acuerdo plenario, los jueces indicaron que la ausencia de remuneraciones podía “ser calificado como lucro cesante”. Esta decisión ha sido criticada porque considera al ingreso dejado de percibir y no el rédito o utilidad para el cálculo del lucro cesante. Se ha afirmado que al no incluir en dicho cálculo el descuento de todos los gastos necesarios para lograr ese ingreso (León, 2016) se estaría admitiendo que el trabajador perjudicado conserve un incremento patrimonial (Campos-García, 2018). Esto trae como consecuencia que se atribuya a las remuneraciones devengadas una naturaleza indemnizatoria y no contraprestativa, por lo tanto, los aportes obligatorios al sistema de pensiones quedan sin justificación. Entonces frente a este problema, los jueces supremos decidieron “encuadrar” la figura de los “daños punitivos” de modo que a través de esta asignación dineraria distinta del daño emergente o lucro cesante, se solucione el problema de la falta de aportes previsionales. Con lo que no se podría hablar, propiamente, de adopción (o importación o trasplante legal) (Bardales, 2017) de una institución jurídica extranjera, sino más bien de una “creación” jurisprudencial que causa confusión respecto de la finalidad que cumple. En efecto, el mismo Acuerdo Plenario señala, que la aplicación de los daños punitivos puede realizarse “por una aplicación extensiva de los daños morales”, lo cual significaría que para los jueces supremos, se trata de una figura accesoria al daño principal causado. Esta falta de claridad y de precisión ha propiciado que la doctrina tenga diferentes lecturas, por un lado, el reconocimiento de una función punitiva del daño moral, lo cual, permitiría afirmar que dicha aplicación extensiva puede abarcar “otras indemnizaciones (...) reconociéndose así legitimidad a indemnizaciones punitivas” (Campos-García, 2018); o considerar que en realidad, nos encontramos ante un criterio de cuantificación del daño moral que toma en consideración el comportamiento del agente (Espinoza, 2017).

Lo cierto es que a pesar del debate generado por el V Pleno, el VI Pleno se abocó a precisar que los daños punitivos podrían exigirse al empleador, además del mero incumplimiento de las normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo, por haber negado la relación laboral; cuando no se haya asegurado al trabajador o se haya negado a brindarle un auxilio inmediato por el infortunio sufrido. Este

acuerdo plenario ha sido igualmente, criticado porque el reconocimiento de los “daños punitivos” no se enmarca en la responsabilidad civil sino como un mecanismo sancionador independiente y autónomo, por lo que, sería necesario su reconocimiento legislativo (Campos-García, 2018).

4. Los punitive damages y su aplicación a las relaciones de consumo

La doctrina peruana no descarta la posibilidad de adoptar sanciones punitivas en el marco de las relaciones entre consumidores y proveedores (Espinoza, 2017; Carranza, 2019), pero el cuestionamiento relativo a su viabilidad y necesidad dentro del marco de la responsabilidad civil sigue vigente. Por un lado, se ha sostenido que las normas de la responsabilidad civil cumplen una finalidad esencialmente reparadora y no sancionadora¹, recayendo en otras áreas del derecho esta última función (Chang, 2017). Por otro lado, se afirma la función punitiva del daño moral. Esta postura parte de la constatación de que la indemnización por daño moral en el derecho peruano no está sujeta a reservas legales, por lo tanto, su reparación puede dar lugar al planteamiento de fórmulas con un componente mitigador o consolatorio, así como a otras de tipo castigador o punitivo. Se contrapone a la línea seguida por el Código Civil de 1984, de orientación reparadora o resarcitoria; pero, se sostiene al observar, en la práctica, los criterios aplicados por los jueces para cuantificar el daño (Buendía de los Santos, 2016) dirigidos a evaluar la conducta del agente antes que la magnitud del daño. Los casos en los que se ha hecho más evidente la función punitiva del daño moral son aquellos vinculados a lesiones a los derechos de la personalidad y que han involucrado procesos penales por difamación, como: caso Magaly Medina contra Paolo Guerrero; caso niña Romina; caso Ivo Dutra; etc. (León, 2017).

En el plano civil también es posible encontrar sentencias con tal orientación, como por ejemplo, aquella que concede US\$ 30,000.00 a una víctima de daño moral por causa de divorcio por separación de hecho (Casación N° 3973-2006). Esta decisión ha sido criticada por aplicar una suerte de *punitive damages* “a la peruana” en donde el castigo sería el único componente de esta figura y no la disuasión o *deterrence*, propio de la institución anglosajona (León, 2017). En contraposición a la decisión citada, encontramos otra más reciente en la que el tribunal supremo señala enfáticamente que, para evaluar el daño moral no se miden las condiciones económicas del causante, “pues ello supondría establecer la indemnización atendiendo al causante del daño y no a la víctima del mismo” (Casación N° 5721-2011- Lima). Lo cierto es que en materia de indemnización de daño moral, la tendencia hacia la prevalencia de la función punitiva se observa en los pocos casos en los que la cuantía resarcitoria es elevada (supera la magnitud del daño causado) y responde a factores distintos de la gravedad del daño y la afectación de la víctima.

¹ El mismo razonamiento lo hallamos en el Pleno Jurisdiccional Civil de 1997 en donde se remarcó la función “esencialmente reparadora o resarcitoria de la indemnización” por daños.

Ahora bien, estas constataciones no impiden la adopción de los “daños punitivos” pues, en buena cuenta ello es consecuencia, en principio, de una decisión política y luego de opción o elección legislativa (Deng & Zanjani, 2016) como ha ocurrido en el derecho argentino y, como está por ocurrir, en el derecho francés. Es indispensable que los “daños punitivos” se incorporen al ordenamiento peruano respetando los principios constitucionales, esto implica, que su basamento no se halle en acuerdos plenarios o pronunciamientos sin fuerza de ley porque los vuelve ilegítimos. Pero, superado que fuera este escollo, la problemática respecto a su incursión sigue en pie.

La importancia de delimitar el ámbito de aplicación de esta pena privada y de sus objetivos puede abonar en pro del sustento de su viabilidad. Al igual que el legislador argentino adoptó los “daños punitivos” focalizándolos al plano del derecho del consumidor y los daños ocasionados por los proveedores, en el derecho peruano esta opción también resulta viable y adecuada, dado el alto índice de exposición al daño en que se encuentran los consumidores. Es sumamente importante también, analizar las repercusiones económicas y su incidencia en el mercado. Así, se ha señalado que en países como Italia, la adopción de esta institución puede generar un efecto negativo en las inversiones dada la dificultad de “balancear la predictibilidad del resarcimiento con su eficacia” (Benatti, 2018). Lograr que los “daños punitivos” no generen distorsiones o efectos negativos no es tarea fácil, pues no se trata únicamente de castigar sino de disuadir la repetición de la conducta sancionada. El derecho estadounidense, a través de su jurisprudencia, ha ido aplicando diferentes modelos: fórmulas matemáticas para calcularlos sobre la base de parámetros objetivos; su aplicación para supuestos de hecho culposos enmarcados en *class actions* (lo que dio pie a la tesis sobre la naturaleza social de los daños punitivos) (Sharkey, 2003). El cálculo del importe a conceder a la víctima, sus efectos y sus particularidades en las distintas jurisdicciones, ha hecho que algunos autores afirmen que el otorgamiento de daños punitivos sea “impredecible y esté fuera de control” (Sunstein *et al.*, 1998). Esta situación ha llevado a que las sentencias excesivas sean revisadas y se reduzcan las sumas².

La elección sobre el modelo y sus efectos puede incluir dos hipótesis: un modelo que privilegie la función compensatoria en detrimento de la función sancionadora y disuasiva, con lo cual, los “daños punitivos” se otorgarían con más frecuencia, pero en montos bajos. O, un modelo circunscrito a casos específicos en los que se privilegie la función de castigo y disuasión, lo cual se vea expresado en montos

² En la sentencia *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. Vs. Campbell et. al.* (2003) el Tribunal Supremo Federal, parte de los criterios establecidos en la sentencia *BMW of North America v. Gore* (1996) para determinar la inconstitucionalidad del veredicto sobre “daños punitivos”, añadiendo que, las sumas establecidas bajo este concepto no pueden superar el importe que resulte de multiplicar la indemnización compensatoria por un número entero positivo superior a 0 e inferior a 10 (*single digit radio*). En la sentencia *Romo v. Ford Motor Co.*, el Tribunal Federal reduce el monto de daños punitivos de 290 millones de dólares a 23 millones. En el caso *Exxon Shipping Company V. Baker* (2008) se estableció la regla “*one to one ratio*”, se concedió a las víctimas de US\$ 287 millones por daños compensatorios y US\$ 5 mil millones por daños punitivos, que luego fueron reducidos a US\$ 2,5 mil millones de dólares.

elevados, pero, de aplicación rara o infrecuente. Esto implicaría una toma de posición que vea en los daños punitivos un remedio social frente a la ocasión de daños que involucren intereses colectivos y no, individuales. En esta línea, su adopción en el marco de acciones colectivas y de protección de intereses difusos podría alcanzar el objetivo sanción-disuasión, sin la generación, necesariamente, de aumento de costos o incentivos negativos para el mercado.

Coincidimos con Benatti (2018, p. 231) cuando afirma que los “daños punitivos” deben verse como una parte integrante de la responsabilidad civil pues su asignación no es una operación aislada de la evaluación para la indemnización por daños y perjuicios (las decisiones de los tribunales estadounidenses que han reducido los montos han evaluado la proporcionalidad de éstos en relación con las cuantías compensatorias). Por ello, es importante delinear los criterios de evaluación en orden a los objetivos disuasivos perseguidos: la proporcionalidad acorde a la magnitud del daño, lo cual, no implica identidad en la cuantía. Para evitar las críticas relacionadas al enriquecimiento injustificado de la víctima, la instauración de topes máximos evita esa distorsión, dejando a salvo, el poder discrecional de los jueces. Sin embargo, frente a daños de incidencia colectiva el establecimiento de topes no necesariamente logra de antemano cumplir con el objetivo sanción-disuasión pues las dimensiones del daño causado son variables, y por lo tanto, las cuantías compensatorias pueden ser muy elevadas dadas las características particulares de este tipo de daños y de los intereses protegidos. Por lo tanto, el problema vendría por el lado de los jueces y sus posibilidades de evaluar y “calibrar” correctamente los “daños punitivos”.

El criterio relacionado con las facultades contributivas del causante del daño o de los beneficios que hubieren resultado u obtenido con el acto dañoso, aunque criticado por la doctrina (Benatti, 2018, p. 235) puede ayudar a los jueces a establecer un monto por “daños punitivos” que cumpla la doble finalidad mencionada; piénsese, en el caso Exxon (2008) y la ratio entre los beneficios ascendentes a US\$ 40,7 mil millones obtenidos en 2007 y los US\$ 2,5 mil millones impuestos en calidad de daños punitivos. Este es un claro ejemplo de su aplicación y utilidad en el marco de una class action (como ya se anunciaba en la sentencia del caso Philip Morris de 2007).

El destino de los montos obtenidos por “daños punitivos” que, normalmente recae en la(s) víctimas(s) del daño, se justifica en razón del carácter de pena privada que tiene esta figura. Se distingue de las multas (administrativas o penales) porque éstas van directamente a las arcas del Estado y no a los administrados. La posibilidad de crear un fondo de compensación para las víctimas de daños “masivos”, acentuaría el efecto distributivo de la figura eliminando cualquier incentivo perverso de parte de éstas a accionar.

Conclusiones

La cuestión relativa a la incorporación de los “daños punitivos” en un ordenamiento jurídico está vinculado a necesidades políticas y opciones legislativas. En ese sentido, bien podría pensarse en una futura regulación dentro del marco protector de los derechos de los consumidores, como la experiencia extranjera nos ha mostrado. No obstante, su ámbito de aplicación debe quedar bien delimitado. El bien jurídico protegido no puede ser individual sino más colectivo (o social) disminuyendo las probabilidades de conductas movidas por el lucro, de parte de las víctimas. Esta figura por sus características y objetivos, no debe ser vista como un mecanismo de reparación o resarcimiento, sino más bien, de sanción y disuasión.

En cuanto, a los mecanismos procesales de tutela a través de los cuales se pueden ejecutar las acciones de demanda de “daños punitivos”, estos quedan restringidos a los procesos judiciales por intereses difusos o acciones colectivas. No obstante, la sede del arbitraje de consumo no se descarta, pero quedaría limitada solo para las acciones colectivas y no aquellas que defienden intereses difusos (porque éstas pueden tramitarse de oficio y no requieren de la expresión de voluntad de las partes de someterse al fuero arbitral) (Marcos-Francisco, 2011). Cabe resaltar que en el derecho peruano el arbitraje de consumo no ha despuntado como en otros países, porque al ser de adhesión voluntaria, los proveedores no identifican a este sede como sinónimo de fuero técnico especializado y celeridad (Argerich, 2014). Además, la ley es ambiciosa al establecer que los proveedores deben promover el uso del arbitraje de consumo como mecanismo alternativo de solución de disputas (D.S. N° 046-2011-PCM), en la práctica, eso no ocurre, de ahí que el registro de proveedores no cuente ni con 50 empresas inscritas a la fecha.

El uso de esta figura no está desprovisto de riesgos e incluso de efectos que podrían resultar siendo adversos al fin buscado, por ello la prohibición de asegurar los montos por “daños punitivos” es una medida que garantiza la sanción y disuasión entre los proveedores dañados; del mismo modo, que la repartición de dicho importe entre las víctimas y un fondo especial de compensación evitaría que aquellas demanden sólo buscando “enriquecerse”.

Referencias bibliográficas

- Ballot-Léna, A. (2018). *Avant-projet de loi Réforme de la responsabilité civile. Analyses et contrepropositions*. <https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01793099>
- Bardales, L. (2017). Un intento fallido de trasplante legal: los punitive damages por despido arbitrario. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (52).
- Baynham, B. & Turner, A. (Octubre de 2002). *Bad faith and good faith claims: The road of the punitive damages*, 10. <http://www.mgm/admin2000-marketing/3769.1.html>
- Benatti, F. (2018). Punitive damages y class action: apuntes de derecho comparado. En H. Campos y J. Gabriel (coords.) *Responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación*. Themis.

- Buendía de los Santos, E. (2016). La paradoja de la reparación de los daños no patrimoniales y el problema de la cuantificación del daño. ¿Cuánto vale tu mano derecha? *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (38).
- Bustamante-Alsina, J. (1994). Los llamados “daños punitivos” son ajenos a nuestro sistema de responsabilidad civil. *La Ley* .
- Campos-García, H. (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. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Perú.
- Carbonnier, J. (2000). *Droit civil. Les Obligations*. PUF.
- Carranza, C. (2019). Los daños punitivos. Breve mirada a la experiencia jurídica colombiana. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (67).
- Carrascosa-González, J. (2013). Daños Punitivos. Aspectos de Derecho Internacional Privado Europeo y Español. En M. Herrador-Guardia (dir.), *Derecho de Daños*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Chang, G. (2017). Daños punitivos: el aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Supremo laboral y previsional. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (57).
- Cooter, R. (1999). Punitive damages, Social Norms and Economic Analysis. *Berkeley Olin Program in Law & Economics*, (29).
- Coutant-Lapalus, C. (2002). *Le principe de réparation intégrale en droit privé*. Presses Universitaires PUAM.
- Deng, Y. & Zanjani, G. (2016). What drives tort reform legislation? An Analysis of State Decisions to Restrict Liability Torts. *The Journal of Risk and Insurance*.
- Dobbs, D. (1993). *Law of remedies* (2ª ed.). West Publishing Co.
- Espinoza, J. (2017). Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en material laboral y previsional. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (52).
- Fernández-Cruz, G. (2017). La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. En J. Espinoza-Espinoza (dir.), *Daño Corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana* (J. Gabriel Rivera y J. Retamozo, Trads.). Instituto Pacífico.
- Fleming, J. (1998). *The law of torts* (9ª ed.). LBC Information Services
- Flour, J., Aubert, J.-L. & Savaux, E. (2007). *Les obligations*. Sirey.
- García-Matamoros, L. V. y Herrera-Lozano, M. (2003). El concepto de daños punitivos o punitive damages. *Estudios Socio Jurídicos*, 1(5).
- Gotanda, J. (2003). Punitive damages: A comparative analysis. *Villanova University School of Law. Working Paper Series*, (8).
- Irigoyen-Testa, M. (2011). Por qué los daños punitivos no son asegurable. *Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros*.
- Karpoff, J. & Lott, J. (1998). Punitive Damages: Their determinants, effects on firm value, and the impact of Supreme Court and Congressional attempts to limit awards. *Chicago, John.M. Olin Law & Economics Working Papers*, (58).
- Koteich-Khatib, M. (2011). La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, ¿un retorno a la pena privada del derecho romano? En Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano (ed.), *Capítulos en libro de divulgación Derecho privado* (pp. 547-572). Universidad Externado de Colombia.
- Lambert-Faivre, I. (2004). *Droit du dommage corporel*. Dalloz.
- Leduc, F. (2017). ¿Tiene algún sentido la reparación del daño corporal? En J. Espinoza Espinoza, *Daño Corporal* (ed.), *Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana*. (J. Gabriel Rivera y J. Retamozo, Trads.). Instituto Pacífico.
- León, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstructivo*. Academia de la Magistratura.
- León, L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3ª ed.). Instituto Pacífico.

- López-Herrera, E. (2008). *Los daños punitivos*. Abeledo Perrot.
- Marcos-Francisco, D. (2011). El arbitraje de consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española. *Revista de Derecho, Sección Ensayos*, (1).
- Mendieta, E. (2017). Los daños punitivos como mecanismo de prevención en el derecho del consumidor. *Jurisprudencia Argentina*, IV(10).
- Nallar, F. (2016). *Daños Punitivos. Facetas preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil. La Ley de Defensa del consumidor*. Cathedra Jurídica.
- Owen, D. (1994). Punitive Damage Awards in Product Liability Litigation: Strong Medicine or Poison Pill? A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform. *Villanova Law Review*, 63(3).
- Roujou de Boubée, M. (1974). *Essai sur la notion de réparation*. L.G.D.J.
- Pizarro, R. (1993). Daños Punitivos. En *Derecho de Daños. Homenaje al profesor doctor Félix Trigo Represas*. La Rocca.
- Prosser, W. & Keeton, R. (1984). *The law of torts* (5ª ed.). West Publishing Co.
- Sharkey, C. (2003). Punitive Damages as Societal Damages. *The Yale Law Journal*, 113(347).
- Starck, B., Roland, H. & Boyer, L. (1991). *Obligations. Responsabilité délictuelle*. Litec.
- Sunstein, C., Kahneman, D. & Schkade, D. (1998). Assessing Punitive Damages (with notes on cognition and valuation in law). *Chicago Working Paper in Law and Economics*, (197).
- Sebok, A. (s.f.). What did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today. *Chicago-Kent Law Review*, 78(163).
- Taliadoros, J. (2016). The roots of punitive damages at common law: a longer history. *Cleveland State Law Review*, 64.
- Varizat, A. (2019). Daños punitivos en las relaciones de consumo. Consideraciones a 10 años de su vigencia en la Argentina. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (67).
- Velásquez-Posada, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Temis S.A.
- Viney, G. & Jourdain, P. (2001). Les effets de la responsabilité. En J. Ghestin (dir.), *Traité de Droit Civil* (2ª ed.). L.G.D.J.
- Wilson, E. M. (2004). *Punitive Damages Review*.
- Zavala de González, M. (2011). Función preventiva de daños. *La Ley*.