

# DERECHO DE DAÑOS

Ideas para iniciar el diálogo

Carlos De la Rosa Xochitiotzi  
*Coordinador*



Suprema Corte  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

## **Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación**

PO

K645.113

D473d

Derecho de daños : ideas para iniciar el diálogo / coordinador Carlos de la Rosa Xochitiotzi ; autores María Guadalupe Martínez Alles [y otros seis] ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

1 recurso en línea (xviii, 268 páginas ; cuadros ; 23 cm.). – (Temas selectos de derecho)

Material disponible en PDF.

Contenido: Elementos, umbral y quantum de los daños Punitivos en el derecho mexicano / Edgar Muñoz, Rodolfo Vázquez Cabello – Daños punitivos : reorientación del debate en los sistemas continentales / María Guadalupe Martínez Alles – Notas sobre la intervención de los tribunales constitucionales en la construcción del derecho de daños / Carlos Pizarro Wilson – El daño moral como remedio expresivo : a propósito del caso Mayan Palace / Alberto Pino Emhart – Justificación de las excepciones a la prueba de causalidad en el derecho de daños / Sandy Steel – Acciones colectivas ambientales en Argentina : algunas reflexiones a partir del caso Mendoza / María Florencia Saulino

ISBN 978-607-552-233-3

1. Daños y perjuicios – Responsabilidad civil extracontractual – Reparación del daño – Ensayos – Derecho comparado 2. Excepciones procesales – Principio de causalidad 3. Protección ambiental – Acciones colectivas 4. Tribunales constitucionales 5. Daño moral 6. Responsabilidad profesional médica 7. Acoso laboral 8. Acoso escolar I. Rosa Xochitiotzi, Carlos de la, coordinador, autor de introducción II. Martínez Alles, María Guadalupe, autor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. ser.

LC KGF767

Primera edición: octubre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Avenida José María Pino Suárez núm. 2

Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc

C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Temas Selectos de Derecho

# DERECHO DE DAÑOS

Ideas para iniciar el diálogo



Carlos De la Rosa Xochitiotzi  
*Coordinador*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Arturo Zaldívar  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat  
*Presidenta*

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá  
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

### **Segunda Sala**

Ministra Yasmín Esquivel Mossa  
*Presidenta*

Ministro Luis María Aguilar Morales  
Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministro Javier Laynez Potisek  
Ministro Alberto Pérez Dayán

### **Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Ana María Ibarra Olguín  
*Directora General*

# Contenido

<b>Presentación .....</b>	<b>VII</b>
Ministro Arturo Zaldívar	
<b>Nota introductoria .....</b>	<b>XIII</b>
Carlos De la Rosa Xochitiotzi	
<b>Elementos, umbral y <i>quantum</i> de los daños punitivos en el derecho mexicano .....</b>	<b>1</b>
Edgardo Muñoz	
Rodolfo Vázquez Cabello	
<b>Daños punitivos: reorientación del debate en los sistemas continentales .....</b>	<b>65</b>
María Guadalupe Martínez Alles	
<b>Notas sobre la intervención de los tribunales constitucionales en la construcción del derecho de daños.....</b>	<b>97</b>
Carlos Pizarro Wilson	

<b>El daño moral como remedio expresivo. A propósito del caso <i>Mayan Palace</i> .....</b>	<b>127</b>
Alberto Pino Emhart	
<b>Justificación de las excepciones a la prueba de causalidad en el derecho de daños .....</b>	<b>157</b>
Sandy Steel	
<b>Acciones colectivas ambientales en Argentina. Algunas reflexiones a partir del caso <i>Mendoza</i>.....</b>	<b>211</b>
María Florencia Saulino	
<b>Autores .....</b>	<b>263</b>

# **Presentación**

---





Garantizar que todas las personas tengan acceso a la reparación integral del daño es un pendiente fundamental de nuestro sistema de justicia. A raíz de la doctrina constitucional de la Suprema Corte, hoy podemos afirmar que las fronteras del derecho de daños se han expandido más allá de sus límites tradicionales, con lo cual en México existen mejores condiciones y mayor certeza jurídica para reclamar la reparación por la vía civil y recibir, de manera oportuna, una indemnización justa y eficaz.

La Corte ha transformado los alcances de la responsabilidad extracontractual en numerosos ámbitos de la vida social, incluyendo las materias de responsabilidad médica, acoso laboral, acoso escolar, y a través de decisiones que han establecido la posibilidad de imponer daños punitivos con el propósito de disuadir la comisión de futuros daños. A la luz de este importante desarrollo, celebro que en el Centro de Estudios Constitucionales se haya iniciado una línea de investigación dirigida al estudio del derecho de daños. Se trata de una agenda innovadora y de gran relevancia para el acceso a la justicia.

En el marco de este esfuerzo institucional sin precedente, el Centro llevó a cabo un seminario permanente que ha servido como espacio de encuentro para personas académicas, personal jurisdiccional y profesionales del derecho, tanto nacionales como extranjeros. Precisamente varios de los temas y las conversaciones que han tenido lugar en ese espacio de diálogo se ven reflejados en el volumen que presento en esta ocasión.

*Derecho de daños. Ideas para iniciar el diálogo* reúne diversas voces nacionales y extranjeras en relación con cuestiones doctrinarias, filosóficas y prácticas sobre la responsabilidad extracontractual. En la obra se refleja una extensa pluralidad de intereses, problemas y aproximaciones metodológicas. Así, el libro ofrece reflexiones rigurosas sobre las pautas para la cuantificación de la indemnización, la constitucionalización del derecho de daños, la pertinencia de incorporar los daños punitivos en los sistemas civiles, las implicaciones expresivas de la indemnización, y los desafíos de la reparación del daño en materia ambiental —todos, temas de vanguardia en la literatura y de gran relevancia jurídica y social—.

La responsabilidad extracontractual es un tema que no ha sido explorado en la academia nacional con la exhaustividad y el rigor que merece. Por ello, estamos frente a una contribución indispensable para el estudio del derecho de daños en el país, y particularmente para las personas interesadas en una perspectiva de derecho comparado. Por lo demás, este volumen constituye un esfuerzo notable por parte del Centro para posicionar el tema en el foro nacional y vincular a las lectoras y los lectores mexicanos con el pensamiento de expertos y expertas nacionales y extranjeros. A quienes participan en la obra, les agradezco su disposición para ser parte de este esfuerzo colectivo; asimismo, reconozco sus valiosas aportaciones al estudio multidisciplinario del derecho de daños.

Como puede comprobarse desde el inicio, *Derecho de daños* es esencial para entender los retos contemporáneos de la responsabilidad extracontractual. Felicito al Centro de Estudios Constitucionales por el trabajo que

realiza para contribuir, desde la academia, a consolidar la vía civil como un camino posible para resolver los conflictos sociales y garantizar el pleno acceso a la justicia: pilar de todo sistema democrático de derecho.

Ministro Arturo Zaldívar  
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*



## **Nota introductoria**

---



Durante la última década, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha modificado de forma profunda los contenidos tradicionales del derecho de daños en México. En diversas sentencias, se ha pronunciado sobre distintos aspectos del derecho de daños, como la constitucionalidad de los topes mínimos y máximos para la determinación de la indemnización, las vías para reclamar distintos tipos de daños y los elementos para considerar en la cuantificación de la indemnización, entre otros.

Al tiempo que se han revisado y redefinido varios de los contenidos de las nociones típicas del derecho de daños, la Corte ha introducido figuras innovadoras —como los daños punitivos— al sistema jurídico nacional. En resumen, podemos calificar lo que ha ocurrido en el país durante los últimos diez años como una redefinición de la noción tradicional de la reparación del daño.

Recientemente, el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN publicó una recopilación de dichos desarrollos jurisprudenciales que evidencia

la evolución significativa que ha experimentado la responsabilidad extracontractual en México (De la Rosa y Márquez, 2020). Por supuesto, al tiempo que estas decisiones han resuelto de forma definitiva distintos problemas jurídicos, también han detonado nuevas e interesantes preguntas. Al respecto, algunos académicos han señalado que, derivado de las decisiones de la Corte, nos encontramos ante un "renacimiento" del derecho de daños en el país.<sup>1</sup> Coincido con esta caracterización y, por lo tanto, considero necesario profundizar en el estudio y análisis del moderno derecho de daños mexicano.

Como se observa del análisis de las sentencias de la Corte, los desarrollos en materia de derecho de daños en el país se han visto influenciados de manera significativa por los desarrollos jurídicos de otras jurisdicciones (De la Rosa y Márquez, 2020). Por lo tanto, para una adecuada comprensión del fenómeno resulta necesario sostener y profundizar la conversación con la comunidad jurídica internacional. Ante esta realidad, el Centro de Estudios Constitucionales inauguró en 2020 el Seminario Internacional sobre Reparación del Daño, un espacio para el diálogo especializado en la materia. Este foro ha contado con la participación de distintos expertos y expertas nacionales y extranjeros, quienes han compartido sus conocimientos sobre el derecho de daños con el sector académico y jurisdiccional de nuestro país.

El libro que tiene ante sí recoge varios de los temas que han sido discutidos durante las distintas sesiones del seminario; quienes han participado como ponentes lo hacen ahora como autores en esta obra colectiva. Para empezar, los autores mexicanos Edgardo Muñoz y Rodolfo Vázquez Cabello ofrecen un texto sobre el resurgimiento del derecho de daños a partir de las decisiones recientes de la Corte y presentan una innovadora propuesta relativa a la cuantificación de la indemnización. A continuación, la profesora argentina María Guadalupe Martínez Alles presenta un

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, Muñoz y Vázquez (2019).



interesante análisis sobre la incorporación de la figura de daños punitivos, proveniente de la tradición del *common law*, en los países de tradición civilista.

Después, el profesor chileno Carlos Pizarro plantea los principales desafíos de la constitucionalización del derecho de daños y el papel de los tribunales constitucionales en la construcción de este tipo de derecho, al tiempo que realiza un contraste entre las experiencias chilena y mexicana. Por su parte, el profesor chileno Alberto Pino ofrece una interesante lectura, desde una perspectiva filosófica, sobre la función expresiva de la reparación del daño, y para ello analiza la sentencia que introdujo los daños punitivos en México. Enseguida, desde el Reino Unido, el profesor Sandy Steel plantea un análisis minucioso de las posibles excepciones al nexo causal en el derecho de daños. Finalmente, la profesora Argentina Florencia Saulino presenta la vinculación del derecho de daños con las acciones colectivas en materia ambiental desde la experiencia de su país. Como se observa, la obra ofrece un profundo acercamiento a diversas temas cruciales del derecho de daños desde una perspectiva de derecho comparado.

Por último, es importante destacar que los desarrollos jurisprudenciales de la Corte han hecho uso del derecho de daños para dar respuesta a temas álgidos y contemporáneos, como el acoso escolar, la responsabilidad médica, el acoso laboral y varias formas de discriminación. Por lo tanto, sólo podemos esperar que la relevancia de este tipo de derecho en el sistema jurídico nacional incremente en el futuro en función de que nuevas, inesperadas y complejas preguntas hagan su arribo a los tribunales nacionales. No obstante, a diferencia de otros países, donde la obra contemporánea en la materia es vasta, en México la literatura académica especializada es escasa.

Lo anterior abre una ventana de oportunidad para el sector académico nacional e invita a iniciar una necesaria conversación en torno a los alcances y desafíos del derecho de daños. Desde el Centro de Estudios

Constitucionales consideramos que el estudio y el análisis de este tema tiene el potencial de contribuir a garantizar una efectiva reparación del daño y un mayor acceso a la justicia en nuestro país, y la publicación de esta obra pretende ser una contribución en este sentido.

Carlos De la Rosa Xochitiotzi

## **Fuentes**

De la Rosa Xochitiotzi, C. y Márquez Rojas, V. F. (2020), *Derecho de daños, responsabilidad extracontractual*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Muñoz, E. y Vázquez Cabello, R. (2019), *El renacimiento del derecho de daños en México: un análisis comparativo*, México, Tirant lo Blanch.

# **Elementos, umbral y *quantum* de los daños punitivos en el derecho mexicano**

---

Edgardo Muñoz\*

Rodolfo Vázquez Cabello\*\*

\* Profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de Guadalajara.  
\*\* Asociado en Ramos Castillos Abogados. Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana de Guadalajara.

SUMARIO: A. Conceptualización del derecho de daños en México; I. Desde el punto de vista del patrimonio afectado; II. Desde el punto de vista de la indemnización; 1. Indemnización compensatoria; 2. Indemnización punitiva; B. La incorporación de los daños punitivos en México; I. El amparo directo 30/2013 o caso *Mayan Palace*; 1. El origen de la figura jurídica trasplantada; C. Desarrollo subsecuente de los daños punitivos en la Suprema Corte; D. Elementos para su otorgamiento, el umbral y el método de cuantificación del daño moral-punitivo; I. Elementos para el otorgamiento del daño moral-punitivo; II Umbral requerido de los elementos del daño moral-punitivo; III. Método para determinar el *quantum*; 1. Los derechos lesionados; 2. El grado de responsabilidad; 3. Situación económica del responsable; 4. Las demás circunstancias (relevancia social de la actividad); 5. La fórmula; E. Conclusión.

El 22 de enero de 2020, el Centro de Estudio Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) nos invitó a dialogar sobre el tema de los daños punitivos mexicanos y el derecho a una justa indemnización. Nuestra intervención tuvo lugar en el marco del Seminario Internacional sobre la Reparación del Daño, organizado por el Centro a lo largo de los meses siguientes y el cual contó con la participación de distinguidos académicos y especialistas en la materia, mexicanos y extranjeros.

Esta contribución incluye algunas de las ideas expuestas por nosotros y discutidas con el moderador y los asistentes en dicha ocasión y en nuestra obra *El renacimiento del derecho de daños en México*;<sup>1</sup> sin embargo, el ejercicio de recurrente de reflexión acerca de este novedoso tema nos ha impulsado a ir más allá: en este ensayo compartimos ideas inéditas acerca de los elementos de daño punitivo, el umbral de negligencia e ilicitud

---

<sup>1</sup> Véase, de manera general, Muñoz y Vázquez (2019).

que son necesarios para su otorgamiento, así como una propuesta de método para su cuantificación.

Nuestra aportación constituye un pequeño grano dentro de los grandes esfuerzos realizados y coordinados por el Centro en esta materia. La labor de éste, con relación a la reparación del daño, ha contribuido al correcto entendimiento y la divulgación de un nuevo derecho de daños develado a partir de decisiones emitidas por la SCJN en la última década. Recientemente, el Centro de Estudios Constitucionales elaboró y publicó un cuaderno de jurisprudencia sobre el derecho de daños en la responsabilidad extracontractual, el cual comenzará una revolución, sin duda, en la forma en que el derecho de daños será creado, estudiado y aplicado en el futuro próximo.

El derecho de la responsabilidad civil extracontractual desempeña un papel importante en un mundo en el que los daños derivados de la masificación y el consumismo son frecuentes (Garrido, 1993, pp. 44-45). El uso de nuevas tecnologías, materiales y procesos de producción trae consigo nuevos riesgos de daño o pérdidas, por lo que el derecho debe proteger a las víctimas, que muchas veces son parte de una población en desventaja frente a las grandes empresas (Garrido, 1993, p. 63). Es decir, vivimos en una época en la que la competencia económica y el avance científico van marcando la pauta de la regulación jurídica de las nuevas conductas dañinas jamás consideradas (Morello, 2000, p. 217).

La doctrina entiende la responsabilidad civil extracontractual como una consecuencia de la obligación de reparar el daño causado por la actualización del supuesto jurídico contenido en la norma o por el incumplimiento al deber de cuidado (también llamado deber genérico de no dañar a otros), cuyos contornos son dibujados por el derecho (Martínez, 1999, pp. 169-176). Los daños pueden ser el resultado de la negligencia del obligado, de personas dependientes de él o de la realización de actividades consideradas peligrosas por el derecho, lo que acarrea una res-

ponsabilidad estricta del demandado o sus dependientes a pesar del cuidado puesto en su realización (Martínez, 1999, pp. 169-176).

En este sentido, las siguientes páginas buscan abonar al terreno fértil preparado por la SCJN y el Centro de Estudios Constitucionales para que la doctrina comience a plantar sus ideas, propuestas e hipótesis con miras a desarrollar un derecho de daños coherente, distinguible, ejercitable y justo para la sociedad mexicana en general.

Con dicho objetivo en mente, el presente capítulo estará organizado en cuatro secciones. En la primera sección, abordaremos la conceptualización constatada en el derecho de México con relación al daño, el cual es un elemento de la responsabilidad extracontractual. En la segunda sección, discutiremos la incorporación de los daños punitivos desde la perspectiva de la SCJN en la decisión insignia conocida como el amparo directo 30/2013 o el caso *Mayan Palace*. En la tercera sección, expondremos los desarrollos subsecuentes a este caso en materia de daños punitivos en México. Finalmente, en la cuarta sección, verteremos nuestra propuesta para llenar una laguna jurisprudencial percibida: la distinción de los elementos, el umbral y el método de cuantificación del daño punitivo acorde con las pautas sentadas por el artículo 1916 del Código Civil Federal (CCF) y las sentencias de la SCJN.

## **A. Conceptualización del derecho de daños en México**

El presente apartado expone la evolución reciente que ha tenido el daño indemnizable, tomando como principal fuente los criterios que ha emitido la SCJN en la materia. Lo anterior nos servirá como punto de partida para ubicar los daños punitivos dentro de esta evolución antes de encarnarnos en el tema principal.

La responsabilidad civil extracontractual surge del obrar ilícitamente o contra las buenas costumbres, según el artículo 1910 del CCF; la disposición señala la obligación de responder por los daños causados, y éste

es el propósito del derecho de la responsabilidad civil extracontractual (Bejarano, 2010, p. 218), independientemente del grado de incumplimiento o negligencia de quien lo ocasione (Visintini, 1999, p. 4). El artículo 1915 del Código agrega que la víctima puede elegir entre el restablecimiento a su situación anterior o el pago de daños y perjuicios.

En este sentido, el incumplimiento o violación de una norma de derecho objetivo o del deber de cuidado, incluyendo la contravención a los principios generales del derecho, que proscriben el dañar a otros, acarrear la obligación de reparar el daño consecuencia de ello, lo que se conoce como responsabilidad por hechos ilícitos o negligencia (Gutiérrez, 1999, p. 560). Asimismo, la responsabilidad extracontractual puede surgir de la actualización de una conducta categorizada como peligrosa, según el artículo 1913 del CCF, a la que se le conoce como responsabilidad estricta u objetiva (Gutiérrez, 1999, p. 561).

En consecuencia, para imputar responsabilidad civil a un demandado es necesario probar la configuración de tres elementos. En primer lugar, la existencia de daño o pérdida causada a la víctima (Rojina, 1998, p. 160; Yzquierdo, 2001, p. 143; Vázquez, 1993, p. 169; Bustamente, 1997); en segundo, el cometimiento de un hecho ilícito, el incumplimiento de un deber de cuidado o la actualización de una conducta categorizada como peligrosa, y en tercer lugar, la existencia de un nexo causal entre el primer elemento y el segundo.

El "daño" es la lesión o menoscabo de los intereses jurídico patrimoniales y sentimentales de la víctima, es decir, la lesión de un interés humano susceptible de protección jurídica (Bustamente, 1997, p. 169; Vázquez, 1993, p. 174; Gutiérrez, 1999, p. 566). La víctima tiene derecho al resarcimiento de todos los daños que son consecuencia directa de la conducta del demandado. De tal modo, la indemnización podrá incluir tanto daños y perjuicios presentes como futuros. Los daños y perjuicios presentes son todos aquellos que al momento de la sentencia ya existieron y subsisten en perjuicio del patrimonio del afectado y, por lo tanto, sobre



los cuales existe certeza jurídica en ese momento (Zannoni, 2005, p. 97; Vázquez, 1993, p. 178).

La evolución respecto del tipo de daño resarcible ha sido muy importante en México. Por una parte, la responsabilidad extracontractual puede derivar en diferentes tipos de daño vistos desde dos perspectivas: 1) desde el punto de vista del patrimonio afectado y 2) desde el punto de vista de la indemnización merecida.

## **I. Desde el punto de vista del patrimonio afectado**

Los "daños materiales" son el menoscabo del patrimonio (Gutiérrez, 1999, p. 564). Es una afectación en el interés jurídico relacionado con los bienes y derechos puramente patrimoniales que tiene toda persona (Yzquierdo, 2001, p. 155; Rojina, 1998, p. 137). El artículo 1915 del CCF concede a la víctima la opción de elegir entre ser resarcido en su interés negativo o en su interés positivo. Al resarcirse el interés negativo de la víctima se buscará situarla en la posición financiera que tenía antes de que el daño ocurriera. En cuanto al interés positivo, éste no sólo compensará la pérdida que es consecuencia de la conducta dañosa, sino que buscará posicionar a la víctima en la situación futura en que hubiese estado si dicha conducta no hubiera ocurrido; este interés positivo comprende la pérdida patrimonial, así como la falta de ganancia lícita o perjuicio (Visintini, 1999, p. 205).

Por otra parte, los daños personales o corporales están regulados en el segundo párrafo del artículo 1915 del CCF; son aquellos que resultan en un menoscabo o lesión a la integridad física y psíquica de las personas (Yzquierdo, 2001, p. 155). El artículo 1915 también establece que la indemnización de este tipo de daños será determinada de conformidad con la Ley Federal del Trabajo; de acuerdo con el artículo 487 de la Ley, la indemnización del daño emergente corporal podrá incluir, entre otros: asistencia médica y quirúrgica, rehabilitación, hospitalización, medicamentos y material de curación, aparatos de prótesis y de ortopedia necesarios

(tesis I.7o.C.35 C, p. 1245). Al respecto, la SCJN ha resuelto que los parámetros establecidos en la Ley Federal del Trabajo constituyen una guía para determinar el monto de los daños patrimoniales de fuente corporal para casos en que la evidencia presentada por la víctima es insuficiente para acreditar de manera precisa el daño emergente y el perjuicio causado; en cualquier otro, la indemnización será determinada por los daños probados, sin existir un tope legislativo (amparo directo en revisión 593/2015, p. 57).

Es importante precisar que la responsabilidad civil por daños personales y la responsabilidad laboral son independientes (Martínez, 1999, p. 203). Así, por ejemplo, si un repartidor fallece al ser atropellado por un camión, los herederos tendrán derecho al pago de daños laborales por parte del patrón y al pago de los daños extracontractuales de carácter civil que deberá pagar el conductor o el dueño del camión (Martínez, 1999, p. 203; Informe 1965).

Finalmente, según el artículo 1916 del CCF, el daño moral es "toda afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás". Según la jurisprudencia mexicana, esta disposición establece una presunción legal de que existe daño moral cuando se vulnera ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas (tesis I.4o.C.313 C, p. 2282).

La SCJN, por medio de distintas ejecutorias (amparo directo en revisión 593/2015, p. 65; amparo directo 30/2013, p. 2), ha determinado el contenido y clasificación del daño moral. El gran precedente en este tema es el amparo directo 30/2013, conocido como el caso *Mayan Palace*, en cuya sentencia se clasificó el daño moral en tres tipos. Primero, el daño a la parte social del patrimonio moral, que engloba la afectación a una persona en su imagen, honor o vida privada (amparo directo 30/2013, p. 63). Segundo, el daño estético: aquel que sufre la víctima en virtud de

la mortificación que se causa por la afectación de su cuerpo (amparo directo 30/2013, p. 64). Finalmente, el daño a los sentimientos, que sucede cuando se incide negativamente en el equilibrio afectivo de una persona (como consecuencia, por ejemplo, de la pérdida de un familiar) (amparo directo 30/2013, p. 63).

Por otro lado, cabe mencionar que si bien se ha dicho que el daño moral es una afectación a un derecho no patrimonial, este daño puede producir consecuencias patrimoniales, como la reducción de la productividad de la víctima, que se traduce en un menor ingreso. A su vez, podrán existir consecuencias no patrimoniales, como la frustración causada por el incumplimiento de un contrato de transporte que termina impidiendo la realización del viaje de luna de miel de una pareja (amparo directo 30/2013, p. 66). Igualmente, la SCJN reconoció que en el daño moral hay consecuencias presentes y futuras (amparo directo 30/2013, p. 67). Precisamente estas consecuencias del daño moral, tanto patrimoniales como no patrimoniales, serán objeto y estudio del derecho de daños desde el punto de vista de la indemnización.

## II. Desde el punto de vista de la indemnización

Las indemnizaciones tienen distintos propósitos en el derecho de daños. Caso por caso, se debe analizar cuál de estos propósitos habrá de satisfacerse dependiendo del tipo de daño y los resultados contemplados por el derecho. En gran parte de ellos, el propósito compensatorio deberá alcanzarse y resulta suficiente; sin embargo, existen situaciones en las que el propósito punitivo o el disuasivo cobran relevancia; en la última sección de esta contribución determinaremos qué conductas y circunstancias lo meritan, pero es importante tener en cuenta que estos propósitos pueden coexistir (*State Farm v. Campbell*; amparo directo 30/2013).

Respecto del propósito de la indemnización del daño, la SCJN ha hecho referencia a los conceptos de reparación integral y justa indemnización tanto

en materia de responsabilidad patrimonial del estado, en un primer momento (tesis P. LXVII/2010, p. 28), así como en el ámbito del derecho privado (tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), p. 798). Estos conceptos tienen su origen en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado al respecto.<sup>2</sup> Su incorporación en el derecho de daños en México resulta de la denominada función objetiva de los derechos humanos (amparo directo en revisión 1621/2010), refiriéndose a que esos derechos se transforman en elementos objetivos que deben ser tomados como parámetro en los litigios entre particulares (amparo directo en revisión 1621/2010, pp. 32, 36).

La reparación integral implica tanto la reparación de las afectaciones como la de las consecuencias derivadas de la violación de un derecho (Calderón, 2013, p. 158). Al respecto, la SCJN ha establecido que la reparación integral o la justa indemnización engloba la devolución de las cosas al estado en el que se encontraban o la indemnización que ha de ser proporcional al daño y a la gravedad de las violaciones legales cometidas (amparo directo en revisión 1068/2011, p. 752). Se debe atender en cada caso a

(a) el daño físico o mental, (b) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales, (c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante, (d) los perjuicios morales, y (e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos, servicios médicos, psicológicos y sociales (amparo directo en revisión 1068/2011, pp. 68-69).

A la luz del desarrollo jurisprudencial anterior, podemos identificar dos tipos de indemnizaciones: 1) la compensatoria y 2) la punitiva.

---

<sup>2</sup> Véanse caso *Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, párr. 61; caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, párr. 26; caso *Loayza Tamayo v. Perú*, párr. 147, entre otros.

## 1. Indemnización compensatoria

El propósito compensatorio se refiere a la restitución del perjudicado al estado en el que se encontraba antes de sufrir el daño y, mientras no exista doble indemnización, a los perjuicios sufridos (Diamond, Levine y Madden, 2000; amparo directo en revisión 1068/2011, p. 67). En este sentido, tiene una relación directa con los conceptos de daños y perjuicios, presentes y futuros que ya fueron mencionados. Independientemente de que se traten de daños al patrimonio material, personal o moral, el propósito compensatorio se aboca a resarcir los daños y perjuicios y su cuantificación dependerá, en cada caso, de los parámetros establecidos por el derecho, incluida la discrecionalidad que los tribunales tienen en ciertos casos.

La indemnización compensatoria por daño material tiene pocos obstáculos, pues requiere simplemente considerar las pérdidas materiales que se hayan sufrido, así como la ganancia lícita que se dejó de percibir (Calderón, 2013, p. 167). Por otra parte, la indemnización compensatoria por concepto de daño emergente corporal podrá incluir, entre otros y según sea el caso, asistencia médica y quirúrgica, rehabilitación, hospitalización, medicamentos y material de curación, los aparatos de prótesis y de ortopedia necesarios (tesis I.7o.C.35 C, p. 1245). Es oportuno mencionar que esta indemnización sólo incluye la afectación física, mas no la afectación psicológica. Es decir, el daño moral deberá calcularse de forma independiente o, de ser imposible una distinción, compaginar ambas condenas razonablemente para evitar tanto una sobreindemnización como una indemnización incompleta (amparo directo en revisión 593/2015, p. 64).

Finalmente, el daño moral también tiene una naturaleza compensatoria, por lo que su función es reparar el daño inmaterial o espiritual sufrido de forma integral (Martínez, 1999, p. 213; Bejarano, 2010, p. 249). En esa línea, el artículo 1916 del CCF establece que el monto de la indemnización será determinado por el juez, "tomando en cuenta los derechos

lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso."

Como se mencionó, existen consecuencias económicas y no económicas del daño moral. Las primeras son determinables, pues se trata de los montos que la víctima dejará de percibir; por ejemplo, la disminución de su actividad económica por un trauma psicológico, incluyendo los gastos que se erogarían, en este caso, tras acudir con un especialista clínico. Es decir, se trata de aquellas consecuencias fácilmente cuantificables en dinero.

Por otro lado, las consecuencias no económicas son más difíciles de cuantificar, pues se alude al daño de los sentimientos. Por esta razón, los parámetros establecidos en el Código son relevantes, así como el concepto de justa indemnización elaborado en la jurisprudencia interamericana;<sup>3</sup> la salvedad es que la SCJN ha determinado que "la situación económica de la víctima" no debe ser tomada en cuenta para calcular el monto de la indemnización compensatoria de las consecuencias no económicas, pues no incide, no aumenta y no disminuye el dolor sufrido (amparo directo en revisión 593/2015, p. 68). Más adelante, en la cuarta sección, abordaremos los parámetros establecidos por el artículo 1916 del CCF para el establecimiento del daño moral, en su vertiente punitiva.

## 2. Indemnización punitiva

En México los daños punitivos fueron introducidos a inicios de 2014 a través de la decisión de la Primera Sala de la SCJN recaída al amparo directo 30/2013. Más adelante se analizará esta decisión utilizando el método de derecho comparado y se comentarán brevemente las adiciones que a este concepto han realizado ambas Salas de la SCJN en los años subsecuentes.

---

<sup>3</sup> Véase Calderón (2013).

Los daños punitivos tienen su origen en la jurisprudencia inglesa.<sup>4</sup> Los daños punitivos, o daños ejemplares,<sup>5</sup> son un tipo de indemnización monetaria concedida al actor (víctima) en contra del demandado (causante) que, con independencia de los daños compensatorios, tienen como finalidad castigar una conducta incorrecta, además de disuadir al demandado y a otros de la comisión de conductas similares en el futuro (Owen, 1994, p. 364; Diamond, Levine y Madden, 2000, p. 249; Miceli, 2009, p. 46), tomando en cuenta la situación patrimonial del demandado (Diamond, Levine y Madden, 2000).

Según la doctrina estadounidense, los daños punitivos se otorgan a discreción de la autoridad jurisdiccional conforme al derecho aplicable, cuando el demandado daña al actor de manera intencional o maliciosa o cuando la conducta del demandado refleja que consciente, opresiva o con negligencia grave se desinteresó de los derechos e intereses de la víctima (Owen, 1994, p. 250-252; *Smith v. Wade* p. 461; Markel (2009); *Exxon Shipping Co. v. Baker*).

Es importante mencionar que existe una diferencia entre el efecto punitivo y la institución de los daños punitivos, pues todos los tipos de daños, ya sean compensatorios o punitivos, pueden tener más de un efecto. Por ejemplo, la condena de daños compensatorios podría paralelamente disuadir o penalizar al demandado, a pesar de que su monto tenga como objeto y límites la sola compensación del daño sufrido (Miceli, 2009, p. 46). Los daños punitivos o disuasivos, por otra parte, podrían igualmente tener un efecto compensatorio no buscado, cuando el monto de la indemnización sea eventualmente utilizado por la víctima para resarcir las secuelas del daño (Richard, 1985, p. 6); sin embargo, los daños punitivos en el sistema jurídico de *common law* son un tipo de indemnización por daño distinta a los daños compensatorios.

---

<sup>4</sup> Véanse Brooke (2009); Taliadoros (2016).

<sup>5</sup> *Punitive damages* o *exemplary damages*, en inglés.

Los daños punitivos tienen una doble faceta (disuasoria y retributiva o de castigo) y, por lo mismo, un doble propósito. Su faceta disuasoria busca influir de manera positiva en el comportamiento de ciertos agentes (Polinsky y Shavell, 2000, p. 765; Miceli, 2009, p. 46); es decir, incentiva el deber de cuidado y la reducción de posibilidad de siniestro en actividades de riesgo. El propósito disuasivo de los daños punitivos se ve materializado en la efectividad para, aun concurriendo las circunstancias antes mencionadas, lograr efectivamente la disuasión. Por lo anterior, la condena de daños punitivos debe existir al grado en el que se elimine el atractivo económico de no cumplir con la legislación o el deber de cuidado óptimo, obligando en consecuencia a los posibles causantes a internalizar el costo social de su actuar (Cooter, 1988, p. 1148).

Por otro lado, la faceta punitiva o retributiva de la indemnización tiene como finalidad precisamente el escarmiento de quien haga un mal (Polinsky y Shavell, 2000, p. 765; Miceli, 2009, p. 46); sin embargo, es importante aclarar que el castigo no es un fin, sino un medio para obtener, en el caso de los daños punitivos, la disuasión y la justa sanción como retribución del daño causado (Ausness, 1985, p. 39). En ese sentido, la faceta retributiva o castigadora de este tipo de daños tiene como propósito la imposición de una sanción para satisfacer la noción del justo castigo en contra de quienes cometen un daño (Polinsky y Shavell, 2000, p. 765).

## **B. La incorporación de los daños punitivos en México**

### **I. El amparo directo 30/2013 o caso *Mayan Palace***

Como se mencionó, los daños punitivos fueron otorgados por primera vez en México con la decisión de la Primera Sala de la SCJN en el caso *Mayan Palace*. El resumen del caso resulta relevante para comprender el tipo de daños otorgado en esta sentencia. En septiembre de 2010, un joven (la víctima) viajó al puerto de Acapulco, Guerrero. Se hospedó en el *Mayan Palace Resort* (el hotel) (amparo directo 30/2013, p. 51). La víctima y tres



de sus amigos utilizaban los kayaks en el lago artificial del hotel y, de repente, el suyo volcó. Desafortunadamente, una bomba de agua que no recibió el mantenimiento adecuado durante años había electrificado el lago (amparo directo 30/2013, p. 51). Pasaron alrededor de 25 minutos antes de que el personal del hotel apagara la electricidad del lago y fuera posible el rescate de la víctima (amparo directo 30/2013, p. 51-52). El hotel no tenía ningún tipo de protocolo de actuación para tales accidentes (amparo directo 30/2013, p. 167). Los salvavidas tuvieron que esperar hasta que la novia de la víctima y su acompañante salieron del agua para intentar rescatar a la víctima y a su amigo (amparo directo 30/2013, p. 52). El primer auxilio médico recibido por la víctima fue de otros huéspedes (amparo directo 30/2013, p. 53), una vez que fue sacado del agua, el personal del hotel tardó alrededor de 20 minutos en llevar a la víctima a la clínica del hotel. Aunado a lo anterior, el hotel no tenía ambulancia y transcurrieron aproximadamente 40 minutos adicionales hasta que la víctima fue trasladada al hospital (amparo directo 30/2013, p. 168), momento en que desafortunadamente ya no tenía signos vitales.

Una vez que la SCJN definió los alcances del daño moral desde el punto de vista del patrimonio afectado,<sup>6</sup> acreditó el daño y el nexos causal entre aquél y la conducta o el hecho generador atribuible a la sociedad propietaria del hotel (amparo directo 30/2013, pp. 71-117), procedió a analizar de qué forma calcularía y, por ende, a cuánto ascendería el monto de la compensación del daño moral.

Al respecto, consideró que si bien el juzgador gozaba de cierta discrecionalidad, éste se encontraba sujeto a los criterios establecidos en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal (amparo directo 30/2013, p. 132), y al derecho a una justa indemnización (amparo directo 30/2013, pp. 121-122). Por lo que concierne al artículo 1916, la SCJN sostuvo que en el cálculo de la indemnización se debían atender los de-

---

<sup>6</sup> Véase la sección "I. Desde el punto de vista del patrimonio afectado".

rechos vulnerados, el grado de responsabilidad, al aspecto social del daño causado y la situación económica del responsable, así como las demás circunstancias relevantes del caso concreto (amparo directo 30/2013, pp. 134-135). En relación con la situación económica de la víctima, que fue justamente el argumento de inconstitucionalidad planteado por los padres de ésta, se determinó que tal elemento del artículo 1916 era inconstitucional para calcular las consecuencias no patrimoniales del daño moral, aunque era válido para calcular el monto de las consecuencias patrimoniales del daño moral (amparo directo 30/2013, pp. 152-153).

Aunado a lo anterior, la SCJN determinó que, de la historia legislativa y los conceptos de grado de responsabilidad y situación económica del responsable contenidos en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, era posible condenar al pago de daños punitivos encuadrándolos dentro del marco legal de los daños morales (amparo directo 30/2013, pp. 126-131). En ese sentido, la SCJN introdujo el concepto de "daños punitivos" al considerar que el artículo referido no busca sólo la reparación del daño, sino también el reproche y castigo del responsable (amparo directo 30/2013, p. 131). Con base en un análisis teleológico de la ley, se llegó a la conclusión de que el legislador, por medio de la frase "la compensación por la vía civil no sólo restituye al individuo afectado y sanciona al culpable",<sup>7</sup> consideró que la indemnización no estaba topada al daño efectivamente sufrido, por lo que se debían tomar en cuenta otros elementos, como el grado de responsabilidad y la situación económica del responsable para sancionarlo (amparo directo 30/2013, pp. 129, 130, 204).

En relación con el concepto del derecho a una justa indemnización, como lo había sostenido previamente la misma Primera Sala de la SCJN (tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), p. 798; amparo directo en revisión 1068/2011),

---

<sup>7</sup> Antecedentes legislativos de la reforma al artículo 1916 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1982.

se determinó que tal derecho goza de multidireccionalidad, es decir, que tiene vigencia tanto en las relaciones entre el Estado y los particulares como entre los particulares. Por ello, la reparación debía fijarse teniendo en cuenta el derecho tutelado en los artículos 1.º constitucional y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (amparo directo 30/2013, pp. 120-124). En ese sentido, la SCJN tomó del caso *Cantonal Benavides v. Perú* la visión de que existía una segunda faceta del derecho a la justa indemnización, que consistía en enviar un mensaje de reproche oficial de dicha violación a los derechos humanos y el compromiso de que no volverán a ocurrir (amparo directo 30/2013, pp. 123 y 124).<sup>8</sup> De la jurisprudencia interamericana y lo escrito por el jurista argentino Ramón D. Pizarro, la Suprema Corte concluyó que la compensación de los daños "es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece" (amparo directo 30/2013, p. 126; Pizarro, 2004, p. 532).

Finalmente, la SCJN condenó al pago de poco más de 30 millones de pesos por concepto de indemnización del daño moral padecido por los padres de la víctima en virtud de la grave afectación a sus derechos, el alto grado de responsabilidad y la situación económica del hotel (amparo directo 30/2013, p. 178).

Si bien esta sentencia dio un nuevo enfoque a la responsabilidad civil en México, al agregar la figura de los daños punitivos como parte del esquema de indemnización por daño moral, la SCJN no clarificó si los daños punitivos habrían de concederse en virtud de las consecuencias económicas o no económicas de los daños morales. Tampoco fue específica en cuanto al estándar de conducta del negligente o ilicitud necesario para el otorgamiento de daños punitivos. También se quedaron en el aire muchas preguntas respecto del método preciso para cuantificar este tipo de

---

<sup>8</sup> Citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cantonal Benavides v. Perú*, Reparaciones y Costas, 3 diciembre 2001, Serie C No. 88, par. 53.

daños. En la cuarta sección de esta contribución haremos una propuesta para llenar las lagunas percibidas: los elementos, el umbral y una propuesta de método para la cuantificación del daño punitivo-moral acorde con las pautas sentadas por la SCJN y la legislación mexicana.

La Suprema Corte expresó en su decisión que la noción de daños punitivos a la que hacía alusión provenía de Estados Unidos. Citó la doctrina estadounidense para explicar las naturalezas sancionadora y disuasoria de los daños punitivos (amparo directo 30/2013, p. 125-126).<sup>9</sup> También hizo referencia a la opinión de Pizarro para determinar que la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito, y si una sanción no es dada, la desaprobación prácticamente desaparece (amparo directo 30/2013, p. 126; Pizarro, 2004, p. 532); sin embargo, no es claro si Pizarro se refería a los daños punitivos en el contexto de los sistemas jurídicos pertenecientes al *common law* o, más bien, al efecto general de sanción que la compensación del daño efectivamente generado tiene sobre el responsable.

El antecedente angloamericano que tiene la sentencia de daños punitivos de la Suprema Corte también se ve reflejado en el voto concurrente del ministro José Ramón Cossío Díaz, quien sugirió tomar en cuenta la doctrina estadounidense y la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos para el cálculo de los daños punitivos (amparo directo 30/2013, pp. 13-14, n. p. 5, 6, 7).<sup>10</sup>

Como hemos postulado en otra ocasión, las referencias al derecho estadounidense demuestran el trasplante de una institución jurídica extranjera al sistema jurídico como el mexicano.<sup>11</sup> El trasplante legal es uno de

---

<sup>9</sup> La Suprema Corte se basó en los autores siguientes: Owen (1976, p. 1279); Owen (1988, p. 705); Morgan (1989, p. 279); O'Donnell (1988, p. 803).

<sup>10</sup> Voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz. Con referencias a *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip Eta Al*, 499 U.S. 1 (1991) y *Exxon Shipping Co. Baker*, 554 U.S. 471, (2008) y cita a Polinsky (1997).

<sup>11</sup> Véase de manera general Muñoz y Vázquez (2019).

los mecanismos más recurridos para poner en marcha el cambio normativo y la mejora regulatoria, pues los actores en los sistemas jurídicos suelen tomar de otros sistemas lo que necesitan para resolver problemas o lagunas en el derecho interno (Kahn, 1974, p. 37; Kviatek 2015, p. 31). Watson comparó el trasplante legal con el trasplante de órganos, sugiriendo que un trasplante legal exitoso sucede cuando la institución trasplantada se desarrolla en el cuerpo receptor, convirtiéndose en parte del mismo, igual a una norma o institución que se hubiere desarrollado en su propio sistema jurídico (Watson, 1993, p. 27). Al igual que el trasplante médico, el éxito del trasplante legal depende de hacer creer al sistema receptor que la regla adoptada ya era parte del mismo. En esa línea, un trasplante puede fallar debido a la incompatibilidad de la regla adoptada con las características del sistema receptor (Watson, 1993, p. 27).

### 1. El origen de la figura jurídica trasplantada

En la sentencia de febrero de 2014, la SCJN hizo referencia a la figura de los daños punitivos en el sistema jurídico estadounidense.<sup>12</sup> Esto infiere el origen extranjero de un tipo de indemnización por daños que hasta esos momentos no figuraba en la doctrina, la ley o la jurisprudencia de México. La SCJN pretendió plantar las semillas de los daños punitivos en el suelo mexicano, esperando que florecieran justo como lo hacen en su ambiente original; sin embargo, desde un inicio han existido dudas respecto de si el sistema jurídico mexicano es el lugar adecuado para su cosecha. En su opinión concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo arguyó que si la Sala pretendía importar los daños punitivos desde Estados Unidos, debió desarrollar con mayor amplitud los parámetros para su aplicación y distinguirlos de la noción de la "justa indemnización", pues su objetivo es castigar, no compensar (amparo directo 30/2013, p. 4).

---

<sup>12</sup> Véase amparo directo 30/2013, pp. 125 y 126; voto concurrente José Ramón Cossío Díaz, 9, 10, nota al pie 5-7; voto concurrente Jorge Mario Pardo Rebolledo, 4.

El simple hecho de tomar prestada una norma jurídica es un fenómeno con importantes implicaciones sociales. La SCJN se refirió a la noción estadounidense de los daños punitivos, pues es en dicho sistema jurídico en el cual se ha desarrollado el ámbito de aplicación y los objetivos de dicha institución con mayor profundidad.<sup>13</sup> Luego entonces, la utilidad práctica de incorporar una figura probada en otro sistema legal fue un aspecto importante para la Corte; sin embargo, el trasplante de los daños punitivos en México también pudo responder a un malentendido: a la dificultad a la que se enfrentó la SCJN para comprender el amplio marco legal del derecho de daños en una tradición jurídica distinta como es el *common law*; en lo particular, la clara diferencia entre la naturaleza de los daños punitivos y los daños compensatorios.

A pesar de ello, los daños punitivos trasplantados en México son comparables (aunque no estén subdesarrollados) a los aplicados en Estados Unidos. Empero el error dogmático cometido por la SCJN, al considerar a los daños punitivos como parte de los daños morales de naturaleza compensatoria, las funciones que pretenden son similares. La sentencia en el caso *Mayan Palace* menciona que los daños punitivos tienen la función de castigar y disuadir al demandado y a otros de la comisión de conductas similares (amparo directo 30/2013, p. 144). La referencia a la doctrina estadounidense en ese apartado específico confirma que la SCJN tenía en mente una concepción similar de la función que los daños punitivos tienen en Estados Unidos.<sup>14</sup>

Aunado a lo anterior y de mayor importancia para cualquier *tertium comparationis*, los hechos del caso *Mayan Palace* son propios del tipo de conductas que los daños punitivos abordan y desalientan en Estados Unidos. En el caso mexicano, el hotel fue extremadamente negligente al

---

<sup>13</sup> Véase amparo directo 30/2013, 125 y 126; Voto Concurrente José Ramón Cossío Díaz, 9, 10, nota al pie 5-7; voto concurrente Jorge Mario Pardo Rebolledo, p. 4.

<sup>14</sup> La Suprema Corte se basó en los artículos estadounidenses siguientes: Owen (1988); Owen (1976, p. 705); Morgan (1989, p. 279); O'Donnell (1988, p. 803).

proporcionar primeros auxilios a la víctima, no contaba con los protocolos de emergencia requeridos, violó gravemente la ley al no mantener el equipo del lago artificial en condiciones adecuadas y su conducta no sólo obstaculizó que la víctima recibiera atención a tiempo, sino también causó mortificación a los amigos y familiares de la víctima, al haber ocultado información acerca de su muerte. En Estados Unidos se ha condenado al pago de daños punitivos en contra de hoteles por conductas negligentes que ocasionaron lesiones de menor gravedad<sup>15</sup> y también, por otro lado, cuando las empresas no prueban la seguridad de sus productos y su cumplimiento con la normativa y regulación aplicable, lo que representa una muestra de su falta al deber de cuidado o una indiferencia hacia la seguridad de sus clientes.<sup>16</sup>

### **C. Desarrollo subsecuente de los daños punitivos en la Suprema Corte**

Ambas salas de la SCJN, la Primera y la Segunda, han emitido sentencias en un esfuerzo por delimitar la figura de los daños punitivos. Por un lado, para excluir su aplicación de la responsabilidad patrimonial del

---

<sup>15</sup> *Mathias v. Accor Econ. Lodging, Inc.*, 347 F.3d 672, 2003 U.S. App. LEXIS 21299, 62 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 1199 (7th Cir. Ill. Oct. 21, 2003): En el año 2000, los empleados del demandado comenzaron a expedir reembolsos a los consumidores que se quejaban de garrapatas y chinches en los cuartos. El gerente del hotel posteriormente recomendó cerrar el establecimiento mientras cada cuarto era fumigado, pero su supervisor se rehusó. Por el contrario, el hotel continuó prestando el servicio y movió a los huéspedes que se quejaban. El juez Posner al resolver la apelación escribe acerca de uno de los huéspedes que fue movido a tres cuartos distintos para escapar de las chinches. Con el problema alcanzando proporciones ridículas, los empleados del hotel fueron instruidos a llamar insectos a las chinches, pensando que ello alarmaría menos a los consumidores. También pusieron indicaciones como "No rentar, chinches en el cuarto", pero las rentaban de todas maneras. Dos huéspedes demandaron la conducta deliberada y dañosa y pidieron daños compensatorios y punitivos. El hotel alegó que su conducta fue como máximo negligente y que los daños punitivos no debían existir. El jurado condeno a pagar 5 mil dólares como daños compensatorios y 186,000 por concepto de daños punitivos para cada actor.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, *Aleo v SLB Toys USA, Inc.* Case No. SJC 11294 (MA S. Jud. Ct., Sep. 13, 2013): una joven se fracturó dos cervicales cuando se resbaló cabeza abajo en tobogán inflable para alberca que se encontraba defectuoso, golpeándose la cabeza contra el concreto que rodeaba la alberca cuando la parte inferior del tobogán se colapsó. El jurado resolvió que Toys R Us era responsable de negligencia, violación de garantía y muerte por negligencia y condenó al pago de 2,640,000 dólares de daños compensatorios y 18 millones de dólares por daños punitivos.

Estado; por otro, para confirmar su naturaleza y alcance o, en algunos casos, redefinirlos.

El primer precedente posterior al caso *Mayan Palace* es el amparo directo 50/2015, también conocido como caso *Albergue-varicela*, que igualmente fue resuelto por la Primera Sala de la SCJN. En una decisión de tres votos contra dos, la Sala determinó excluir del ámbito de aplicación de los daños punitivos a aquellos casos en los que el Estado era la parte demandada. No obstante, la Sala confirmó que los daños punitivos eran una extensión de la indemnización por daño moral en casos de responsabilidad extracontractual (amparo directo 50/2015, p. 53). Con ello, quedó claro que los daños punitivos sí formaban parte de la indemnización por daño moral. También, la Sala reafirmó el origen anglosajón de los daños punitivos otorgados antes por la SCJN en el caso *Mayan Palace*; esto no sólo se reconoce expresamente en la sentencia, sino que el desarrollo en torno a la inaplicabilidad de este tipo de daños contra el Estado se hace a partir del derecho comparado, en concreto, con base en el desarrollo histórico, legal y jurisprudencial de la figura en Estados Unidos de América (amparo directo 50/2015, pp. 55-63). En un punto que no formaba parte de la cuestión planteada, la SCJN recurrió al caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* con el único propósito de sentar las bases para la razonabilidad en la cuantía de las sentencias que condenen al pago de daños punitivos (amparo directo 50/2015, p. 61).<sup>17</sup> Lo anterior demuestra también que, como lo apuntaba el ministro en retiro José Ramón Cossío, era indispensable recurrir al sistema jurídico donante para precisar entre otras cuestiones, el ámbito de aplicación y la forma de cuantificación y los límites constitucionales de este tipo de daños (amparo directo 30/2013, pp. 13-14).<sup>18</sup>

Posteriormente, la Segunda Sala de la SCJN, en el amparo directo en revisión 5612/2017, también conocido como el caso de la amputación,

<sup>17</sup> También véase *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip Eta Al*, 499 U.S. 1 (1991).

<sup>18</sup> Véase voto concurrente de José Ramón Cossío Díaz, n. p. 5, 6, 7.



analizando el nuevo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado y su ley, determinó que la condena de daños punitivos era improcedente contra el Estado mexicano. Dicha resolución deriva de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado en contra del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), derivada de la indebida amputación de un dedo a un menor de edad en una intervención quirúrgica (amparo directo en revisión 5612/2017, p. 5). El entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa declaró la nulidad de la resolución impugnada reconociendo el derecho a percibir indemnización (amparo directo en revisión 5612/2017, p. 10). En contra de dicha determinación, la parte actora promovió un amparo directo ante el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual determinó conceder el amparo con base en la resolución del caso *Mayan Palace*. A este efecto, el Tribunal Colegiado declaró procedente el pago de daños punitivos en favor del actor, pues se debía reprochar la conducta indebida del responsable (amparo directo en revisión 5612/2017, pp. 10-13). En contra de dicha determinación, el IMSS interpuso, en su carácter de tercero interesado, un recurso de revisión en amparo directo, mismo que conoció la Segunda Sala de la Suprema Corte (amparo directo en revisión 5612/2017, p. 2). Al respecto, la Segunda Sala determinó que el criterio sostenido por la Primera Sala no era aplicable a la responsabilidad patrimonial del Estado, pues, por un lado, la posibilidad de condenar al pago de daños punitivos se encontraba circunscrita a la materia civil y, por otro, la regulación constitucional (CPEUM, artículo 109) de la responsabilidad del Estado perseguía finalidades distintas a la indemnización por daños en materia civil. A pesar de que el artículo 1916 del CCF fuera aplicable a la materia administrativa, su aplicación no era irrestricta (amparo directo en revisión 5612/2017, p. 24); la responsabilidad patrimonial del Estado se regía por los principios de responsabilidad directa y capacidad presupuestal, respetando el principio de equidad, lo que implica no pagar cualquier daño con cargo al erario público, sino hacer más eficientes los servicios públicos que proporciona el Estado (amparo directo en revisión 5612/2017, p. 26). De tal modo, la SCJN consideró que el concepto de sanción ejemplar colisiona

con el principio de equidad, pues lejos de equilibrar la reparación del daño con el cuidado de las arcas públicas, se permitiría la imposición de débito al Estado en cantidades mayores a las que corresponde la adecuada reparación (amparo directo en revisión 5612/2017, p. 26). Aunado a lo anterior, la Segunda Sala infirió que los daños punitivos, al ser medidas sancionatorias, requieren de elementos legislativos para su aplicabilidad y condena (amparo directo en revisión 5612/2017, p. 24). En términos similares a lo propuesto en otra obra,<sup>19</sup> la Segunda Sala consideró que por medio de la legislación se debe determinar en qué casos es admisible la imposición de tales sanciones ejemplares y cuáles elementos de individualización de la pena pecuniaria deben ser valorados para lograr los fines punitivo y disuasorio y, a su vez, evitar la imposición del pago de sanciones excesivas o desproporcionales (amparo directo en revisión 5612/2017, p. 25). En la siguiente sección, y ante la falta de parámetros legislativos hasta la fecha, exponemos los elementos para el otorgamiento, el umbral requerido de conducta y proponemos un método para determinar el *quantum* de los daños punitivos.

De manera más reciente, la Segunda Sala de la SCJN resolvió diversos amparos en revisión (1094/2017, 283/2018, 390/2018, 395/2018, 513/2018, 394/2018 y 965/2018) y emanó la tesis aislada 2a. LVII/2018 (10a.). En relación con la temática que nos interesa, la Segunda Sala resolvió la falta de procedencia de los daños punitivos en el ámbito de la responsabilidad resarcitoria del Estado. Este tipo de responsabilidad implica que ante la imposibilidad de que el responsable del acto delictivo pueda reparar a la víctima, el Estado asume subsidiariamente esa obligación, bajo el entendido de que éste, a su vez, puede exigir al responsable que restituya todos los fondos que haya erogado por tal concepto indemnizatorio. En otras palabras, el Estado paga subsidiariamente una justa indemnización correspondiente al concepto de reparación del daño en materia penal. En ese sentido, si en la materia penal —en concreto, por

---

<sup>19</sup> Véase de manera general Muñoz y Vázquez (2019).

concepto de reparación del daño— no se encuentran previstos los daños punitivos, entonces no existe una expectativa para la víctima de recibir una cantidad por ese concepto y, por tanto, resulta improcedente condenar al Estado por un concepto que el culpable del delito tampoco estaría obligado a cubrir.

Finalmente, la Primera Sala de la SCJN resolvió el amparo en revisión 1133/2019 o caso *Guardería 1133*. Esta sentencia es de particular importancia, puesto que parece desviarse de la concepción doctrinal que la Primera Sala, en su antigua configuración con el caso *Mayan Palace*, había expresado respecto de la relación que guarda el concepto de justa indemnización o reparación integral del daño y los daños punitivos. El caso tiene su origen en el incendio de la Guardería ABC en Hermosillo, Sonora. Es importante aclarar que el acto reclamado en el juicio de amparo es la resolución por la que se determinaron las medidas de reparación integral del daño que la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas otorgó por las violaciones graves de derechos humanos cometidas por la autoridad del orden federal en agravio directo de una menor de edad como consecuencia del incendio (amparo en revisión 1133/2019, p. 1). En dicho caso, la guardería privada operaba con el modelo de subrogación y, por tanto, los afectados fueron en su mayoría hijos de derechohabientes del IMSS que se encontraban ahí al momento del lamentable accidente (Centro Nacional de Prevención de Desastres, 2020). Con este antecedente, la Sala se planteó resolver si dentro de los conceptos de la compensación por lucro cesante, pérdida de oportunidades y gastos comprobables de transporte, alojamiento y alimentos, derivados de una violación grave de derechos humanos, se contempla la posibilidad de conceder daños punitivos (amparo en revisión 1133/2019, p. 110).

Vale la pena tener presente que, en palabras de la Primera Sala, la Ley General de Víctimas busca la expedición de programas de asistencia a las víctimas con la finalidad de compensar económicamente las pérdidas producidas por la victimización, los gastos médicos, la incapacidad para trabajar, ayudar a los dependientes de víctimas fallecidas y compensar el

sufrimiento. En ese sentido, la compensación es un derecho de la víctima de tipo económico que intentará reparar el daño sufrido, tanto en su vertiente material como moral, debiendo ser integral, inmediata y absoluta, expedita, justa, apropiada y proporcional por parte del Estado (amparo en revisión 1133/2019, p. 73). La compensación busca, por tanto, posibilitar el goce efectivo de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y garantías de no repetición, así como los derechos de ayuda, atención y asistencia de las víctimas (amparo en revisión 1133/2019, p. 74). Al respecto, la Primera Sala expresó, citando el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina* en su sentencia del 27 de agosto de 1998 (Reparaciones y Costas) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la compensación comprende los daños tanto materiales como inmateriales y que tienen un carácter compensatorio y no sancionatorio, lo que quiere decir que tanto su naturaleza como la cuantificación de su monto dependen del daño ocasionado, sin que pueda por ello significar el enriquecimiento o empobrecimiento de las víctimas o de sus sucesores; de ahí su determinación de desestimar todas aquellas pretensiones de indemnizaciones que puedan resultar ejemplarizantes o disuasivas (amparo en revisión 1133/2019, p. 78).

Al respecto, la Primera Sala cuestionó si los daños punitivos podían ser una medida complementaria en los términos recién expuestos. Para responder esta pregunta, la Primera Sala definió los daños punitivos tomando algunos elementos de las sentencias en los casos *Mayan Palace* y *Albergue-varicela* que ya fueron expuestos, reconociendo nuevamente el papel que el desarrollo interamericano del concepto de justa indemnización y reparación integral del daño tuvo en la incorporación de esta figura jurídica en el derecho mexicano (amparo en revisión 1133/2019, p. 111-114). Posteriormente, reiteró su inaplicabilidad para los casos en los que la parte demandada es el Estado (amparo en revisión 1133/2019, p. 114-116). Hecho lo anterior, la Primera Sala consideró que los daños punitivos no constituyen un concepto de compensación como parte complementaria de la reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos, puesto que se trata de una figura de derecho privado

cuyo resultado es condenar a un particular que ha incurrido en un hecho ilícito, mientras que la reparación integral y sus medidas complementarias tienen por finalidad la redignificación de las víctimas de un hecho ilícito cometido por el Estado (amparo en revisión 1133/2019, p. 116). En un segundo punto, el cual es retomado en la sección siguiente de esta contribución, la Primera Sala sostuvo que la finalidad de los daños punitivos es el castigo y la prevención de aquellas conductas que, en términos de un análisis estrictamente axiológico o valorativo, merezcan un muy alto grado de reprochabilidad por parte de la sociedad, mientras que una de las características más importantes de la reparación integral y sus medidas complementarias es que ésta no puede tener un carácter sancionatorio, pues busca evitar que su entrega pueda representar el enriquecimiento de las víctimas o sus sucesores, desestimando por la misma causa también todas aquellas pretensiones de indemnizaciones que puedan resultar ejemplarizantes o disuasivas; en términos del amparo 50/2015 en el caso *Albergue-varicela*, para el tema de la prevención de ilícitos futuros existen las medidas de no repetición (amparo en revisión 1133/2019, p. 117). Finalmente, la Corte señaló que los daños punitivos no tienen un propósito resarcitorio, sino estrictamente sancionatorio, mientras que la reparación integral sí tiene un propósito resarcitorio, pues no busca la satisfacción de la sed de justicia de las víctimas de un ilícito, sino auténticas redignificación y rehabilitación humanas, priorizando en ese sentido la aplicación de medidas tendentes a devolverles su situación previa a la violación de sus derechos humanos (amparo en revisión 1133/2019, p. 117-118).

El caso *Guardería 1133* merece los siguientes comentarios. A primera vista parece una mera reiteración de los criterios anteriores de ambas Salas, en el sentido de excluir la figura de los daños punitivos cuando el sujeto pasivo de la relación procesal es el Estado; sin embargo, esta resolución, quizá como resultado de la nueva integración de la Primera Sala, emite algunos pronunciamientos que se apartan de la noción que originalmente tuvo la SCJN al incorporar este tipo de indemnización en el sistema jurídico mexicano. El primer punto de debate es la distinción de

los daños punitivos como una figura meramente de derecho civil, frente a una cuestión de derecho público como lo son las violaciones de derechos humanos; en el caso *Mayan Palace* precisamente la multilateralidad de los derechos humanos validó la incorporación de conceptos de reparación integral y justa indemnización en una controversia entre particulares, y a su vez la noción de justo castigo y disuasión en el ámbito de la indemnización por daño moral. Ello refleja una concepción distinta de la figura, pues si bien se asume como cierta su posibilidad en el derecho civil mexicano, también desconoce los orígenes como un aspecto derivado de la horizontalidad en la aplicación de conceptos normalmente empleados en la reparación de violaciones a derechos fundamentales.

También puede destacarse el hecho de que la Primera Sala afirmó que, según la Corte Interamericana, los conceptos de reparación integral y justa indemnización no tienen nunca como objetivo la disuasión y la sanción. Recordemos que fue precisamente a partir de estos principios y su desarrollo en la jurisprudencia interamericana que se determinó la posibilidad de incorporar estas finalidades en la reparación del daño entre particulares en el caso *Mayan Palace*. No olvidemos que en el amparo directo 30/2013 la Sala determinó que en estos conceptos tenían implícita la idea de la punición y la disuasión. Así lo confirmó también la Primera Sala aún en su conformación anterior al resolver el caso del *Albergue-varicela*.

También resulta sorprendente que la Primera Sala en el caso *Guardería 1133* haya abordado los daños punitivos de la mano de las consecuencias patrimoniales de la reparación integral del daño en la casuística ya conocida, cuando todo el desarrollo previo formaba parte de las consecuencias no patrimoniales del daño moral, o al menos así se percibió de la lógica de la sentencia en el amparo directo 30/2013.<sup>20</sup> En otras palabras, esta sentencia no sólo excluye los daños punitivos por tener el

---

<sup>20</sup> Véase de manera general Muñoz y Vázquez (2019).

Estado el carácter de sujeto pasivo en la disputa, sino que se realiza la exclusión a partir de un análisis profundo de la figura de la reparación integral. Por tanto, resulta confuso que sean los mismos argumentos que se utilizaron para incorporar los daños punitivos en un primer momento los que ahora se utilizan en sentido contrario para señalar que no resultan aplicables como parte del concepto de reparación integral y sus medidas complementarias.

Nos gustaría concluir esta sección señalando el interés que ha surgido en la práctica pública y privada por el derecho a la reparación del daño tanto en sede civil como administrativa y, en específico, sobre aplicabilidad de los daños punitivos en uno y otro caso. Se trata de un área del derecho que está ante un verdadero renacimiento y continuo desarrollo, lo que sin duda traerá varios cambios y con suerte irá clarificando lo que debemos entender por justa indemnización, reparación integral y la aplicación de estos conceptos en conflictos entre particulares, y entre el Estado y los particulares, como principios orientadores al momento de determinar las medidas para reparar el daño, los tipos de indemnización y los montos de las indemnizaciones. Por ahora, adentrémonos en la última parte de esta contribución, en la que proponemos plasmar con claridad los elementos que el juzgador debe considerar para el otorgamiento de los daños punitivos, su umbral y un método para su cuantificación.

#### **D. Elementos para su otorgamiento, el umbral y el método de cuantificación del daño moral-punitivo**

En otra obra, nos dimos a la tarea de resolver la pregunta de qué tan eficaz sería el trasplante de los daños punitivos angloamericanos al sistema legal mexicano.<sup>21</sup> Al respecto, indicamos que la posibilidad de éxito de un trasplante legal aumenta si las estructuras sociopolíticas del

---

<sup>21</sup> Véase de manera general Muñoz y Vázquez (2019).

Estado donante y del sistema anfitrión son compatibles (Kahn, 1974, p. 27). Concluimos que el trasplante de los daños punitivos en México no tendrá éxito a menos que la SCJN continúe desarrollando la teoría de los daños punitivos con el firme respaldo de los tribunales de menor jerarquía y sus propias salas.

También auguramos que el trasplante de los daños punitivos puede resultar exitoso en México, puesto que existe una demanda social de elevar los estándares de seguridad en trabajos, bienes, servicios y actividades cotidianas con normas que incentiven a los ciudadanos a activar los mecanismos de justicia, y disuadir a quienes usualmente cometen daños sin ser detectados en México.<sup>22</sup> No existen en este país normas legisladas de derecho privado que puedan utilizarse para satisfacer esta demanda. El caso *Mayan Palace* y los desarrollos subsecuentes, constituyen en sí mismos incentivos para presentar demandas bajo nuevos esquemas de responsabilidad; un sistema con el que los jueces deberán familiarizarse.

Dicho lo anterior, identificamos algunos desajustes entre las condiciones preexistentes y las instituciones legales de México que pueden debilitar la demanda y efectividad de los daños punitivos en este país, generando el llamado "efecto trasplante".<sup>23</sup>

El primer tipo de desajuste es de carácter procesal; la ausencia de la etapa de *discovery*, consistente en la entrega de evidencia en poder de la otra parte, previo a la audiencia, es primordial en la recopilación de pruebas para cumplir con el estándar requerido para otorgar daños punitivos en Estados Unidos.<sup>24</sup> En ese país no se otorgarán daños punitivos a menos que exista evidencia de que el responsable violó con dolo, negligencia grave o malicia los derechos de la víctima conforme al derecho de

---

<sup>22</sup> Véase de manera general Muñoz y Vázquez (2019).

<sup>23</sup> Al respecto del "efecto trasplante" que se traduce en la ineficacia de la institución legal adoptada véase Berkowitz (2003, p. 171).

<sup>24</sup> Véase, en general, Larson y Wattson (1985).



*torts*.<sup>25</sup> Dicho estándar proviene de precedentes judiciales y ha sido incorporado, aunque con una redacción diferente, en algunos códigos de los estados de la Unión Americana, conforme a los cuales los daños punitivos sólo se otorgarán "cuando se demuestre con pruebas claras y convincentes que el acusado ha sido culpable de opresión, fraude, o malicia".<sup>26</sup> En ese sentido, los abogados de la víctima necesitan y utilizan el *discovery* para obtener la evidencia en poder del demandado, que es necesaria para alcanzar dicho estándar de prueba. El *discovery* no existe en la legislación procesal mexicana (Zamora et al., 2004, p. 330). En México, un juez sólo ordenará la presentación de pruebas en posesión de la otra parte si es materialmente relevante para el caso y si la parte solicitante identifica con precisión la prueba en cuestión, por lo que será difícil para las víctimas probar el umbral de negligencia o ilicitud requerido.<sup>27</sup>

Otro tema del derecho procesal relevante es la ausencia del jurado en el procedimiento civil mexicano, el cual también podría causar una menor efectividad de los daños punitivos en México (Zamora et al., 2004, p. 321). En Estados Unidos, la víctima tiene el derecho constitucional, de acuerdo con la Séptima Enmienda, a ser juzgada por un jurado, en lugar de un juez, el cual evaluará el valor de la evidencia presentada por las partes durante el juicio. El jurado juega un papel importante en los casos de responsabilidad civil extracontractual (Eisenberg y Heise, 2011, pp. 345-346), pues es el ente que decide la cantidad de compensación y de daños punitivos para las víctimas. Los estudios estadísticos demuestran que la mayor incidencia de casos en los que existe condena en daños punitivos y mayor monto es en aquellos que fueron decididos por un jurado (Eisenberg y Heise, 2011, pp. 345-346). También existe la percepción subjetiva de que es más probable que un jurado condene al

---

<sup>25</sup> Véase Larson y Wattson (1985, p. 399).

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo, Sec. del Código Civil de California. 3294 (a) e Instrucciones para el jurado civil de California 3948. Daños punitivos-Demandados individuales y corporativos (Responsabilidad corporativa basada en actos de individuos con nombre)-Ensayo bifurcado (primera fase). Otras instrucciones de las leyes estatales son similares, véase Sunstein et al. (2002a; 2002b, pp. 12-13).

<sup>27</sup> Véase, más adelante, la sección "II. Umbral requerido de los elementos del daño moral-punitivo".

pago de daños punitivos y determine montos elevados (Eisenberg y Heise, 2011, pp. 345-346; Hironari, 2017, p. 383). Los jueces, a diferencia de los jurados, tienen intereses profesionales y una fuerte carga en su reputación que los lleva a evitar resoluciones de daños punitivos que puedan ser revocadas por el tribunal de alzada (Eisenberg y Heise, 2011, p. 328). En México, un juez (y no un jurado) decidirá condenar al pago de daños punitivos. Esta diferencia puede constituir un límite al número y a la suma de daños punitivos otorgados en el contexto mexicano, afectando su función disuasoria (Zamora et al., 2004, p. 322).<sup>28</sup>

El segundo tipo de desajuste es de carácter dogmático. La tradición legal de *common law* considera los daños punitivos como un tipo de daño que no tiene naturaleza compensatoria (*Exxon Shipping Co. v. Baker*, pp. 2620-21, n. 8). Como se comentó, su función principal es castigar al autor del daño por una conducta negligente grave e indignante, y disuadir a él y los demás de conductas similares en el futuro (*Whiten v. Pilot Ins. Co.*; *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*). Por otro lado, la SCJN ha concebido los daños punitivos como parte de los daños morales. Al menos en los casos *Mayan Palace* y *Albergue-varicela* (amparos directos 30/2013 y 50/2015), la Primera Sala interpretó que el daño moral engloba a los daños punitivos con miras a remediar sus consecuencias no patrimoniales.

Con independencia de tal diferenciación dogmática, la pregunta relevante es si los daños punitivos, "al estilo mexicano", constituirán una institución legal tan eficaz como los daños punitivos en Estados Unidos. Esto dependerá de qué tanto su condena y cuantía consigan el castigo y la disuasión que persiguen. La naturaleza de los daños punitivos estadounidenses, que coincide con su función, es el primer parámetro para calcular una cantidad de indemnización que crea mejores incentivos

---

<sup>28</sup> Establece que la falta del sistema de jurados y las limitantes a montos grandes en la indemnización de daños ayuda a explicar el rezago legislativo en materia de responsabilidad civil en México.

para evitar conductas de negligencia grave, altamente ilegales o dolosas. Por otro lado, los daños punitivos mexicanos no serán eficaces a menos que se establezcan parámetros claros para su otorgamiento y cuantificación con el mismo fin.

En los amparos directos 30/2013 y 50/2015, la SCJN no estableció con certeza el grado de conducta que justificaría la concesión de los daños punitivos. El caso *Mayan Palace* señala que la conducta del agresor fue "grave" y, por lo tanto, el "grado de responsabilidad fue alto" (amparo directo 30/2013, p. 166). También señaló que las actividades del agresor deben tener una "alta relevancia social" (amparo directo 30/2013, p. 177); sin embargo, la SCJN no explicó qué elementos establecían un "alto grado de responsabilidad" ni su relación con la "alta relevancia social" en un mismo caso.

Los jueces y magistrados de menor jerarquía y la comunidad legal mexicana en general apreciarían la emisión de criterios para implementar la institución de daños punitivos en el país. Se necesita una explicación más clara y precisa de los parámetros para otorgar daños punitivos y su cuantía. En cambio, la SCJN fue ambigua y se basó en ideas no relacionadas con el concepto originario del daño punitivo, como lo es el derecho de las víctimas a una justa indemnización y la finalidad de enviar un mensaje de desaprobación a la violación de los derechos humanos y el compromiso de que no volverá a suceder (amparo directo 30/2013, p. 124, n. p. 121).<sup>29</sup> Esto último, por ejemplo, contradice el criterio reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el sentido de que el jurado ya no puede buscar la disuasión del demandado teniendo como base el daño al interés público al calcular el monto de la condena al pago de daños punitivos, dado que el jurado debe basar su veredicto únicamente en las circunstancias específicas del caso en concreto y no en alguna idea relacionada con cubrir alguna necesidad pública (Philip

---

<sup>29</sup> En cita, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cantoral Benavides v. Perú*, para. 53

Morris USA v. Williams, pp. 354-355). La SCJN debió ser clara en cuanto a los elementos a considerar para el otorgamiento de los daños punitivos, el umbral que debe alcanzarse en cada uno de ellos, así como acerca del método para calcular su cuantía. A continuación, proponemos algunas directrices para llenar tales lagunas.

## **I. Elementos para el otorgamiento del daño moral-punitivo**

El artículo 1916 del Código Civil Federal es el punto de partida para el otorgamiento del daño moral. Dado que el daño punitivo mexicano es una vertiente del daño moral, la consideración de esta disposición, en conjunto con la jurisprudencia sobre el tema, es obligada para establecer los elementos de otorgamiento. El párrafo segundo de dicha disposición señala que el responsable del daño moral deberá repararlo mediante una indemnización en dinero. La existencia del daño representa uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. Por esta razón, cuando la víctima sea afectada en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, o cuando se le vulnere o menoscabe ilegítimamente su libertad o integridad física o psíquica, existirá daño moral (CCF, artículo 1916, párrafo 1).

De esa manera, los primeros párrafos del artículo 1916 engloban dos elementos primigenios para el otorgamiento del daño punitivo mexicano: 1) el tipo de interés lesionado y 2) la existencia del daño. Respecto del primer elemento, el tipo de interés lesionado para la víctima, se debe acreditar la afectación a los sentimientos, a la integridad psíquica, a la salud, a la vida u otros derechos inmateriales. Lo anterior puede presumirse en muchos casos, por ejemplo, derivado de la frustración de verse engañado, agredido, menospreciado, vejado públicamente, abandonado en situaciones en las que existe un deber de diligencia o de rescatar y cuidado por parte del demandado hacia la víctima, sin embargo, tal lesión a los sentimientos u otros bienes espirituales, que sucede cuando se incide negativamente en el equilibrio afectivo de una persona, puede

también demostrarse a partir de periciales en psicología o a partir de otros métodos de la ciencia psiquiátrica o médica (amparo directo 30/2013, p. 114).

Por lo que hace al segundo elemento, la existencia del daño, deberá demostrarse que existió una modificación disvaliosa del espíritu de la víctima, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y una repercusión que tal minoración afecta el modo de estar, de sentirse y vivir (amparo directo 30/2013, pp. 96 y 114). La pérdida súbita de familiares, de la salud, de la integridad física o mental, del patrimonio en determinadas circunstancias, etcétera, podrá provocar un daño en los afectos y sentimientos de la víctima. Tal daño moral puede en muchas ocasiones resultar presumible y lo que debe probarse en todo caso, es su nivel o grado de afectación para alcanzar una indemnización punitiva.<sup>30</sup>

Estos dos elementos suponen la existencia de un tercero: el deber del responsable de actuar con un determinado estándar de diligencia y en cumplimiento de la normativa específica hacia la víctima. En otras palabras, debe existir responsabilidad por los hechos imputados, pero a la vez el demandado debe estar sujeto al estándar de diligencia o a las leyes cuyo incumplimiento es alegado *frente a* la víctima. El artículo 1910 del CCF es el punto de partida para establecer la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, la autoría de conductas ilegales (conforme a las leyes que les son aplicables) o conforme a las buenas costumbres (nivel de negligencia específica) es relevante para establecer este elemento. El nivel de conducta diligente o la normativa concreta aplicable depende de la posición u actividad desarrollada por el demandado, de lo establecido por la jurisprudencia o la ley aplicable al sujeto en cuestión. El deber de actuar conforme a un grado de conducta ordinario, elevado o disminuido frente a la víctima también está determinado por la jurisprudencia o la normativa aplicable.

---

<sup>30</sup> Véase, más adelante, "II Umbral requerido de los elementos del daño moral-punitivo".

## **II. Umbral requerido de los elementos del daño moral-punitivo**

Una vez expuestos los elementos que deberán considerarse para la determinación del daño moral en general, es necesario definir el umbral que debe alcanzarse para decidir el otorgamiento de este daño en su faceta punitiva. En efecto, si bien la existencia de un daño a derechos determinados por el primer párrafo del artículo 1916 del CCF merecen una indemnización moral, al actualizarse los elementos antes referidos, la acción de daño punitivo debe probar que un incumplimiento gravísimo de la norma o del deber de actuar con diligencia amerita la indemnización punitiva de la víctima.

En relación con el primer elemento, el tipo de derecho lesionado para la víctima, debe ser "elevado" (amparo directo 30/2013, p. 115). La vida, la integridad psíquica y física, la libertad, el patrimonio, la salud, el honor, la reputación, la privacidad u otros derechos fundamentales merecen un nivel de protección elevado en el mayor de los casos y, por lo tanto, su afectación dará lugar a una indemnización moral-punitiva. Por otro lado, la afectación a estos derechos derivada de una relación conyugal tienen un nivel elevado; también la protección del patrimonio en los contratos entre particulares; sin embargo, difícilmente el tercer elemento mencionado (grado de responsabilidad) podrá configurarse en el umbral requerido para este tipo de relaciones.

Respecto del elemento de daño, éste debe ser de normal a grave (amparo directo 30/2013, p. 115). La pérdida de un familiar, de la vida o de las facultades mentales o psicomotrices de la víctima alcanzan el máximo estándar; sin embargo, la víctima podría sufrir afectaciones de nivel medio, o sea normal, como traumatismos físicos o psicológicos, derivados de una conducta sancionable y sistemática del responsable que también ameriten el otorgamiento del daño punitivo.

En lo que concierne al tercer elemento, la responsabilidad del demandado, deberá probarse una conducta negligente grave o actuar ilícito grave. En los casos *Mayan Palace* y *Albergue-varicela* (amparos directos 30/2013 y 50/2015), la SCJN no estableció con claridad el umbral de conducta que justificaría la concesión de los daños punitivos; sin embargo, en el caso *Guardería 113* (amparo en revisión 1133/2019) sostuvo, *obiter dicta*, que la finalidad de los daños punitivos es el castigo y la prevención de aquellas conductas que, en términos de un análisis estrictamente axiológico o valorativo, merezcan un muy alto grado de reprochabilidad por parte de la sociedad (amparo en revisión 1133/2019, p. 117). En otras palabras, la Corte parece respaldar el requisito de grado de incumplimiento conforme al estándar establecido en el derecho anglosajón, en el que los daños punitivos se otorgan cuando el demandado daña al actor de manera intencional o maliciosa o cuando la conducta del demandado refleja consciencia de daño, opresión o desinterés con negligencia grave de los derechos e intereses de la víctima (Owen, 1994, pp. 250-252); *Smith v. Wade*, p. 461; Markel, 2009); *Exxon Shipping Co. v. Baker*).

En efecto, algunas de las disposiciones legales sobre daños punitivos en Estados Unidos establecen el estándar de conducta del causante, señalando que no se autorizan daños punitivos a menos que la conducta del acusado implique "despreocupación imprudente",<sup>31</sup> cuando se trate de acciones por muerte o cuando el demandado actuó deliberada o conscientemente por medio de fraude, opresión o malicia sobre la víctima.<sup>32</sup> En el Reino Unido, por ejemplo, los daños punitivos se limitan a tres escenarios: 1) abusos de poder cometidos por funcionarios del gobierno que infringen los derechos de las personas; 2) lesiones causadas por demandados que buscaban ganancias en exceso del daño causado y 3) la autorización expresa de ley.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Véase *Oklahoma Statutes*, Tit. 23, § 9.1.

<sup>32</sup> Véase *Alabama Code* 1975 § 6-11-20.

<sup>33</sup> Véase *Rookes v. Barnard*, [1964] 1 All E.R. 367, 410-11 (H. L.).

Este alto umbral de incumplimiento refleja casos muy particulares en los que existió la intención o consciencia del daño e incluso una conducta criminal en la cual la sanción penal fue insuficiente; sin embargo, también podrían existir condenas de daños punitivos en casos de conductas negligentes graves o intencionadas, con independencia de que se trate de responsabilidad civil extracontractual objetiva (CCF, artículo 1913 ) o subjetiva (CCF, artículo 1910), cuando la obtención de lucro o deseo de éxito con cierto producto, servicio o conducta sea gravemente omisa o despreocupada de la seguridad, la integridad física, la salud mental o el patrimonio de los ciudadanos.

El actuar del responsable luego del daño debe igualmente evaluarse a efectos de determinar su grado de responsabilidad. Algunos demandados podrán estar conscientes del actual o potencial daño causado por sus conductas, servicios o productos y aun así elegir no prevenirlos o no modificar su forma de conducirse. Este hecho puede coadyuvar en la determinación de la negligencia grave o ilegalidad consciente requeridas para el otorgamiento del daño moral-punitivo. También debe considerarse la atención brindada por el responsable a la víctima luego de ocurrido el daño. Los sentimientos de angustia de las víctimas o sus familiares, que se ven agravados por las circunstancias en que ocurre un daño, y el trato negligente o desdén mostrado por el responsable ante la afectación de la víctima develan un grado de conducta meritoria de una sanción disuasiva; el demandado debe brindar un trato digno a la víctima luego de ocurrido el hecho generador del daño.

### **III. Método para determinar el *quantum***

El párrafo cuarto del artículo 1916 del Código Civil Federal establece los parámetros para la cuantificación del daño moral. La disposición señala: "El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación



económica del responsable, y la de la víctima,<sup>34</sup> así como las demás circunstancias del caso".

El caso *Mayan Palace* añadió un elemento específico para la cuantificación del daño punitivo: la relevancia social de la actividad que origina el daño (amparo directo 30/2013, p. 177). Podríamos decir que este elemento, no incluido textualmente en el artículo 1916 del CCF, deriva de las "demás circunstancias del caso" que el juzgador puede tomar en cuenta según el texto de la misma disposición. A continuación, abordaremos estos elementos con miras a establecer un método objetivo para determinar la cuantía del daño punitivo en México, pero antes quisiéramos recordar que los daños punitivos sólo pueden formar parte de las consecuencias no patrimoniales del daño moral, pues las consecuencias del daño moral patrimoniales no se ven afectadas por los elementos cualitativos. Como sabemos, los daños patrimoniales (personales o materiales) y también los morales en su consecuencia patrimonial se determinan de forma concreta, a partir de la prueba de los gastos razonables devengados y por devengar de la víctima consecuencia de la afectación moral, así como el lucro cesante.<sup>35</sup>

Ahora bien, dentro de la discrecionalidad del juzgador para determinar el monto de la indemnización moral-punitiva a una víctima, debe considerarse que, en palabras de la SCJN, este tipo de indemnización busca sancionar y disuadir al demandado, pues "[a]l reprocharse severamente su negligencia, *se persigue un fin social y se colocan incentivos tendentes a proteger los derechos e intereses de todos*" (amparo directo 30/2013, p. 115) (énfasis añadido). Por lo tanto, "el monto de la indemnización que se fije como compensación por el daño sufrido por la víctima debe ser suficiente *para resarcir dicho daño y reprochar la indebida conducta del responsable*" (amparo directo 30/2013, p. 91) (énfasis añadido).

---

<sup>34</sup> El elemento "situación económica de la víctima" fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 26 febrero de 2014 en el amparo directo 30/2013.

<sup>35</sup> Véase la sección "II. Desde el punto de vista de la indemnización".

Con ello en mente, ahora abordaremos el primer elemento para la cuantificación.

## 1. Los derechos lesionados

Artículo 1916 del Código Civil Federal: "[...] El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados [...]."

En la subsección anterior dijimos que sólo aquellas conductas que afecten intereses o derechos "elevados", como los sentimientos, la integridad psíquica y física, el patrimonio, el honor, la reputación, la salud, la vida u otros derechos fundamentales elevados susceptibles de protección jurídica, podrán ser indemnizados con daños punitivos. La pregunta de cómo este elemento impacta también la cuantía del daño debe resolverla el juez evaluando el caso concreto. Por ejemplo, el monto indemnizatorio puede aumentar si se trata de la pérdida de la vida, de la conciencia, de la psicomotricidad, de la libertad, mientras que podría disminuir si se trata de afectaciones temporales de salud física o mental o de enfermedades curables, el honor o la reputación. Todos estos derechos o intereses afectados tienen un nivel elevado; sin embargo, si fuésemos llamados a calificar el tipo de interés elevado en dos subcategorías podríamos decir, por ejemplo, que la vida, la autonomía física y psicológica y la libertad son intereses o derechos de nivel elevado significativo que deben ser representados con el valor 2. Por otro lado, otros derechos o intereses de nivel elevado importante como la salud promedio, la afectación importante de la vida privada, de la reputación y del decoro, el honor o el patrimonio pueden ser representados con el valor 1.

**Cuadro 1. Grado de afectación al derecho lesionado**

DERECHO O INTERÉS LESIONADO	LA VIDA, LA AUTONOMÍA FÍSICA Y PSICOLÓGICA Y LA LIBERTAD	LA SALUD PROMEDIO, LA VIDA PRIVADA, EL DECORO, LA REPUTACIÓN, EL HONOR O EL PATRIMONIO
<b>Nivel</b>	Elevado significativo	Elevado importante
<b>Valor</b>	2	1

Fuente: elaboración propia.

## 2. El grado de responsabilidad

Artículo 1916 del Código Civil Federal: "[...] El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta [...] el grado de responsabilidad [...]."

En cuanto al grado de responsabilidad, en la sección anterior señalamos que el otorgamiento de los daños punitivos requiere una conducta negligente grave o la comisión de un ilícito grave del demandado. Conceptos como culpa grave o falta grave deben considerarse sinónimos de estos elementos. El criterio decisivo a partir del cual se determinará la cuantía de los daños punitivos es la gravedad de la negligencia o el ilícito. Podríamos determinar que la existencia de un grado significativo de negligencia grave o ilícito grave tiene un valor de 2. Por otro lado, un grado importante de negligencia grave o falta grave podría adquirir un valor de 1.

Para determinar en qué grado de negligencia grave o ilícito grave podría caer un caso particular, es necesario considerar tanto su elemento objetivo como su elemento subjetivo. El primero describe qué nivel de diligencia o cumplimiento se podría haber esperado de una persona tercero razonable en la situación del demandado; el elemento subjetivo describe lo que podría haberse esperado de ese demandado en particular, a la luz de sus capacidades personales, recursos económicos y humanos. El ele-

mento objetivo debe ser el más importante para determinar cuál de los dos grados relevantes de culpabilidad tiene un demandado. El elemento subjetivo se puede utilizar para mover al demandado del valor 1 al 2 de negligencia grave o ilicitud grave, pero ésa sería la excepción a la regla. También se debe considerar la duración de la conducta reprochada, la conciencia de sus implicaciones, su ocultamiento, su frecuencia o antecedentes, existencia de ganancias económicas indebidas (rentabilidad) derivadas de la conducta dañosa.

**Cuadro 2. Grado de responsabilidad del demandado**

NEGLIGENCIA GRAVE O ILÍCITO GRAVE	CASO CONCRETO CONFORME A ELEMENTOS OBJETIVO O SUBJETIVO QUE DETERMINAN LO ESPERADO DE UNA PERSONA RAZONABLE Y, EXCEPCIONALMENTE, DEL SUJETO EN CUESTIÓN	
Grado	Significativo	Importante
Valor	2	1

Fuente: elaboración propia.

### 3. Situación económica del responsable

Artículo 1916 del CCF: "[...] El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta [...] la situación económica del responsable [...]."

La situación económica del responsable también es un elemento que deberá considerarse en la determinación del monto punitivo. La capacidad económica alta de un demandado no es en sí un elemento para decidir el otorgamiento de daños punitivos. No se requiere una solvencia económica determinada del responsable para que una víctima sea acreedora a este tipo de indemnización. La capacidad económica es un elemento que considera el juez solamente para obtener la cantidad de daños que resulte en la disuasión efectiva del demandado una vez reconocido el derecho de la víctima al resarcimiento del daño moral-punitivo. Para determinar la capacidad económica de una empresa pueden

considerarse el capital social y contable, sus estados financieros, sus ganancias o utilidades dentro del marco de las actividades que dan lugar al daño o relacionadas, sus utilidades públicas, su estructura societaria, incluida la capacidad económica de cualquier empresa del grupo o franquicia, etcétera. La capacidad económica de una empresa o persona podría calificarse como alta, media o baja. Una persona física o jurídica que tiene más pasivos que activos, con acreedores prioritarios, sin disponer además de efectivo en lo inmediato, es decir, liquidez, tendrá una capacidad baja que puede representarse con un valor de 0. La persona física o jurídica que tiene más activos que pasivos, que además goza de una liquidez que le permite operar en el curso normal de sus negocios, reportando utilidades o ingresos netos promedio para el tipo de industria o actividad realizada, tendrá una capacidad económica media, la cual puede representarse con un valor de 1. Finalmente, una persona física o jurídica con activos que exceden a sus pasivos, que además goza de una liquidez que le permite operar en el curso normal y cuyas utilidades exceden el promedio del tipo de negocio o ingresos netos del tipo de actividad realizada, tendrá una capacidad económica alta, la cual puede representarse con un valor de 2.

**Cuadro 3. Situación económica del responsable**

CAPACIDAD ECONÓMICA	ACTIVOS > PASIVOS	ACTIVOS > PASIVOS	ACTIVOS < PASIVOS
	LIQUIDEZ SUFICIENTE	LIQUIDEZ SUFICIENTE	SIN LIQUIDEZ
	UTILIDADES SOBRE EL PROMEDIO	UTILIDADES O INGRESOS PROMEDIO	NI UTILIDADES
Nivel	Alta	Media	Baja
Valor	2	1	0

Fuente: elaboración propia.

#### 4. Las demás circunstancias (relevancia social de la actividad)

Artículo 1916 del CCF: "[...] El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta [...] las demás circunstancias del caso."

Finalmente, debe añadirse la relevancia social de su actividad, como parte de las "demás circunstancias de caso" señaladas por la SCJN en el caso *Mayan Palace* (amparo directo 30/2013, p. 177). La medida en la que el comportamiento diligente, legal y apropiado del responsable en su relación jurídica con la víctima y otros en su misma posición sea de una importancia social elevada en cierta actividad afectará el *quantum* de la indemnización punitiva. En este sentido, las actividades desarrolladas por el demandado deben evaluarse a la luz de su valor social y los efectos perniciosos que la conducta negligente o ilegal pueden provocar. La confianza legítima puesta por la víctima en su seguridad y los cuidados requeridos para la actividad en cuestión, que eventualmente genera el daño, es relevante. El ejercicio de actividades consagradas, por ejemplo, a la salud, la seguridad, la educación, el transporte de personas, el hospedaje, la administración del patrimonio, la venta de productos básicos o medicamentos, etcétera, tienen una alta relevancia social y, por lo tanto, proponemos asignarles el valor de 3. Otras actividades como la recreación, la organización de eventos deportivos o culturales, el comercio al público, los restaurantes o centros gastronómicos tiene una relevancia social importante, a las cuales podríamos asignar el valor de 2. Finalmente, los negocios o actividades de menor relevancia social como el comercio de artículos de lujo, las actividades recreativas en las que el participante asume o conoce un riesgo alto de daño, etcétera, tendrán un valor de 1.

**Cuadro 4. Otras circunstancias**

<b>Relevancia social</b>	Salud, seguridad, educación, transporte de personas, hospedaje, administración del patrimonio, venta de productos básicos o medicamentos	Organización de eventos deportivos o culturales, comercio minorista, restaurantes o centros gastronómicos, etcétera	Comercio de artículos de lujo, actividades recreativas en las que el participante asume o conoce el riesgo alto de daño ocurrido
<b>Nivel</b>	Alta	Importante	Menor
<b>Valor</b>	3	2	1

Fuente: elaboración propia.

**5. La fórmula**

Con base en los elementos anteriores, el monto de la indemnización deberá alcanzar la medida necesaria para establecer un reproche claro a la negligencia o conducta dañosa del responsable, y con ello conseguir la persecución de un fin social de gran importancia y la colocación de incentivos tendientes a proteger los derechos de todas las personas. El propósito de desincentivar el tipo de conductas en grados de negligencia grave o ilicitud grave específicos, en actividades de alta relevancia social, y la situación económica del responsable en cualquiera de sus niveles, deben ser los factores determinantes para establecer el monto de los daños punitivos y éstos se encuentran estrechamente vinculados. La Corte consideró que "[s]i bien tales modalizadores [sic] no pueden traducirse en sumas de dinero específicas, sí pueden ayudar a discernir con mayor

objetividad el grado de daño sufrido, así como su justa retribución" (amparo directo 30/2013, p. 113). Estos elementos tienen carácter objetivo y atienden el efecto *inhibidor* que se espera de los "daños punitivos". Con ellos, se puede justificar por qué una cantidad específica de daños punitivos consigue los objetivos buscados.

Los moduladores del *quantum* anteriores se interrelacionan y podrían ser utilizados de la siguiente forma:

Primero, habría que determinar las consecuencias patrimoniales del daño representadas con las siglas *GP*, por ejemplo, gastos patrimoniales: las cuales incluyen los daños patrimoniales y los daños morales con sus consecuencias patrimoniales. Este rubro atañe, por supuesto, los daños patrimoniales materiales o personales, pero también las consecuencias económicas del daño moral de demostración y cuantificación concreta, como los gastos efectuados al momento de dictarse sentencia y los gastos futuros derivados del daño moral relacionados a cualquier intervención o tratamiento psicológico y psiquiátrico que podrían ser incurridos por la víctima, así como los perjuicios. También debe incluirse en el concepto de *GP* cualquier merma de ingresos derivada de la afectación espiritual de la víctima, verbigracia, los días dejados de laborar como consecuencia de la depresión psicológica (amparo directo 30/2013, p. 115). Por ejemplo, podría establecerse en el juicio que el demandado es responsable de 1 millón de pesos por daños patrimoniales (podría tratarse de daños personales o materiales) y 1 millón de pesos por daños morales con consecuencias patrimoniales relacionadas a tratamientos psicológicos, salarios no percibidos, etcétera, y perjuicios, sumando un total de  $GP=2,000,000$  MXN.

Segundo, el juzgador deberá dar un valor a los moduladores arriba expuestos conforme al caso concreto.

Derechos lesionados (*DL*)

Grado de responsabilidad (*GR*)



Situación económica (*SE*)

Relevancia social de la actividad (*RS*)

Con estos elementos concretos, podemos proponer la siguiente fórmula:

$$DL+GR+SE+RS \times GP = \text{Daños punitivos (DP)}$$

Por ejemplo, el juzgador pudiera determinar que en un caso particular los derechos lesionados fueron de nivel significativo elevado, por tratarse de la pérdida de psicomotricidad cuasitotal de la víctima, al cual otorga un tipo de *DL* con valor 2. Además, pudiera establecer que el grado de responsabilidad del demandado fue importante pues, a pesar de no haber acaecido un accidente similar antes, conocía o debió de haber conocido *la probabilidad* de que ocurriera el daño causado por su conducta sin advertir a la víctima al respecto, y le otorga un *GR* con valor 1. También el jugador podría considerar que en el caso concreto el demandado tiene una situación económica alta pues, aunque opera con financiamiento externo, sus activos superan a sus pasivos, obtiene utilidades que sobrepasan del promedio en la industria y le asigna una *SE* con valor 2. Finamente, el juez pudiera considerar que el demandado tiene una responsabilidad social importante, pues su actividad consiste en la fabricación de productos de limpieza para el hogar, y decide, por lo tanto, asignarle una *RS* con valor 2. Con tales consideraciones, el juzgador obtendría un conjunto de moduladores con valor de total de 7. Dicho valor total deberá ser multiplicado por los daños patrimoniales y morales con consecuencias patrimoniales (*GP*) que en el ejemplo concreto ascienden a 2 millones de pesos. El resultado serán los daños punitivos merecidos por la víctima.

$$2(DL)+1(GR)+2(SE)+2(RS) \times 2,000,000 \text{ MXN } (GP)=14,000,000 \text{ MXN } (DP)$$

A diferencia de las fórmulas propuestas por algunos doctrinistas en Estados Unidos, este método no toma en cuenta la probabilidad de que

el causante sea declarado culpable por los daños patrimoniales infringidos. Simplemente propone el establecimiento de niveles en los moduladores del artículo 1916 del CCF y la jurisprudencia de la SCJN, cuya suma puede ser multiplicada por el daño patrimonial y moral con consecuencia patrimonial. Si bien el efecto punitivo se presume con la condena de un daño moral (en su consecuencia no patrimonial) en una proporción que puede llegar a ser hasta nueve veces mayor al daño patrimonial en conjunto con (o sin) la parte moral de consecuencias patrimoniales, esta fórmula no demuestra con exactitud matemática que los múltiplos utilizados y su resultado son el reflejo de la probabilidad de que el demandado hubiese incurrido en la misma conducta sin ser detectado. Como propone el ministro José Ramón Cossío, una forma "objetiva" de llegar al múltiplo que arroje los daños punitivos es calculando la probabilidad de que el causante sea detectado y condenado por una conducta ilícita que genera daño moral (amparo directo 30/2013, pp. 13-14, n. p. 5, 6, 7); sin embargo, consideramos que el método aquí propuesto es el correcto con base en las expectativas de la SCJN y el estado actual de la jurisprudencia acerca del mismo tema en Estados Unidos, por las siguientes razones.

En la práctica, los jurados y los jueces en Estados Unidos sólo de forma ocasional utilizan el método de cálculo que toma en cuenta la probabilidad de ser encontrado responsable como múltiplo de los daños compensatorios: se conoce que los jurados identifican la negligencia como la parte importante al condenar a daños punitivos incluso por encima de la probabilidad de que el demandado evada su responsabilidad (Bhole, 2010, p. 253); también se sabe que ni siquiera los miembros del jurado mejor intencionados son intelectualmente propensos a concebir la monetización de la disuasión a partir de la fórmula de las probabilidades de daño inadvertido.<sup>36</sup> Tanto jueces como jurados gozan de discreción en la determinación del monto de daños punitivos, siempre y cuando sus

---

<sup>36</sup> También véase Sunstein et al. (2002b, p. 26).

veredictos cumplan con la cláusula del debido proceso contenida en la primera sección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (Hironari, 2017, p. 385). La cláusula de debido proceso protege tanto los derechos sustantivos como los adjetivos. La protección de derechos sustantivos en el presente caso limita directamente el monto de una sentencia de daños punitivos cuando tal es constitucionalmente excesiva; debido a la proporción entre daños punitivos y daños compensatorios (*Philip Morris USA v. Williams*, p. 353). Por otro lado, la protección de derechos adjetivos limita el rango de evidencia que puede ser tomada en cuenta al momento de calcular los daños punitivos (*Philip Morris USA v. Williams*, p. 353). La Corte Suprema de los Estados Unidos ha emitido algunas directrices para el cálculo de daños punitivos que consideran estas limitantes.

En el caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, la Corte Suprema de los Estados Unidos mantuvo la sentencia de 200 mil dólares en daños compensatorios y 840 mil en daños punitivos (una proporción de 4 a 1), declarando: "nosotros no necesitamos y, de hecho, no podemos, trazar una línea matemática entre lo constitucionalmente aceptable y lo constitucionalmente inaceptable que se ajuste a todos los casos. Sin embargo, si podemos ofrecer directrices generales de razonabilidad [...] para cálculo constitucional" (*Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*) (traducción propia). En el caso *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció una sentencia con una proporción de daños punitivos a compensatorios de 526 a 1, declarando que sólo las decisiones "groseramente excesivas" podrían ser anuladas en el mecanismo de control constitucional conocido como *substantive due process* (*TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp.*, p. 458). El Tribunal concluyó que los daños punitivos otorgados no eran excesivos, pues existía una gran cantidad de dinero en juego, el demandado era poseedor de una gran riqueza, actuó de mala fe y existía un esquema de fraude y engaño recurrente.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Comentando esta decisión, Hironari (2017, p. 386).

Posteriormente, en el caso *BMW of North América., Inc. v. Gore*, se revocó una sentencia cuya proporción de daños punitivos a compensatorios era de 500 a 1. En ese caso, la Suprema Corte de Alabama había aceptado la metodología del actor para calcular el monto de los daños punitivos, basada en una correlación entre los daños compensatorios y el porcentaje de actividades dañosas que podrían pasar inadvertidas para el Estado;<sup>38</sup> sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró, en ese caso, que la sentencia condenatoria de 2 millones de dólares era exageradamente excesiva de acuerdo con el orden constitucional, y determinó que los tribunales inferiores debían considerar tres elementos para establecer si las indemnizaciones de daños punitivos eran exageradamente excesivas: 1) el nivel de reproche de la conducta del demandado (grado de responsabilidad); 2) la proporción entre el monto de daños compensatorios y punitivos, y 3) la existencia de sanciones penales o administrativas que sean comparables y aplicables a actos similares (*BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, pp. 574-575). La Corte Suprema de los Estados Unidos también sostuvo que la condena al pago de daños punitivos no puede castigar al demandado por conductas cometidas en otro Estado de la Unión Americana, pues ello violaría el principio de debido proceso adjetivo al considerar conductas que ocurrieron más allá de la jurisdicción de la corte competente (*BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, p. 572; Hironari, 2017, p. 387).

En el caso *State Farm Mutual Auto Insurance Co. v. Campbell*, la indemnización de daños punitivos por 145 millones de dólares también fue

---

<sup>38</sup> *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 582 (1996), p. 564: "El Dr. Gore afirmó que su auto repintado valía menos que un auto que no había sido repintado. Para probar sus daños reales de \$ 4,000 dólares, confió en el testimonio de un ex concesionario de BMW, quien calculó que el valor de un BMW repintado era aproximadamente un 10 por ciento menor que el valor de un automóvil nuevo que no había sido dañado ni reparado. Para apoyar su demanda de daños punitivos, el Dr. Gore presentó evidencia de que desde 1983 BMW había vendido 983 autos repintados como si fuesen nuevos, incluyendo 14 en Alabama, sin revelar, que los autos habían sido repintados antes de la venta a un costo de más de \$ 300 dólares por vehículo. Siguiendo el cálculo del daño real de \$ 4,000 dólares por vehículo, el Dr. Gore argumentó que una indemnización punitiva de \$ 4 millones de dólares proporcionaría una sanción apropiada por la venta de aproximadamente 1,000 automóviles con sobreprecio."

revertida por violación del principio de debido proceso adjetivo, al considerar que el Tribunal Estatal admitió pruebas relacionadas con la conducta del demandado en otros Estados y/o que no guardaban relación con el daño específico sufrido por el actor (*State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, p. 422). Igualmente sostuvo, *obiter dicta*, que "en la práctica, pocas sentencias que superen la proporción de un dígito entre daños punitivos y compensatorios, resistirán el escrutinio constitucional (sustantivo)" (*State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, p. 425). Esto ha creado una presunción de que las proporciones punitivo-compensatorios de dos dígitos, es decir, multiplicadas por más de nueve unidades, pueden infringir el derecho a un debido proceso sustantivo.

En fecha más reciente, en el caso *Philip Morris USA v. Williams*, (*Philip Morris II*), la Suprema Corte estadounidense revocó una sentencia de la Suprema Corte de Oregón con una votación de tan sólo cinco contra cuatro votos, al resolver que no debían ser otorgados daños punitivos para castigar directamente a un demandado por daños causados a terceros ajenos a la litis, ya que esto equivale a hacer nugatorio el derecho de propiedad privada sin el debido proceso legal (*Philip Morris USA v. Williams*, p. 349); sin embargo, la Suprema Corte expuso que un jurado podría calcular el monto de los daños punitivos basándose en el riesgo de que el demandado cause daños futuros al demandante, mas no con base en aquellos que se pudieren causar a terceros. A su vez, determinó que el jurado también podría inferir, derivado del riesgo potencial de causar daños a terceros, que la conducta del demandado era reprochable en lo particular; sin embargo, el daño a terceros no puede ser parte de la base para su cálculo (*Philip Morris USA v. Williams*, pp. 354-355).

En México, las mismas limitantes resultarían aplicables derivado del derecho al debido proceso tutelado en la Constitución mexicana.<sup>39</sup> El daño a terceros no puede considerarse como elemento para calcular una

---

<sup>39</sup> El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estipula que "Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio

indemnización, con independencia del tipo de daño. Además, con relación al debido proceso sustantivo,<sup>40</sup> el método para el cálculo de los daños aquí propuesto está limitado por parámetros objetivos que no permiten la multiplicación del daño patrimonial o moral con consecuencias patrimoniales con la sumatoria de valores mayor de 9.

Lo anterior es acorde con las expectativas de la SCJN. Recordemos que en el caso *Albergue-varicela* (amparo directo 50/2015), la SCJN señaló que

[e]n un esfuerzo por limitar la discrecionalidad de las y los juzgadores, en *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* (1991), la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América sostuvo que es posible identificar factores que rijan la razonabilidad de su cuantía. De esta manera se convalidó el test desarrollado por la Corte Suprema de Alabama, según el cual la imposición de daños punitivos debe considerar en los siguientes elementos: **(i)** relación entre el daño provocado en el caso y los daños potenciales que pretenden evitarse; **(ii)** grado de reprochabilidad de la conducta (a partir de su duración, conciencia de sus implicaciones, ocultamiento y frecuencia o antecedentes); **(iii)** existencia de ganancias económicas indebidas (rentabilidad), derivadas de la conducta dañosa; **(iv)** posición económica de la parte demandada; **(v)** costos del litigio; y **(vi)** imposición de sanciones penales, así como la existencia de otras sanciones civiles por la misma conducta (amparo directo 50/2015, p. 61).

Aunado a lo anterior, el voto concurrente del ministro José Ramón Cossío en el caso *Mayan Palace*, así como en el amparo directo 50/2015 (caso *albergue-varicela*) proponen, *obiter dicta*, limitar los daños punitivos siguiendo los parámetros establecidos en la jurisprudencia de

---

seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho".

<sup>40</sup> Refiriéndonos al reclamo de violaciones no procesales.

Estados Unidos de América. por una parte, el ministro José Ramón Cossío expresó que "[e]n el derecho comparado se ha determinado, por ejemplo, que una proporción 4:1 (daños punitivos: daños resarcitorios) apenas pasa la línea de la constitucionalidad,<sup>41</sup> y más recientemente, la Suprema Corte de Estados Unidos estimó que en muy pocos casos la proporción 9:1 satisface el debido proceso" (amparo directo 30/2013, pp. 13-14).<sup>42</sup> Lo anterior permite no desvincular totalmente el monto del daño patrimonial (y moral consecuencia patrimonial) que siempre debe tener una proporción directa con el monto de la indemnización punitiva.

Ahora bien, en el caso *Mayan Palace* no se otorgó daño patrimonial a las víctimas; sin embargo, la SCJN otorgó daño moral con consecuencias patrimoniales por 259,200 pesos y un daño moral-punitivo (por consecuencias morales no patrimoniales) por 30 millones de pesos. Esto representa una proporción de 115:1 (115 daño moral punitivo consecuencia extrapatrimonial a 1 daño moral consecuencia patrimonial), que difícilmente podrá repetirse al carecer de razonamiento.

Al final del día, debemos recordar que el monto del daño moral en sus repercusiones extrapatrimoniales no debe cuantificarse de manera exacta, sino que el juez tiene la discrecionalidad de fijarlo, siempre y cuando en su determinación considere los elementos antes mencionados.<sup>43</sup> El método aquí expuesto constituye una propuesta que considera las proposiciones generales tomadas del artículo 1916 del CCF, el amparo directo 30/2013 en el caso *Mayan Palace*, el voto concurrente del ministro José Ramón Cossío respecto de ese caso, y el pasaje encontrado en el amparo

<sup>41</sup> Véase el voto concurrente de José Ramón Cossío Díaz, amparo directo 30/2013, pp. 13, 14, n. p. 5, 6, 7. También, *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Cleopatra Haslip Eta Al*, 499 U.S. 1 (1991).

<sup>42</sup> Voto concurrente de José Ramón Cossío Díaz, n. p. 5, 6, 7. También, *Exxon Shipping Co. Baker*, 554 U.S. 471, fallado en 2008 por la Corte Suprema de Estados Unidos.

<sup>43</sup> Véase amparo 30/2013 caso *Mayan Palace*, pp. 76, 93 y 94: "El daño debe ser cierto. Es decir, constatable su existencia desde un aspecto cualitativo, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. Un daño puramente eventual o hipotético no es idóneo para generar consecuencias resarcitorias". "Asimismo, como ya se ha destacado, si bien los intereses extrapatrimoniales no tienen una exacta traducción económica, ello no debe dar lugar a dejar sin reparación al afectado."

directo 50/2015 en el caso *Albergue-varicela*. Nuestro análisis busca arrojar un método que considera elementos objetivos a los que se asignan valores numéricos que en conjunto podrían sumar un máximo de 9 puntos. El puntaje de valores obtenido para un caso concreto puede ser multiplicado por el monto de daños patrimoniales y morales en su consecuencia patrimonial a efectos de obtener un monto de daños punitivos que sancione y desincentive conductas de negligencia grave e ilegalidad grave, a la vez que compense el sufrimiento de la víctima.

El artículo 1916 del CCF y las sentencias de la SCJN al respecto asignan a cada uno de los cuatro elementos —derecho lesionado (*DL*), grado de responsabilidad (*GR*), situación económica (*SE*) y relevancia social (*RS*)— una importancia proporcional. Esto es evidente en el texto de la disposición, el cual no califica a ninguno como prioritario o accesorio, así como de la utilización sin distinción de estos elementos en el caso *Mayan Palace*. Por dicha razón, los valores equivalentes de 1 o 2 para cada uno de ellos, dependiendo del nivel, se justifican. Sólo el cuarto elemento, la "relevancia social de la actividad" del demandando, merece un valor máximo adicional de 3; recordemos que la SCJN puso en este elemento mucho énfasis para el otorgamiento del daño punitivo en el caso *Mayan Palace*.

Ahora bien, ni el artículo 1916 del CCF ni el amparo 30/2013 señalan que los valores asignados a tales elementos deban o puedan ser utilizados como múltiplos del daño patrimonial y moral con consecuencias patrimoniales a efectos de obtener el monto objetivo del daño punitivo. Tampoco existe evidencia matemática de que el múltiplo mínimo de 3 y máximo de 9 obtenible, conforme al método aquí propuesto, consigan la disuasión esperada o punición merecida en todos los casos. A pesar de esta constatación, existen algunos argumentos a favor de la metodología expuesta.

Por una parte, históricamente, en el derecho comparado, el monto del daño punitivo ha sido comparado con el monto de daño patrimonial; tanto los jueces como las partes suelen apreciar el exceso o la escasez en



el monto de daños punitivos otorgados tomando como referencia el daño patrimonial probado. Esto refleja una expectativa lógica o permisible de que los elementos del artículo 1916 del CCF pueden convertirse en múltiplos aplicados al daño patrimonial o moral en su consecuencia patrimonial a efectos de obtener la indemnización punitiva. Las víctimas esperan, y los demandados pueden prever, que la indemnización punitiva será muchas veces el equivalente al daño patrimonial causado. Esto responde a la lógica de la disuasión y de la justicia retributiva en casos en que la compensación lisa y llana se vuelve insuficiente para disuadir y enviar un mensaje de reproche a los terceros en la misma posición del demandado.

Por otra parte, si bien no existe evidencia empírica o matemática de que los múltiplos 3 a 9 aquí propuestos consigan el propósito disuasivo o punitivo en todos los casos, la jurisprudencia estadounidense parece haber encontrado en dicho espectro un punto de equilibrio entre la necesidad de sanción-disuasión y lo que es justo con base en la limitante constitucional de debido proceso sustantivo. Como se mencionó, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en los últimos tiempos, ha encontrado exceso en los montos punitivos que superan en un dígito a los daños patrimoniales (es decir, cuando el daño compensatorio en estricto sentido es multiplicado por más de nueve unidades para conseguir la cuota punitiva). Esta aproximación de la Corte estadounidense no está basada en ningún modelo matemático o empírico, sino que es una regla extraída de una apreciación o percepción moral de nuestros tiempos, de lo que es constitucionalmente aceptable, a pesar de que la ni la Constitución ni los datos sociales obtenibles demuestran su fiabilidad.

Una pregunta relevante es si este método es preferible a aquel basado en la *probabilidad* de que el demandado sea descubierto culpable. La respuesta no podrá encontrarse en esta contribución doctrinal; sin embargo, existen un par de razones evidentes que pueden inclinar la balanza hacia la utilización de las directrices aquí propuestas. La primera de ellas es la relativa facilidad con la que esta metodología propone asignar los

valores numéricos a los elementos del artículo 1916 del CCF. Dicha facilidad no siempre está presente cuando se desea utilizar como múltiplo la probabilidad de que un demandado hubiese escapado a su responsabilidad por conductas similares. La dificultad de ese método de cuantificación estriba en la obtención de evidencia que arroje datos precisos para determinar la probabilidad numérica necesaria. Esos datos deben usualmente ser extraídos de documentos u otra evidencia en poder demandado y el derecho procesal mexicano aún no tienen una figura como el *discovery* que pueda coadyuvar a este respecto. Ni la víctima ni el juez podrán contar fácilmente con los elementos necesario que funjan como base del cálculo de probabilidades. También debemos considerar que el cálculo mismo hace necesaria la intervención de peritos estadistas, lo que reduce la relación de costo eficiencia del procedimiento.

Igualmente, el método aquí propuesto agrega predictibilidad jurídica y previsibilidad de los daños punitivos eventuales. Las personas físicas y morales serán capaces de establecer con mayor certeza y a menor costo el eventual múltiplo aplicable al daño patrimonial o moral en consecuencias patrimoniales que daría como resultado la indemnización punitiva. Esto, por supuesto, no debería incentivar cálculos tendientes a internalizar el costo financiero de una conducta dañina en los servicios o productos de las empresas o personas físicas demandadas. Al contrario, la facilidad y practicidad de este método debería propiciar la consciencia de la población en general acerca de las consecuencias claras que las conductas acreedoras de daños punitivos conllevan y la abstención de su cometimiento o práctica.

## **E. Conclusión**

El derecho de daños en México ha evolucionado a lo largo de la última década. La decisión del caso *Mayan Palace* en febrero de 2014 significó un parteaguas en la teoría y la práctica del derecho de la responsabilidad extracontractual. La decisión de la SCJN proyectó una concepción

moderna de los elementos constitutivos del daño moral y trasplantó dentro del sistema de la responsabilidad civil mexicana la figura de los daños punitivos. A esta decisión siguieron otras, en las que se reconoció la existencia de los daños punitivos como parte del daño moral, pero eliminado su aplicación en contra del Estado.

La determinación de los elementos constitutivos de los daños punitivos, el umbral necesario de incumplimiento o negligencia, así como los parámetros para cuantificarlos conforme a un método objetivo, constituyen adaptaciones necesarias para la justa y eficaz aplicación de esta novedosa figura legal. A pesar de los desarrollos más recientes, estas cuestiones son asuntos sin resolver en el derecho jurisprudencial mexicano. En esta contribución, hemos hecho una propuesta sustentada al respecto.

Nuestros análisis de los elementos, el umbral y el *quantum* de los daños punitivos contribuirán al otorgamiento de indemnización capaz de cumplir la doble faceta y propósito de los daños punitivos (disuasoria y retributiva o de castigo). Un monto de daños punitivos que sea el resultado de multiplicar hasta por nueve el monto de los daños patrimoniales o morales en su consecuencia patrimonial influirá de manera positiva en el comportamiento de ciertos agentes. El propósito disuasivo de los daños punitivos se verá materializado en las circunstancias mencionadas en este estudio. El atractivo económico de no cumplir con la legislación o con el deber de cuidado óptimo será neutralizado si el agente comprende que la indemnización a la víctima no se limitará al daño probado económicamente, sino que podrá llegar a ser hasta 900% mayor; elegir internalizar el costo social de su actuar lo sacaría del mercado. También consideramos que la suma punitiva indemnizatoria resultante de la metodología propuesta cumple la finalidad de escarmiento de quien haga un mal; sin embargo, habrá que tener claro que la percepción del demandado no es un fin, sino un medio para obtener la disuasión y la justa sanción como retribución del daño causado.

## Fuentes

Ausness, R. C. (1985), "Retribution and deterrence: the role of punitive damages in products liability litigation", *Kentucky Law Journal*, 74.

Bejarano Sánchez, M. (2010), *Obligaciones civiles*, México, Oxford.

Berkowitz, D., Pistor, K. y Richard, J. F. (2003), "The Transplant Effect", *The American Journal of Comparative Law*, 51 (1), 163-203.

Bhole, B. y Wagner, J. (2010), "Punitive damages and the recklessness requirement with uninformed injurers", *International Review of Law and Economics*, 30 (3), 253-64.

Brooke, H. (2009), "A brief introduction: the origins of punitive damages", en Koziol, H. y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Vienna: Springer Vienna), 1-3.

Bustamente-Alsina, J. (1997), *Teoría general de la responsabilidad civil*, Argentina: Abeledo-Perrot.

Calderón-Gamboa, J. F. (2013), "La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano", en Ferrer Mac-Gregor Poisot, E., Caballero Ochoa, J. L. y Steiner, C. (eds.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Nacional Autónoma de México, Konrad Adenaur Stiftung.

Centro Nacional de Prevención de Desastres (2020), "Guardería ABC: Lecciones de una tragedia", disponible en «<https://www.gob.mx/cenapred/es/articulos/guarderia-abc-lecciones-de-una-tragedia?idiom=es>».

Código Civil Federal (Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928; Texto Vigente Última reforma publicada DOF 11-01-2021).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917; Texto Vigente Últimas reformas publicadas DOF 17-05-2021).

Cooter, R. D. (1988), "Punitive damages for deterrence: when and how much", *Alabama Law Review*, 40 (3).

Diamond, J. L., Levine, L. C. y Madden, M. S. (2000), *Understanding Torts*, Estados Unidos, Lexis Publishing.

Eisenberg, T. y Heise, M. (2011), "Judge-jury difference in punitive damages awards: who listens to the Supreme Court?", *Journal of Empirical Legal Studies*, 8 (2).

Garrido-Cordobera, L. M. R. (1993), *Los daños colectivos y la reparación*, Argentina: Editorial Universidad.

Gutiérrez y González, E. (1999), *Derecho de las obligaciones*, México: Porrúa.

Hironari, M. (2017), "Punitive damages revisited: a statistical analysis of how federal circuit courts decide the constitutionality of such awards", *Cleveland State Law Review*, 65 (3), pp. 379-410.

Kahn Freund, O. (1974), "On uses and misuses of comparative law", *The Modern Law Journal*, 37 (1).

Kviatek, B. (2015), *Explaining legal transplants: Transplantation of EU law into Central Eastern Europe*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers (WLP).

- Larson, D. I. y Wattson, R. M. (1985), "The Discovery and proof of a punitive damages claim: strategy decisions and pretrial tactics when representing the plaintiff", *William Mitchell Law Review*, 11 (2).
- Markel, D. (2009), "Retributive damages: a theory of punitive damages as intermediate sanction", *Cornell Law Review*, 94 (2).
- Martínez-Alfaro, J. (1999), *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa.
- Miceli, T. J. (2009), *The Economic Approach to Law*, Estados Unidos de América: Stanford University Press.
- Morello, A. M. (2000), "El derecho de daños en la actual dimensión social", en Trigo-Represas, F. A. y Stiglitz, R. S. (eds.), *Derecho de daños*, (Argentina, Ediciones La Rocca).
- Morgan, F. W. (1989), "The evolution of punitive damages in product liability litigation for unprincipled marketing behavior", *Journal of Public Policy & Marketing*, 8, 279-293.
- Muñoz, E. y Vázquez-Cabello, R. (2019), *El renacimiento del derecho de daños. Un análisis Comparativo*, México, Tirant lo Blanch.
- O'Donnell, N. A. (1988), "Punitive damages in Florida negligence cases: How much negligence is enough?", *University of Miami Law Review*, 24.
- Owen, D. G. (1988), "The moral foundations of punitive damages", *Alabama Law Review*, 40.
- Owen, D. G. (1994), "A punitive damages overview: functions, problems and reform", *Villanova Law Review*, 39.
- Owen, D. W. (1976), "Punitive damages in products liability litigation", *Michigan Law Review*, 74 (7).

- Pizarro, R. D. (2004), *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Buenos Aires Hammurabi.
- Pizarro, R. D. (2000), "Punitive damages", en Bouckaert, B. y De Geest, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 764-781, Reino Unido, Edward Elgar Publishing.
- Polinsky, M. (1997), "¿Are punitive damages really insignificant, predictable, and rational?", *Journal of Legal Studies*, 26.
- Polinsky, M. y Steven Shavell (2000), "Punitive damages", en Bouckaert, B. y De Geest, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, pp. 764-781, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.
- Rojina-Villegas, R. (1998), *Derecho civil mexicano México*: Porrúa.
- Rustad, M y Koenig, T. (1993), "The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers", *The American University Law Review*, vol. 42:1269.
- Sunstein, C. R., et al. (2002a), *Punitive Damages How Juries Decide*, Estados Unidos de América, The University of Chicago Press.
- Sunstein, C. R., et al. (2002b), *Punitive damages: how juries decide*, Chicago-London: University of Chicago Press.
- Taliadoros, J.(2016), "The roots of punitive damages at common law: a longer history", *Cleveland State Law Review*, 64.
- Vázquez Ferreyra, R. A. (1993), *Responsabilidad por daños*, Argentina, Depalma.
- Visintini, G. (1999), *Tratado de la responsabilidad civil*, Kemelmajer de Carlucci, A. (trad.), Argentina, Astrea.

Watson, A. (1993), *Legal transplants: An approach to comparative law*, Atenas, University of Georgia Press.

Yzquierdo Tolsada, M. (2001), *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, España, Dykinson.

Zamora, S., et al. (2004), *Mexican Law*, Nueva York, Oxford University Press.

Zannoni, E. A. (2005), *El daño en la responsabilidad civil Argentina*: Astrea.

## **Lista de decisiones judiciales citadas**

### **Canadá**

Whiten v. Pilot Insurance Company (2002) 209 DLR (4<sup>th</sup>) 257.

### **Estados Unidos de América**

Aleo v SLB Toys USA, Inc. Case No. SJC 11294 (MA S. Jud. Ct., Sep. 13, 2013).

BMW of N. Am., Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 582 (1996).

Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605, 2623, at 2620-21 & n. 8.

Mathias v. Accor Econ. Lodging, Inc., 347 F3d 672, 2003 U.S. App. LEXIS 21299, 62 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 1199 (7th Cir. Ill. Oct. 21, 2003).

Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip, 499 U.S. 1, 4-6 (1991) (U.S. Supreme Court).

Philip Morris USA v. Williams, (Philip Morris II), 549 U.S. 346 (2007).



Smith v. Wade, (U.S. Supreme Court, 1983), 461.

State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408, 428 (2003).

TXO Prod. Corp. v. Alliance Res. Corp., 509 U.S. 443, 451 (1993).

## **Inglaterra**

Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary, [2002] 2 A.C. 122 (H.L. 2001).

Rookes v. Barnard, [1964] 1 All E.R. 367, 410-11 (H. L.).

## **México**

Amparo directo 30/2013, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 1621/2010, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 1068/2011, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 593/2015, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 5612/2017, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 1133/2019, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 de julio de 2020, p. 1.

Amparo en revisión 1094/2017, 283/2018, 390/2018, 395/2018, 513/2018, 394/2018 y 965/2018. Tesis aislada 2a. LVII/2018 (10a.), Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Informe 1965, Tercera Sala, Sexta Época, registro: 812715, p. 27.

Tesis: I.7o.C.35 C. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, registro: 187256, p. 1245.

Tesis: P. LXVII/2010. Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, registro: 163164, p. 28.

Tesis: 1a./J. 15/2012 (9a.). Jurisprudencia, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIII, octubre de 2012, t. 2, registro: 159936, p. 798.

Tesis: 1a./J. 31/2017 (10a.). Jurisprudencia, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 41, abril de 2017, t. I, registro: 2014098, p. 752.

Tesis: I.4o.C.313 C. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, febrero de 2011, registro: 162894, p. 2282.

## **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Fondo Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

Cantoral Benavides vs. Perú, Reparaciones y Costas, 3 diciembre 2001. Serie C No. 88.

Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.

# **Daños punitivos: reorientación del debate en los sistemas continentales\***

---

María Guadalupe Martínez Alles\*\*

\* Nueva versión del texto publicado en inglés como Martínez Alles, M. G. (2019) "Punitive damages: reorienting the debate in civil law systems", *Journal of European Tort Law*, vol. 10, núm. 1, pp. 63-81, disponible en <https://doi.org/10.1515/jetl-2019-0103>. Traducido al español por Ada Podolski.

\*\* Doctora en derecho por la Universidad de Yale. Profesora en IE University de Madrid.

SUMARIO: A. Introducción; B. Los daños punitivos y la práctica angloamericana; C. El tratamiento de los daños punitivos en los sistemas continentales; D. Conclusión.

## **A. Introducción**

En la tradición continental moderna, la discusión sobre la función sancionadora del derecho de daños se ha activado en las últimas décadas de la mano de los intensos debates, influenciados principalmente por la práctica y experiencia angloamericana, sobre la (in)conveniencia de incorporar la figura de los daños punitivos y su (in)compatibilidad con los sistemas de responsabilidad civil existentes.<sup>1</sup> La respuesta general ha sido más bien de resistencia a la figura y, a medida que la discusión ha ido avanzando, se han ensayado argumentos de distinta índole para intentar justificar su rechazo. Así, el debate acerca de la potencial introducción de los daños punitivos ha estado dominado por el entendimiento de que las sanciones sólo se justifican frente a ofensas penales o administrativas y, por lo tanto, pertenecen al área del derecho criminal o regulatorio (derecho público), lo que las deja fuera de los límites propios del derecho

---

<sup>1</sup> Véanse, en general, las obras citadas en este artículo.

de daños (derecho privado) en el que reina el principio de rectificación, según el cual la indemnización no debe exceder el daño causado y el juez no debe considerar la gravedad de la conducta del demandado a la hora de determinar la cuantía de la indemnización. Vistos de esta manera, los daños punitivos representan una amenaza a ese orden tradicional entre lo "público" y lo "privado".

Lo cierto es que el derecho de daños continental, por un lado, es menos rectificatorio de lo que se afirma y, por el otro, tiene en cuenta la reprochabilidad de la conducta del demandado en mayor medida de lo que se reconoce. Así, se ha demostrado en reiteradas oportunidades que el derecho de daños en general ofrece respuestas infracomensatorias a las víctimas de daños serios. La gran mayoría de los daños son irreparables (por ejemplo, daño moral, daño a la integridad física, invasiones a la dignidad y privacidad, entre otros) y difícilmente pueden ser considerados en términos puramente monetarios, lo que lleva a reconocer que el objetivo rectificatorio de colocar a la víctima en la situación anterior (o una cercana) al acaecimiento del daño es una ilusión en la gran mayoría de los casos.<sup>2</sup> Asimismo, se ha demostrado también que condenas por daños eminentemente compensatorias, como las que se aplican en casos de daño moral, presentan elementos extracomensatorios (sancionatorios o punitivos) que pretenden dar cuenta de la gravedad o reprochabilidad de la conducta del demandado y que de algún modo hacen evidente que una respuesta puramente rectificatoria es insuficiente para dar adecuada respuesta a las víctimas de dichas conductas agravadas.<sup>3</sup> Al fin de cuentas, esas respuestas denominadas "compensatorias" son de hecho respuestas que hacen algo "más que compensar." Todo lo anterior revela entonces no sólo que esos argumentos en contra de la sanción en el derecho privado son demasiado simplistas, sino también que aquella división entre lo "público"

---

<sup>2</sup> Véase Pino (2018).

<sup>3</sup> Véanse, en general, las obras citadas en este artículo.

y lo "privado" es bastante menos nítida de lo que teóricamente se proclama.<sup>4</sup>

Por su parte, la doctrina angloamericana predominante sobre daños punitivos se ha mostrado reticente a indagar más allá del nivel de la práctica institucional, lo que limita tanto los intentos de explicar los daños punitivos como de justificarlos.<sup>5</sup> Lo cierto es que la doctrina angloamericana ha estado dominada por un enfoque *interpretativo* impulsado por resultados que se centran en describir y evaluar los propósitos o funciones de los daños punitivos establecidos en la jurisprudencia y los estatutos con el fin de determinar cuál de las justificaciones doctrinales explica mejor estas condenas extracompensatorias. Sin embargo, adoptar un enfoque interpretativo de una práctica intrínsecamente compleja y contradictoria no ha logrado dar una explicación exhaustiva, coherente o convincente de lo que esencialmente justifica las indemnizaciones punitivas.<sup>6</sup> Más bien, los debates se han centrado en una variedad dispar de cuestiones legales relativas a aspectos controvertidos de importancia práctica (como, por ejemplo, quién debería recibir el monto de la condena; si deberían promulgarse leyes de asignación dividida;<sup>7</sup> si se deberían implementar estándares de prueba más estrictos,<sup>8</sup> y así sucesivamente)

<sup>4</sup> Véase Honoré (1997, p. 74), quien arguye que ambos, el derecho civil y el derecho penal, apuntan a eliminar o reducir comportamientos indeseables, contemplan sanciones a ser impuestas sobre aquellos cuyas conductas son indeseables, y plantean complejas interrogantes acerca de las condiciones para imponer sanciones y el grado de responsabilidad de los autores de actos ilícitos.

<sup>5</sup> Véanse Priest (2002, pp. 1-3); Klinck (2001, pp. 469-479), y Goldberg y Zipursky (2010, p. 352) (indicando que los daños punitivos se encuentran actualmente "en el centro de las controversias contemporáneas acerca del derecho de daños y sus reformas" y que, a pesar de haber existido durante siglos, "solo surgieron como una cuestión política de relativa importancia en las últimas décadas del siglo XX").

<sup>6</sup> Véase Cane (1997, p. 114): "la ley actualmente no contiene ningún principio racional que gobierne la admisibilidad de los daños punitivos".

<sup>7</sup> Por mencionar un par de ejemplos de estados que han promulgado este tipo de estatuto, California asigna 25% de la adjudicación al demandante y 75% a un fondo fiduciario de beneficio público (Código Civil de California § 3294.5), y Georgia asigna 75% a la Tesorería del Estado después de que se deduzcan los costos y los honorarios razonables de abogados (Código Oficial de Georgia Anotado § 51-12-5.1 (e)(2) [1987]).

<sup>8</sup> Por ejemplo, Alaska requiere un estándar de prueba de "evidencia clara y convincente" (Estatuto de Alaska 09.17.020, 1991), mientras que Colorado exige un estándar de prueba más elevado, de "certeza" (Estatutos revisados de Colorado anotados § 13-25-127[2], 1989).

que aparentemente ignoran la necesidad de contar con una base teórica compacta y fundamental de la institución antes de que esas cuestiones puedan abordarse de manera convincente.<sup>9</sup>

Esta actitud de "poner el carro delante del caballo" se ha reproducido en las discusiones que se están llevando a cabo sobre si adoptar daños punitivos en América Latina y Europa continental y cómo hacerlo. Como resultado, los debates, tanto los de tipo normativo como los de corte comparado, se han visto afectados por la discordancia, complejidad y falta de coherencia que caracteriza la práctica y las reconstrucciones teóricas sobre los daños punitivos en su sistema de origen (es decir, Estados Unidos).<sup>10</sup> En este sentido, aclarar la complejidad de los matices para los doctrinarios extranjeros significará una contribución importante para sus debates. Es decir, una explicación de las incongruencias propias del enfoque estadounidense dominante no sólo debería servir como una advertencia para quienes están a favor de importar esta institución, sino que también proporcionaría información valiosa para quienes abogan por un diseño del instituto del daño punitivo que mejor se adapte a su sistema legal en particular. En este artículo sostengo que ha llegado el momento de *reorientar* el debate académico en los sistemas continentales hacia la base teórica fundamental de los elementos punitivos que ya están presentes (aunque de forma encubierta) en sus propias prácticas locales de adjudicación de daños, porque permitiría a los académicos continentales participar del debate sobre la introducción de los daños punitivos de una manera más efectiva y orientada al particular contexto de sus respectivas jurisdicciones.

La estructura del artículo es la siguiente. La sección "B. Los daños punitivos y la práctica angloamericana" explora la fisonomía del tratamiento

---

<sup>9</sup> Véase Colby (2008, pp. 392, 394), quien enfatiza que "en dos siglos de imponer condenas por daños punitivos, la Corte Suprema nunca ha respondido adecuadamente a las preguntas más simples y fundamentales: ¿Qué son exactamente los daños punitivos? ¿Cuál es su propósito? La Corte ha eludido esas preguntas con tópicos superficiales que en última instancia no hacen más que plantear una pregunta diferente pero no menos fundamental: ¿Por qué son constitucionales?".

<sup>10</sup> Véase Kircher y Wiseman (2014, pp. 205 y ss.).



brindado a los daños punitivos en Estados Unidos. Identifica un patrón interpretativo impulsado por los resultados, el cual pretende dar cuenta de la mayor cantidad posible de las características principales o destacadas de la práctica de adjudicación de daños punitivos en Estados Unidos (es decir, de pronunciamientos judiciales, decisiones de jurados, estatutos, entre otros). Debido a que la naturaleza compleja, fragmentada y contradictoria de la práctica es bien conocida, las dificultades y limitaciones de este enfoque académico deberían hacerse evidentes. La sección "C. El tratamiento de los daños punitivos en los sistemas continentales" explora la fisonomía de las discusiones académicas sobre la conveniencia de incorporar la figura de los daños punitivos en los sistemas continentales. Como la mayoría de las iniciativas y discusiones se inspiran principalmente en la experiencia y la literatura sobre el sistema angloamericano, las deficiencias identificadas en el sistema de origen (es decir, Estados Unidos), deberían, por un lado, servir de alerta suficiente de las bases teóricas inestables para aquellos países de tradición continental que están considerando su introducción y, por el otro, hacer un llamado a la necesidad de propiciar un enfoque académico alternativo. La última sección ofrece una breve conclusión.

## **B. Los daños punitivos y la práctica angloamericana**

Los académicos angloamericanos han intentado abordar los daños punitivos desde múltiples perspectivas teóricas.<sup>11</sup> Algunos autores emplean la metodología del análisis económico del derecho con su marco distintivo, mientras que otros desarrollan explicaciones de orientación más filosófica. Asimismo, mientras que la disputa general sobre el derecho de daños está dominada por los enfoques económicos y de justicia correctiva,<sup>12</sup> los daños punitivos representan un elemento en la práctica

<sup>11</sup> Véase Robinette (2013, p. 173): "El debate entre la justicia individualizada y el instrumentalismo es una distracción; el tema crucial que deben abordar los especialistas del derecho de daños es cómo dividir los casos que merecen un tratamiento de justicia individualizada de los que se adaptan mejor a una solución agregada".

<sup>12</sup> Véase Calabresi (2007): "Durante al menos los últimos 50 años, dos formas diferentes de entender al derecho de daños han luchado por dominar. Una, se caracteriza por la construcción de sistemas,

del derecho de daños al que no se le ha prestado plena atención en esos debates. Para empezar, abordar los daños punitivos ha resultado difícil para los teóricos de la justicia correctiva,<sup>13</sup> cuyo fracaso, a su vez, ha dejado espacio para que el análisis económico del derecho de daños desarrolle concepciones alternativas que se presentan como atractivas, al menos en la superficie.<sup>14</sup>

Si bien la diversidad de puntos de vista puede constituir una de las características más interesantes de este campo de estudio, lo cierto es que exagera la dificultad de compilar una reconstrucción exhaustiva de la institución, ya que diferentes enfoques generalmente implican diferentes proyectos académicos, que a su vez ponen en cuestión las diferentes opciones metodológicas.<sup>15</sup> Una breve descripción de algunas de las teorías que actualmente gozan de aceptación en los círculos académicos ilustrará estas disparidades.

Una de las concepciones más representativas de los daños punitivos desde el análisis económico del derecho es la fórmula del multiplicador de

---

como lo refirió tan acertadamente Izhak England; la otra, por aquellos [los privatistas] que encuentran en el derecho de daños la más acabada manifestación de la tradición del derecho anglosajón de responder a las infracciones que tienen lugar en el contexto de las relaciones interpersonales no penales, de tipo extracontractual". Para una crónica de la disputa de fines de la década de 1990, véase Schwartz (1997, pp. 1801, 1809): "Los defensores de la justicia correctiva muestran una falta de aprecio por el trabajo de los defensores de la eficiencia económica, y estos últimos les devuelven el (des)favor".

<sup>13</sup> Véase Weinrib (2011, pp. 273, 290), entendiéndolo que el lugar de consideraciones de tipo unilateral como el castigo y la disuasión pertenece estructuralmente no al derecho privado sino al derecho penal; el cual se ocupa de si el imputado ha actuado de manera incompatible con la existencia de un régimen de derechos en general en lugar de si se ha lesionado algún derecho de alguien en particular.

<sup>14</sup> Véase Posner (1995, p. 84), quien postula que "[e]ntre las disciplinas que han desafiado al monopolio de la dogmática jurídica, el lugar de honor le pertenece a la economía, que ha logrado grandes avances en los últimos treinta años y, aplicada al derecho, ha revolucionado el entendimiento de los distintos campos del derecho como la defensa de la competencia, el derecho de daños (principalmente los accidentes), los contratos, las corporaciones, y las quiebras".

<sup>15</sup> Véase Coleman (2001a, p. 11), quien destacó cómo "[l]a falta general de reflexión metodológica en las reconstrucciones económicas del derecho de daños las hace difíciles de criticar: rara vez queda claro qué tipo de explicación se ofrece exactamente, los criterios de adecuación que siguen las reconstrucciones económicas no resultan de inmediato evidentes".

Polinsky y Shavell, que enfatiza la función disuasoria de la institución.<sup>16</sup> Estos autores entienden los daños punitivos como una herramienta de internalización de costos para lograr una *disuasión óptima*. Proponen la multiplicación de las indemnizaciones por daños compensatorios (lo que daría lugar a la indemnización punitiva) en situaciones en las que el demandado tiene altas probabilidades de escapar a responder por los daños que causa (factor de detección).

Desde este punto de vista, la reprochabilidad de la conducta del demandado en cuestión es irrelevante porque el interés no radica en sancionar la conducta, sino en maximizar el efecto disuasorio de la indemnización sobre conductas futuras. En consecuencia, algunas características arraigadas de las condenas por daños punitivos que parecen problemáticas bajo ciertas teorías se vuelven irrelevantes desde la perspectiva de la disuasión óptima. Por ejemplo, este enfoque elimina los reparos normativos que justifican la prohibición de las pólizas de seguro para proteger contra el riesgo de indemnizaciones por daños punitivos (de hecho, este enfoque debería incluso alentar tales pólizas). De manera similar, no se requeriría una predefinición concreta del beneficiario de la condena punitiva (ya sea el demandante, fondos especiales o el Estado) siempre que el demandante tenga incentivos suficientes para iniciar la demanda por daños.<sup>17</sup>

Abordando el tema desde otra perspectiva, desde la teoría del recurso civil, Benjamin Zipursky entiende la función propia del derecho de daños no como una manera de reparar o colocar a la víctima en la situación anterior al acaecimiento del evento dañoso (lo que representa la retórica propia de la justicia correctiva), sino, más bien, para proporcionarle a la

---

<sup>16</sup> Véase Polinsky y Shavell (1998, p. 869). Para una propuesta similar, véase Cooter (1982, p. 101; 1989, pp. 1143, 1196; 1997, pp. 73, 91) (basándose en Becker [1968], propone "la regla del recíproco": para determinar el total de daños se debe multiplicar el daño al demandante por el componente de error en la detección).

<sup>17</sup> Argumentos en favor de la disuasión óptima han sido desarrollados por otros autores, como Craswell (1999, p. 2185); Hylton y Miceli (2005, p. 388).

persona agraviada "una vía de recurso civil contra el demandado".<sup>18</sup> Siguiendo esta concepción, se argumenta que el demandante tiene derecho a reclamar más de lo que representaría una compensación equivalente al daño sufrido (es decir, ir más allá de la compensación) cuando la conducta del demandado fue deliberada o intencional. Esto es lo que Zipursky denomina el derecho del demandante "a ser punitivo", y da cuenta de lo que él llama el "aspecto civil" de la institución.<sup>19</sup> Para clarificar, este "aspecto civil" no implica autorización alguna por parte del Estado para que los particulares se comporten como fiscales de la ley, sino que implica *empoderar* a la víctima de una conducta reprochable para *castigar* al demandado y exigir la imposición de una *sanción* (daño punitivo) a través de un acción civil por daños.<sup>20</sup> Zipursky sostiene que este "aspecto civil" de los daños punitivos representa la expresión más fundamental de la práctica del derecho de daños, entendida como distintivamente privada.<sup>21</sup> Entre las implicancias prácticas de esta concepción se encuentran que debe prohibirse la asegurabilidad contra los daños punitivos; que es de suma importancia que la propia demandante reciba la indemnización (ni el Estado ni nadie más),<sup>22</sup> y que tales procesos civiles no activan el escrutinio constitucional especial otorgado a los imputados por delitos penales (es decir, las garantías procesales de la ley penal), debido a que entendidos bajo esta mirada privada, los daños punitivos son "básicamente civiles y no penales".<sup>23</sup>

Otra familia de teorías propone la idea del castigo como *sanción social*; es decir, como sanción pública en lugar de privada. La reprochabilidad del comportamiento sigue siendo extremadamente relevante en estas teorías,

---

<sup>18</sup> Véase Zipursky (2003, p. 695); Goldberg y Zipursky (2020).

<sup>19</sup> Véase Zipursky (2005, pp. 105, 106), quien argumenta que "[e]s el derecho del demandante a ser punitivo, no la necesidad del sistema de castigar al demandado, lo que explica la particularidad de los daños punitivos en el derecho de daños estadounidense".

<sup>20</sup> Véase Zipursky (2005).

<sup>21</sup> Véase Zipursky (2012, pp. 1757, 1759, 1771): "los tribunales no han sido capaces de apreciar la manera en que los daños punitivos podrían haber encajado en una concepción del derecho de daños como derecho privado, y es esa falla la que ha contaminado su enfoque integral del tema".

<sup>22</sup> Véase Zipursky (2005, pp. 151-171).

<sup>23</sup> Véase Zipursky (2005, p. 107).

pero la idea subyacente difiere de la noción del derecho del demandante a ser punitivo que opera en la variante privada de Zipursky. La idea subyacente a este enfoque es que el objetivo central de las condenas por daños punitivos debe ser castigar al demandado por el *daño* que su conducta reprochable causó a toda la sociedad, no sólo por el daño que causó a los demandantes en particular que comparecieron ante el tribunal. Esta reconstrucción sugiere que los daños punitivos son entendidos como un castigo por daños a la sociedad y, por lo tanto, deben calibrarse en relación con el alcance total del daño que la conducta del demandante provocó en la sociedad toda. Este punto de vista ha predominado en las opiniones y comentarios de los jueces durante las últimas décadas.<sup>24</sup> Entre las implicancias prácticas de este enfoque, se podría enfatizar su papel detrás de la promulgación de leyes de asignación dividida (presentes en varios estados estadounidenses) que distribuyen las indemnizaciones por daños punitivos entre el demandante y algún fondo público designado al efecto o el Estado. Es relevante señalar que este punto de vista también ha planteado importantes planteos de constitucionalidad de los daños punitivos respecto a cuestiones que hacen al debido proceso (por ejemplo, problemas de castigos múltiples y de proporcionalidad de la sanción, de intensidad de los estándares de prueba requeridos, entre otros).<sup>25</sup>

En otro intento de teorizar la justificación de los daños punitivos sobre la base de decisiones judiciales, los relativamente recientes pronunciamientos

<sup>24</sup> Véase Colby (2003, pp. 583, 586, 603-606), quien describe este consenso como uno que surgió sin razón o explicación alguna durante las últimas décadas. Véase, también, Zipursky (2012, pp. 1757, 1771), quien argumenta que "[e]n el centro de las distintas formas de concebir al derecho de daños actual se encuentra la suposición de que el demandante desempeña, al menos en parte, el rol de un procurador general privado" y que existe "[cierta] proclividad de los jueces de la Corte Suprema de concebir a los daños punitivos como un mecanismo de procuración privada general para impartir castigo y disuasión".

<sup>25</sup> Véase *Phillips Morris USA c. Williams*, 127 Corte Suprema de Estados Unidos (USSC) 1057, 1063 (2007); en ésta, la Suprema Corte sostuvo que "la Cláusula Constitucional del Debido Proceso prohíbe a un Estado utilizar una indemnización por daños punitivos para castigar al demandado por el daño que inflige a terceros que no son parte en el litigio"; véase, también, Dobbs (1989, pp. 831, 854-856), que argumenta que adaptar los daños punitivos para garantizar la disuasión, y no el castigo, acabaría con todas las preocupaciones sobre las garantías procesales penales.

de la Corte Suprema de Estados Unidos en *State Farm c. Campbell*<sup>26</sup> y *Phillip Morris c. Williams*<sup>27</sup> provocaron una oleada de trabajos académicos que defienden la reivindicación de la víctima como el valor central de los daños punitivos en un intento por dar cuenta de las cuestiones de constitucionalidad planteadas en esos casos tan resonantes.<sup>28</sup>

Por ejemplo, Thomas Colby defiende el *castigo privado* como el objetivo principal de los daños punitivos, haciendo hincapié en el castigo individual por conductas altamente reprochables (donde la intencionalidad del comportamiento es uno de los elementos más destacados).<sup>29</sup> Según Colby, los daños punitivos funcionan como sanciones privadas que operan en un marco de derecho privado (es decir, son una forma de *venganza privada legalizada*).<sup>30</sup> Las condenas por daños punitivos, por lo tanto, no pueden equipararse con las sanciones penales (sanciones públicas) y, por esa razón, Colby concluye que las garantías procesales penales no son necesarias en los casos de daños punitivos.<sup>31</sup> De manera similar, Mark Geistfeld ha argumentado a favor de una lógica que justifica la particular posición de los demandantes en un intento de demostrar cómo los daños punitivos satisfacen los requisitos constitucionales del debido proceso tanto sustantivo como procesal.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> 538 U S 408 (2003).

<sup>27</sup> 127 S Ct 1057 (2007).

<sup>28</sup> Véase Sebok (2014, p. 314), quien argumenta que "el debate sobre el derecho positivo en torno a los daños punitivos en los Estados Unidos se ha complicado por una obsesión con el derecho constitucional y que esta complicación puede haber tenido el efecto de suprimir una discusión normativa más explícita sobre los mismos".

<sup>29</sup> Véase Colby (2003, p. 583).

<sup>30</sup> Véase Colby (2008, pp. 392-422), quien sostiene que "[su] concepción de los daños punitivos como un castigo por agravios privados, como una especie de venganza legalizada, armoniza mejor con algunas teorías normativas del derecho de daños, como la del recurso civil, que con otras".

<sup>31</sup> Véase Colby (2008, p. 396), el autor observa que el caso *Philip Morris c. Williams* "no constitucionaliza una particular visión o teoría de los daños punitivos (*la de castigo por agravios privados*) en detrimento de otras; simplemente establece que la constitución excluye una (y sólo una) particular visión o teoría de los daños punitivos (*la de castigo por agravios públicos*, que prevalece actualmente). *Williams* permite así a los estados abordar el problema de la baja detección implementando las propuestas propias del análisis económico del derecho que persiguen crear una categoría de daños extracompensatorios diseñados para garantizar disuasión óptima".

<sup>32</sup> Véanse Geistfeld (2008, pp. 263-264; 2012, p. 116).

Ciertamente, cada uno de estos enfoques sobre los daños punitivos es distintivo y se advierten considerables desacuerdos entre los mismos sobre cuestiones clave. Sin embargo, podemos identificar un patrón común en el abordaje del instituto. Como demuestran claramente las líneas de investigación y los argumentos más comunes seguidos por los autores, el abordaje de los daños punitivos en Estados Unidos, como era de esperar, ha estado estrechamente vinculado a la experiencia doméstica.<sup>33</sup> Como se explicó, la mayor parte de la investigación se ha centrado en describir y evaluar los propósitos o funciones que la jurisprudencia y los estatutos han establecido para los daños punitivos en un esfuerzo por identificar la justificación de tales condenas extracomensatorias.<sup>34</sup> Por último, como se mencionó con anterioridad, debido a que la Corte Suprema ha comenzado recientemente a dictar decisiones sobre el tema (de hecho, a partir de la década de 1990),<sup>35</sup> muchos autores han incorporado desde entonces interrogantes de constitucionalidad en sus agendas de investigación sobre los daños punitivos.<sup>36</sup>

Los académicos angloamericanos han intentado proporcionar reconstrucciones que incorporen tantas características destacadas de la práctica de adjudicar daños punitivos en Estados Unidos como sea posible (en otras palabras, pronunciamientos judiciales, decisiones de jurados, estatutos, etcétera). Cada autor puede ser entendido como avanzando su propia interpretación de los datos disponibles,<sup>37</sup> interpretación que pre-

<sup>33</sup> Véanse Sebok (2014, p. 314); Weinrib (2011), quien entiende la propuesta de Zipursky como una teoría coloquial del derecho de daños estadounidense. Véase, por ejemplo, Zipursky, (2007, p. 134), donde ofrece una reconstrucción interpretativa que es capaz de acomodar lo que se denomina la "regla del no daño" introducida por la Corte Suprema en *Williams*.

<sup>34</sup> Zipursky, (2007, p. 134), que describe este fenómeno como "[el] profundo funcionalismo anti-categorico [que es] el paradigma del pensamiento jurídico ordinario sobre el derecho de daños".

<sup>35</sup> Los tres casos más importantes se han decidido en los últimos 15 años: *BMW v Gore*, 517 US 559 (1996); *State Farm v Campbell*, 538 US 408 (2003); *Phillip Morris v Williams*, 127 S Ct 1057 (2007).

<sup>36</sup> Para una revisión completa y actualizada de las reconstrucciones angloamericanas que se estructura en base a estas líneas discernibles de investigación, véase Sebok (2009, p. 155).

<sup>37</sup> Algunos incluso reconocen explícitamente este tipo de indagación. Véase, por ejemplo, Sebok (2007, p. 1023): "Este artículo aborda el tema de los daños punitivos desde un punto de vista interpretativo. El test de esta teoría es si puede proporcionar una reconstrucción de la práctica de los daños punitivos que se ajuste a sus instituciones y reglas y ofrecer un marco teórico que justifique

senta estas características en el marco de algún "punto" o valor que en última instancia sirve para justificar la práctica como una que es valorada socialmente.<sup>38</sup>

Como he explicado, algunos afirman que la práctica de otorgar daños punitivos se comprende mejor si se la entiende como un medio para que los demandantes logren el castigo de ciertas conductas; otros consideran a la práctica como la forma en que la sociedad en su conjunto lleva a cabo la responsabilidad de castigar a aquellas personas que despliegan conductas reprochables que causan daños masivos; incluso otros entienden a las indemnizaciones por daños punitivos como una oportunidad para mejorar la sociedad al disuadir la ocurrencia futura de conductas altamente reprochables, y así sucesivamente. Por supuesto, ninguna de estas interpretaciones pretende dar cuenta de todos los datos disponibles. Los distintos autores generalmente descartan algunas instancias de la práctica, las que no pueden justificar con arreglo al particular esquema que avanzan, como errores o pasos en falso. Este es un rasgo característico de la fuerte tendencia entre los autores angloamericanos a extrapolar implicancias prácticas de sus análisis, que a menudo sugieren en última instancia propuestas para una reforma legal específica.<sup>39</sup> Sin embargo, este elemento normativo no se presenta como una desconexión entre la teoría y la práctica actual porque, según este tipo de reconstrucción, los distintos abordajes todavía mantienen un "equilibrio" interpretativo. Como explica Dworkin, "[l]a justificación no tiene por qué ajustarse a todos los aspectos o características de la práctica existente, pero debe ajustarse

---

plausiblemente esas instituciones y reglas", y Galanter y Luban (1993, pp. 1393, 1432), quien promueve una reconstrucción de tipo retributiva de la institución, aunque principalmente motivada por la problemática de la cuantificación de los daños punitivos. El punto central de su argumento es que la retribución constituye la base fundamental de la institución y, por lo tanto, los montos de los daños punitivos deben ser calibrados en proporción a la gravedad de la ofensa.

<sup>38</sup> Véase Dworkin (1986, pp. 65-67); Coleman (2001b, p. 193).

<sup>39</sup> Véase Kahn (1999, pp. 7-30), que describe ampliamente esta tendencia a la reforma legal en la doctrina estadounidense). Véase, por ejemplo, Sebok (2007, p. 1030), quien argumenta que "una concepción de los daños punitivos como venganza privada legalizada por el estado es la mejor interpretación de la práctica".



lo suficiente como para que el intérprete pueda verse a sí mismo como interpretando esa práctica, no inventando una nueva".<sup>40</sup>

Es cierto que algunas reconstrucciones reflejan este patrón interpretativo en menor medida que otras. La teoría del multiplicador de Polinsky y Shavell,<sup>41</sup> por ejemplo, se puede leer en líneas puramente normativas,<sup>42</sup> y algunas de las críticas más poderosas que ha recibido atacan no su corrección sino más bien su viabilidad, la cual representa la forma más común de rechazar las propuestas normativas.<sup>43</sup> Incluso estos autores, sin embargo, presentan su modelo como la más explícita, sofisticada reconstrucción del razonamiento detrás de decisiones judiciales que siguen intuiciones esencialmente correctas.<sup>44</sup> Al mismo tiempo, tales autores también insisten muy enfáticamente en el error de ciertas condenas punitivas, como la impuesta en el caso *Exxon Valdez*, que no se alinean con sus teorías.<sup>45</sup>

Podría darse el caso, dado el grado de discrepancia entre las diferentes reconstrucciones y, lo que es más importante, la considerable cantidad de casos paradigmáticos que cada una de ellas termina rechazando, que la práctica estadounidense de adjudicar daños punitivos es demasiado compleja para que pueda ser reconstruida razonablemente mediante un único y coherente ejercicio interpretativo. Es decir, parece existir un *obstáculo fáctico* para la empresa interpretativa en el caso de los daños

---

<sup>40</sup> Véase Dworkin (1986, p. 90), el autor continúa afirmando que, de hecho, los intérpretes constructivos "intentan mostrar la práctica jurídica en su conjunto en su mejor luz, *para lograr el equilibrio entre* la práctica jurídica tal como la encuentran y la mejor justificación de esa práctica" (énfasis añadido).

<sup>41</sup> Véase Polinsky y Shavell (1998, p. 869).

<sup>42</sup> Véase, por ejemplo, Coderch (2000).

<sup>43</sup> Véase, en general, Sunstein, Kahneman y Schkade (1998, pp. 2071, 2126), donde concluyen, con base en los estudios empíricos realizados, que los jurados no son "capaces de pensar en términos de disuasión óptima".

<sup>44</sup> Véase Polinsky y Shavell (1998, pp. 896-900).

<sup>45</sup> Véase Polinsky y Shavell (1998, p. 903). Véase, también, Cooter (1982): "al aplicar la regla del recíproco, los tribunales no deberían conceder daños punitivos en casos como los de *Exxon Valdez*, donde un buque petrolero encalló. Dado que el accidente adquirió amplia repercusión, un actor racional de las características de esta gran corporación no podría esperar escapar a responder por los daños generados". Véase *Exxon Shipping Co Et al v Baker et al*, 554 US 471 (2008).

punitivos, al menos en la forma en que esta etiqueta se utiliza normalmente en Estados Unidos.<sup>46</sup> Prácticas tan fragmentadas y contradictorias como ésta plantean un grave problema al intérprete constructivo; de hecho, que existan sirve como base de un particular escepticismo en cuanto a la interpretación, uno que Dworkin llama "interno".<sup>47</sup>

Resumiendo, se puede inferir que, debido a las inherentes complejidades y contradicciones observables en la práctica actual de imposición de daños punitivos en Estados Unidos, la empresa interpretativa impulsada por los resultados que representa el enfoque dominante en la doctrina angloamericana no puede ofrecer una explicación exhaustiva y coherente de lo que esencialmente justifica dichas condenas extracompenatorias. En cambio, como se ha demostrado, el tratamiento brindado ha contribuido más bien a la confusión. Sin cuestionar demasiado, se considera a los daños punitivos como una parte indiscutible de la práctica del derecho de daños estadounidense y, posteriormente, se pone el foco en un aspecto particular de la institución sobre otros sin realmente tratar de dar cuenta de la naturaleza sancionatoria del instituto.

### **C. El tratamiento de los daños punitivos en los sistemas continentales**

En principio, los daños punitivos no existen en la tradición continental,<sup>48</sup> salvo por algunas recientes excepciones que han tenido lugar en América

<sup>46</sup> Esto ha llevado a algunos autores a sugerir "un cambio en la nomenclatura" de los daños extracompenatorios, véase Calabresi (2005, p. 346).

<sup>47</sup> Véase Dworkin (1986, pp 78, 266-274), el principal reclamo del escéptico interno es "que la práctica jurídica es demasiado contradictoria como para dar lugar a una interpretación que sea completamente coherente". Debo reconocer que otros, aunque de diferentes maneras, han hecho observaciones comparables sobre la práctica estadounidense de adjudicar daños punitivos. Por otra parte, véase Calabresi (2005, p. 336), quien argumenta que los daños punitivos "pueden cumplir al menos cinco funciones bien diferentes" y que cualquier intento de racionalización es problemático porque se "concentrar[á] esencialmente en un ... rol".

<sup>48</sup> Cuando me refiero a la tradición continental en la presente subsección, lo hago en referencia a los sistemas jurídicos de Europa Continental y América Latina, que representa un entendimiento estrecho pero generalizado para fines comparativos. Véase Merryman y Pérez-Perdomo (2007).

Latina<sup>49</sup> y en Europa.<sup>50</sup> Esto no significa, sin embargo, que los mismos no hayan sido discutidos. Por el contrario, la posibilidad de "trasplantar" la institución a ciertas jurisdicciones nacionales ha generado, en las últimas dos décadas, un vigoroso debate entre los académicos de América Latina y Europa Continental.<sup>51</sup> De hecho, escasean las instituciones de derecho privado desarrolladas en la tradición anglosajona que han fascinado a los académicos del derecho de daños continental tanto como los daños punitivos.<sup>52</sup>

La fisonomía del tratamiento brindado por la doctrina y los debates sobre los daños punitivos, sin embargo, siguen líneas muy diferentes a las angloamericanas.<sup>53</sup> La ausencia de una práctica doméstica de imponer condenas por daños punitivos de la cual dar cuenta ha llevado a los autores continentales a concentrarse en el desarrollo de dos líneas de investigación diferentes (aunque ligeramente relacionadas) que considero útil distinguir aquí: una que avanza postulados descriptivos, otra que da cuenta de los normativos. En esta sección, ofrezco caracterizaciones de cada una de ellas.

Para empezar, los enfoques *comparativos* de los daños punitivos se han ocupado primordialmente por responder una pregunta principal: ¿la

---

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, la Ley de Protección del Consumidor de Argentina que trasplantó los daños punitivos al sistema legal del país en 2008 (Ley 26.361 art 52 bis). Para un análisis de la experiencia argentina, véase Martínez Alles (2012). Por su parte, Chile se sumó recientemente a dicha tendencia al incorporarlos también dentro del marco de su Ley de Protección a los Derechos del Consumidor (véase art. 53 [c] Ley N° 21.081 [2018], aunque cabe aclarar que la ley no lo denomina expresamente como "daño punitivo"). El caso de México presenta aristas particulares, ya que los daños punitivos fueron introducidos pretorianamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretando que forman parte del "derecho a una justa indemnización" y que se desprenden de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, que regula el daño moral (véase sentencia recaída al amparo directo 30/2013, pp. 87-91).

<sup>50</sup> En Europa continental, también se pueden identificar algunas recientes señales, aunque quizás más tímidas, que indican una actitud más receptiva de la figura. Así, en Francia se propuso introducir, en el marco del reciente *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile*, una forma de punición (*amende civile*) con el objetivo de atacar supuestos de ilícitos lucrativos. Véase *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile*, art. 1266-1 (2017).

<sup>51</sup> En un esfuerzo por hacer esta presentación más concisa, todas las referencias a países específicos se incluyen en las notas a pie de página que siguen.

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, Cappelletti (2015).

<sup>53</sup> Para una descripción de la doctrina en Europa continental, véase Koziol (2009).

práctica del derecho de daños en los países de tradición continental responde de alguna manera a los tipos de cuestiones que los daños punitivos abordan en el derecho anglosajón? La evolución de ambas tradiciones jurídicas siguió caminos diferentes y ambas tienen instituciones distintivas. Los daños punitivos son un ejemplo conspicuo de ello; sin embargo, el abanico de problemas sociales que los sistemas de inspiración continental y los de corte anglosajón deben abordar son bastante similares, si no idénticos. Al final del día, supuestos de comportamientos altamente reprochables, intencionales, de imprudencia deliberada e indiferencia hacia los derechos y el bienestar de los demás no son exclusivos de los países anglosajones. En todas las jurisdicciones hay demandados que deben ser castigados y comportamientos reprochables que deben ser disuadidos. ¿Cómo responden sus instituciones jurídicas a estas situaciones?<sup>54</sup>

Esta línea de investigación constituye un enfoque clásico de derecho comparado de tipo funcionalista, según el cual la atención de los académicos es captada por una institución peculiar que está anclada a una práctica muy robusta que aún no existe en otros sistemas.<sup>55</sup> La tarea de los académicos es entonces explicar por qué sucede esto.<sup>56</sup> Los trabajos

---

<sup>54</sup> Los estudios comparativos más prominentes sobre daños punitivos son los de Koziol y Wilcox. El más reciente es el de Meurkens y Nordin. Aunque estos estudios no prescriben una sola línea de investigación, la mayoría de los informes de los países se abordan desde una perspectiva comparativa. Estos trabajos han sido de gran ayuda para estudiar la doctrina en Europa continental, y me referiré a muchos de ellos en las siguientes notas al pie.

<sup>55</sup> Para una exposición del uso del enfoque funcionalista en el derecho constitucional, véase Tushnet (1999, pp. 1225-1228): "El funcionalismo afirma que determinadas disposiciones constitucionales crean arreglos que cumplen funciones particulares en un sistema de gobierno. El estudio constitucional comparativo puede ayudar a identificar esas funciones y mostrar cómo las diferentes disposiciones constitucionales cumplen la misma función en diferentes sistemas constitucionales. Entonces sería posible preguntarse si el sistema constitucional de Estados Unidos podría utilizar un mecanismo desarrollado en otro lugar para realizar una función específica, para mejorar la forma en que se realiza esa función aquí".

<sup>56</sup> Para un análisis reflexivo de este método y sus dificultades, véase Kennedy (1997, pp. 545, 561, 588-590). Para una advertencia sobre las limitaciones de las empresas comparativas, véase, por ejemplo, Stapleton (2002, pp. 1225, 1255), quien argumenta que "[e]l derecho comparado puede ser esclarecedor, sin embargo, tiene muchas limitaciones, entre las cuales no menos importantes son las barreras lingüísticas y los prejuicios con los que la mayoría de nosotros operamos cuando intentamos aprender de la experiencia de otros sistemas".

sobre daños punitivos en esta línea han seguido típicamente dos patrones distintivos. 1) Por una parte, los autores han tratado de identificar las instituciones de derecho civil que se asemejan en cierta medida a los daños punitivos. Han dirigido nuestra atención a los mecanismos por los cuales los demandados son condenados a pagar sumas de dinero que exceden el daño que causaron a los demandantes, como es el caso de los daños punitivos en el derecho anglosajón.<sup>57</sup> 2) Por otra parte, los autores han tratado de mostrar cómo la práctica actual de los litigios extracontractuales en determinadas jurisdicciones continentales en realidad conceden daños extracompensatorios, aunque lo harían de manera encubierta.<sup>58</sup> Han señalado la práctica de conceder indemnizaciones "generosas" por daños y perjuicios en casos donde el comportamiento reprochable del demandado es supuestamente tenido en cuenta por los jueces, como es el caso de elevadas indemnizaciones por daño moral, que en realidad debería ser un concepto compensatorio por naturaleza.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Este argumento se ha formulado en los siguientes ordenamientos jurídicos: Francia, véase Borghetti, (2009, pp. 56-58) (quien afirma que "[a]unque los daños punitivos no existen oficialmente como tales bajo la ley francesa, existen algunos mecanismos que tienen cierto parecido con ellos"); Alemania, véase Jansen y Rademacher (2009, p. 75) (observando cómo algunos autores alemanes "señalan ciertas disposiciones del [Código Civil alemán] y de otros códigos que tienen la intención de prevenir comportamientos no deseados y supuestamente contienen elementos de castigo"); Hungría, véase Menyhárd (2008, p. 94) (análisis de las instituciones húngaras, como las cláusulas penales que se asemejan a los daños punitivos); Italia, véase Scarso (2008, p. 106) (en el que se analiza cómo los autores han inferido elementos de daños punitivos de unas pocas disposiciones legales italianas que se asemejan a ellos), y España (2008, pp. 140-151) (refiriendo a que hay algunos elementos punitivos en la ley española de reparación del daño).

<sup>58</sup> Países en donde esta práctica ha sido identificada: Brasil, véase Corrêa (2008) (analiza el uso del daño moral como herramienta punitiva por parte de los jueces en Brasil); Chile, véase Pereira (2005, pp. 61-78) (quien argumenta que las prácticas jurisprudenciales presentan fracturas al principio de reparación integral del daño); Francia, véase Borghetti (2009, pp. 62-67) (reconoce que "[e]s una creencia generalizada entre los abogados y académicos franceses que los tribunales franceses a veces fijan daños y perjuicios no sólo sobre la base del daño sufrido por el demandante, sino también teniendo en cuenta el comportamiento del demandado, con el objetivo de castigar"), y Alemania, véase Jansen y Rademacher (2009, pp. 77-85) (señala que "hay autores que argumentan que los tribunales [alemanes] a menudo conceden daños y perjuicios ... que no pueden considerarse seriamente como puramente compensatorios"). Véase también Oliphant (2008, p. 244) (señala que los reclamos por "daños ejemplares" han sido interpretados por los tribunales como reclamos compensatorios por daños inmateriales).

<sup>59</sup> Véase Büyüksagis, Ebert, Fairgrieve, Meurkens y Quarta (2016, pp. 137-157), quienes argumentan, sobre la base de la labor académica y la jurisprudencia de Alemania, Italia, Países Bajos, Francia y Suiza, que "los daños extra-compensatorios son impuestos con frecuencia por los jueces nacionales,

Desde una perspectiva diferente, otros autores continentales ofrecen reconstrucciones de tipo *normativo* sosteniendo que el derecho privado en sus jurisdicciones carece de las herramientas para tratar de manera adecuada ciertas situaciones de hecho que los jueces del derecho anglosajón abordarían de forma ordinaria mediante la concesión de daños punitivos. Asumen un punto de vista orientado a la política pública y proponen la promulgación de leyes que introduzcan a esta institución en sus sistemas.<sup>60</sup> En el marco de la discusión sobre la conveniencia del trasplante legal de los daños punitivos, dos debates distintivos se han convertido en los más destacados en las variadas jurisdicciones continentales. En primer lugar, existe una continua disputa sobre la *compatibilidad* de esta institución extranjera con los principios rectores del derecho de daños en los sistemas continentales, los que se encuentran dominados por las nociones de compensación y restitución.<sup>61</sup> La lógica compensatoria prevaleciente del derecho de daños sostiene que cualquier indemnización

---

aunque no siempre se exprese abiertamente, y que tal fenómeno no debe considerarse a priori en conflicto con los principios del Derecho europeo".

<sup>60</sup> Para consultar el artículo escrito desde este punto de vista que más claramente ha influido en los debates académicos latinoamericanos sobre daños punitivos, véase Pizarro (1993, p. 287).

<sup>61</sup> La compatibilidad con los regímenes existentes probablemente sea la disputa más importante sobre daños punitivos en los sistemas continentales. Los ejemplos incluyen, en Colombia, García y Herrera (2003, pp. 211, 224-226) (argumentando que los daños punitivos son incompatibles con el carácter compensatorio del derecho privado colombiano); en Francia, véase Borghetti (2009, p. 68) (considerando los argumentos a favor de la compatibilidad [la función de pena privada], y en contra de ella [el principio de reparación integral]); en Alemania, véase Jansen y Rademacher (2009, p. 75) (subrayando que "las únicas funciones de la ley alemana de daños son la reparación del daño y la compensación de las pérdidas resultantes, mientras que el castigo del infractor está estrictamente reservado al derecho penal"); en Hungría, véase Menyhárd (2009, p. 98) (quien analiza la compatibilidad de los daños punitivos con los principios y políticas que subyacen a la ley de responsabilidad civil de Hungría, en particular, los principios de prevención y prohibición de la obtención de ganancias); en Italia, véase Scarso (2009, pp. 106-109) (considerando problemas de compatibilidad con la naturaleza compensatoria de la ley de responsabilidad civil italiana), y en España, véase Del Olmo (2009, p. 154) (quien trata varios problemas de compatibilidad). Para obtener más ejemplos, véase Meurkens y Nordin (2012). Además, véase Koziol (2008, pp. 751-753), quien argumenta que los daños punitivos son incompatibles con los principios fundamentales del derecho privado, y Oliphant (2009, p. 241), indicando que "[h]ay un reconocimiento general del principio de "compensación plena", aunque en determinadas circunstancias el objetivo puede ser simplemente entendido como una compensación "adecuada", "justa" o "razonable". Para una perspectiva diferente, véase Wagner (2012), quien argumenta que los daños punitivos no son incompatibles con el derecho de daños europeo si cumplen una función disuasoria, incluso propone que se use un nuevo término: "daños preventivos".

por daños y perjuicios debe perseguir el único objetivo de indemnizar a la persona lesionada, mientras que no debe prestarse atención a la conducta del demandado. Los tribunales incluso han abordado algunas de estas preocupaciones al tratar la problemática de la ejecución de sentencias extranjeras en las que se otorgaron daños punitivos, argumentando principalmente que son contrarios al *orden público*.<sup>62</sup> En segundo lugar, los autores de prácticamente todas las jurisdicciones continentales se han opuesto a las propuestas de trasplante debido a los problemas de *constitucionalidad* que plantean los daños punitivos, que incluyen problemas de doble sanción, infracciones al principio de legalidad (según el cual la sanción sólo se permite si la conducta ilícita ha sido codificada con precisión), entre otros.<sup>63</sup>

Los debates en estas dos áreas de indagación se han visto afectados en gran medida por la complejidad de la práctica angloamericana de adjudicar daños punitivos. Sin embargo, antes de continuar, conviene señalar que aunque los daños punitivos se originaron en Inglaterra,<sup>64</sup> la percep-

<sup>62</sup> Los más altos tribunales de algunos países europeos se han negado a ejecutar sentencias extranjeras (particularmente estadounidenses) que habían impuesto daños punitivos a los demandados sobre la base de su incompatibilidad con su derecho constitucional y orden público. Principales ejemplos: Alemania, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* (BGHZ, Tribunal Federal de Justicia) 4 de junio de 1992 118, 312 (Alemania); e Italia, Corte di Cassazione (Cass) 17 de enero de 2007 no 1183, *Giur It* 2007, 12, 2724 (It). Recientemente, el Tribunal de Casación italiano cambió su posición original y declaró que las decisiones extranjeras que otorgan daños punitivos no son en principio contrarias al orden público y, por lo tanto, pueden ejecutarse en Italia, véase Corte di Cassazione, *Sezioni Unite* (Cass Sez Un) 5 Julio de 2017, 16601, *AXO Sport, SpA v NOSA Inc*. Para un comentario sobre un caso francés de ejecución de daños punitivos, véase Wester-Ouisse y Thiede (2012, pp. 115-122).

<sup>63</sup> Se han explorado cuestiones de constitucionalidad en países como Colombia, véase García y Herrera (2003, pp. 211, 227) (argumentando que los daños punitivos violarían el principio *nullum crime sine lege* y, por tanto, no tendrían cabida bajo el derecho constitucional colombiano); Alemania, véase Jansen y Rademacher (2009, p. 76) (observando que los daños punitivos plantean problemas de doble sanción y violan el principio de *nullum crime sine lege*); Hungría, véase Menyhard (2009, pp. 99-102) (quien discute problemas de doble castigo y el principio de que "no hay delito sin una ley" en virtud de la Constitución húngara), y Argentina, véase Martínez y Nazareno (2014, p. 688) (para un estudio integral de los desafíos constitucionales de los daños punitivos en Argentina, con especial énfasis en los problemas del *ne bis in idem*).

<sup>64</sup> Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos, por nombrar las jurisdicciones de derecho consuetudinario más importantes, incluyen daños punitivos como parte de su derecho de daños. Sin embargo, como menciona Cane, "los daños punitivos desempeñan un rol más prominente en el

ción actual de la institución en los sistemas continentales está absolutamente dominada por la práctica estadounidense.<sup>65</sup> De hecho, las decisiones judiciales a las que se hace referencia y los autores citados en estudios de daños punitivos son casi exclusivamente de Estados Unidos.<sup>66</sup>

Ahora, por razones similares, ambas agendas académicas (tanto la *comparativa* como la *normativa*) dependen en gran medida de una concepción de la práctica de adjudicar daños punitivos que se asume, más que explorarse. Ambas discusiones parten de una concepción implícita de cómo deben entenderse los daños punitivos y las funciones que ellos desempeñan en los litigios por daños en Estados Unidos. Por su parte, a) el *análisis comparativo funcionalista* típicamente conecta instituciones (por ejemplo, daños punitivos) con problemas sociales en el sistema legal de origen, lo que permite identificar el conjunto de cuestiones que en un sistema particular son abordadas mediante dicho arreglo institucional. Una vez que se establece este marco de comparación, los académicos indagan sobre otros sistemas legales para averiguar cómo esos mismos problemas son abordados en esas jurisdicciones.<sup>67</sup> Dado que la base para la comparación se establece mediante el entendimiento de cómo *funciona la institución* y de las funciones que desempeña en el sistema de origen, los problemas a este nivel sin duda afectarán a toda la empresa comparativa; b) de la misma manera, los *estudios normativos* suponen necesariamente que una determinada institución (por ejemplo, los daños punitivos) cumple una determinada función en un sistema jurídico

---

derecho de daños estadounidense que en el anglosajón quizás porque aquél tiene un carácter más regulatorio que éste último en el cual predomina la función compensatoria" 2011, pp. 257, 262).

<sup>65</sup> Véase, por ejemplo, Coderch (2000, p. 3), observando que los daños punitivos son "arquetípicamente estadounidenses".

<sup>66</sup> Un claro ejemplo de esta tendencia se advierte del contenido de los escasos libros sobre daños punitivos publicados en los sistemas continentales, véanse López (2008); Meurkens y Nordin (2012); Koziol y Wilcox (2009), y Meurkens (2014).

<sup>67</sup> Véase Zweigert y Kötz (1998, p. 34), donde se explica que esta idea "se basa en lo que todo comparatista aprende, es decir, que el sistema jurídico de cada sociedad se enfrenta esencialmente a los mismos problemas y resuelve estos problemas por medios bastante diferentes, aunque muy a menudo con resultados similares". Para conocer la que considero la objeción más interesante a esta metodología, véase Ewald (1995, pp. 1889, 1986).



extranjero. Basándose en ese tipo de entendimiento, los autores sostienen que su propio sistema legal no da cuenta al menos de algunos de los problemas que la institución aborda en el sistema de origen y, por lo tanto, abogan por el trasplante de la institución. Aquí también el particular entendimiento que se tenga de las funciones que se cumplen y del rol que desempeña el arreglo institucional específico en el sistema de origen es de suma importancia.

Dado que la práctica angloamericana es compleja y los daños punitivos cumplen varias funciones diferentes e incluso contradictorias, ambas líneas de investigación presentan grandes dificultades. En efecto, como era de esperar dado el estado del debate en Estados Unidos, ha sido muy difícil para los académicos de América Latina y Europa continental comprender la complejidad derivada de la multiplicidad de concepciones superpuestas de sanción y disuasión en juego.<sup>68</sup> Como resultado, cada autor ha asumido tácitamente una concepción de la institución que desempeña el papel referencial en su estudio. Sin embargo, debido a una insuficiente consideración por la parcialidad de tales entendimientos (probablemente debido a una inocente inadvertencia), terminan haciendo afirmaciones de peso de "de-esto-se-tratan-los-daños-punitivos".<sup>69</sup> Esto es problemático por razones obvias. Claramente, los estudios comparativos que ignoran esta cuestión son defectuosos por sus propios estándares. Además, dichas suscripciones implícitas de cada autor a un particular entendimiento de la práctica denominada "daños punitivos" ha creado problemas semánticos en los debates.<sup>70</sup> En tercer lugar, aunque a primera

---

<sup>68</sup> Véase Martínez (2012, pp. 62-64), donde se describen las contradicciones e inconsistencias generadas por el conjunto de concepciones superpuestas del castigo y la disuasión patentes en los debates académicos y en las decisiones judiciales en que se imponen daños punitivos en Argentina.

<sup>69</sup> Por ejemplo, la gran mayoría de los trabajos académicos sobre daños punitivos en América Latina que han abogado por su introducción legal han retratado a la práctica estadounidense refiriéndose al caso *Ford Pinto*, como si éste fuera el ejemplo paradigmático exclusivo del uso de la institución en Estados Unidos. Véase *Grimshaw v Ford Motor Company*, 1, 19 Cal App 3d 757 (1981).

<sup>70</sup> Por ejemplo, en Argentina, los debates académicos más destacados sobre daños punitivos se han visto afectados por una cuestión semántica precisamente de este tipo. Para un análisis de problemas similares en el contexto europeo, véase Koch (2009, p. 197), señalando que, entre otros factores,

vista no resulta obvio hasta qué punto las discusiones normativas bien articuladas pueden verse afectadas de partir de un entendimiento particularmente estrecho de la práctica de adjudicar daños punitivos (después de todo, alguien podría proponer que un sistema sea reformado mediante la incorporación de una institución diseñada de una manera particular, independientemente de cualquier práctica extranjera actual), de hecho, terminan creando un problema más grave. Debido a que estos académicos suelen abogar por un *trasplante legal*, la presentación de la práctica de origen bajo una caracterización arbitrariamente parcial no da cuenta de *todos* los componentes de la institución cuya introducción propician.<sup>71</sup> Esto ha dado lugar a problemas en la redacción de la legislación y, posteriormente, a cuestiones de implementación.<sup>72</sup>

Retomando las dos vertientes principales del tratamiento brindado a los daños punitivos en las jurisdicciones continentales, se puede inferir que para poder participar de manera efectiva en el debate sobre los mismos los académicos deberían, en vez de intentar mejorar el entendimiento de la práctica angloamericana mediante el ofrecimiento de compilaciones específicas de cada jurisdicción que den cuenta de las (in)compatibilidades de sus propios sistemas legales con la institución, centrarse en dilucidar primero la teoría correcta. Es decir, el debate académico sobre la introducción de los daños punitivos en los sistemas continentales debería,

---

"la falta de definición [del estado de situación de los daños punitivos en Europa] se debe al uso ambiguo de la terminología".

<sup>71</sup> El problema aquí, por supuesto, es la estrategia de trasplante legal. Las propuestas de reforma legal se pueden articular de dos formas diferentes: i) diseñando una nueva institución para ese propósito, o ii) promoviendo un trasplante legal. En el primer caso, un diseño institucional seguramente podría estar inspirado en una práctica legal extranjera, pero mientras haya un esfuerzo notable para crear distintivamente una nueva institución, no debería haber espacio para que los actores legales consideren que la práctica extranjera que inspiró la reforma podría funcionar como un recurso en caso de problemas de aplicación. Éste es precisamente el problema de los trasplantes legales, en los que el contenido del paquete que se está importando es más bien indeterminado. Para una advertencia sobre las serias dificultades de abogar por una estrategia de trasplante legal, véase Schwartz y Appel (2011).

<sup>72</sup> Problemas de este tipo se advierten en la regulación de los daños punitivos en Argentina. Por ejemplo, la normativa no contiene un estándar específico de conducta, no se exige un mayor estándar de evidencia probatoria, entre otras cuestiones.

por tanto, centrarse en la base teórica fundamental de los elementos punitivos domésticos que ya están presentes (aunque de forma encubierta) en las prácticas de adjudicación de daños de sus propios sistemas jurídicos. Las sanciones civiles y otras prácticas sancionatorias encubiertas de adjudicación de daños se han identificado ampliamente en la mayoría de las jurisdicciones continentales (más comúnmente bajo la retórica del "daño moral"). El componente punitivo de estas prácticas revela la deficiencia de argumentos puramente dogmáticos contra los daños punitivos, que básicamente proclaman que el castigo y la retribución se consideran dominio exclusivo del derecho penal y más allá de los límites del derecho de daños.<sup>73</sup> Un debate académico genuino debe mostrar voluntad no sólo de hacer visibles esos elementos punitivos ocultos que se patentizan en sus prácticas locales de adjudicación de daños, sino también de iniciar una discusión profunda sobre el espacio de la sanción en el derecho privado actual,<sup>74</sup> que este menos restringida por los alegados límites dogmáticos entre el derecho privado y el derecho público.<sup>75</sup>

## D. Conclusión

Con el fin de superar las deficiencias y dificultades introducidas en los debates académicos continentales sobre los daños punitivos por la influencia dominante de la doctrina angloamericana y su experiencia con la institución, ha llegado el momento de *reorientar* el debate académico hacia la base teórica fundamental de los elementos punitivos que ya están presentes, aunque de manera encubierta, en las prácticas locales de adjudicación de daños de la mayoría de las jurisdicciones continentales. El debate actual sobre el derecho de daños continental debe, por un lado, reconocer la insuficiencia del entendimiento tradicional del derecho

---

<sup>73</sup> Para el argumento de que la tendencia de los sistemas continentales a negar el carácter punitivo de las condenas extra-compensatorias que se otorgan a las víctimas tiene raíces antiguas, véase Englard (2012, pp. 1, 2).

<sup>74</sup> Después de todo, cualquier sistema jurídico que imponga sanciones de manera encubierta sin proporcionar una justificación genuina debería *a priori* ser considerado cuestionable.

<sup>75</sup> Para un mayor desarrollo de este particular enfoque, véase Martínez (2020, pp. 107-32).

de daños como un mecanismo privado exclusivamente compensatorio y, por el otro, concentrar sus esfuerzos en determinar el espacio adecuado para la sanción y la disuasión en el derecho privado.

## **Fuentes**

Amparo directo 30/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de febrero de 2014.

Borghetti, J. S. (2009), "Punitive damages in France", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*.

Büyüksagis, E., Ebert, I., Fairgrieve, D., Meurkens, R. C. y Quarta, F. (2016), "Punitive Damages in Europe and plea for the recognition of legal pluralism", *European Business Law Review*.

Calabresi, G. (2005), "The complexities of torts: the case of punitive damages", en Madden, S. (ed.), *Exploring Tort Law*.

Calabresi, G. (2007), "Toward a unified theory of torts", *Journal of Tort Law*.

Cane, P. (1997), *The Anatomy of Tort Law* 114.

Cane, P. (2011), "Searching for United States tort law in the antipodes", *Pepperdine Law Review*, 38.

Cappelletti, M. (2015), "Punitive damages and the public/private distinction: a comparison between the United States and Italy", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 32.

Coderch, P. S. (2000), "Punitive damages", *InDret*, 1.

- Colby, T. B. (2003), "Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual, private wrongs", *Minnesota Law Review*, 87.
- Colby, T. B. (2008), "Clearing the smoke from Phillips Morris v. Williams: the past, present and future of punitive damages", *Yale Law Journal*, 118.
- Coleman, J. (2001a), *The Practice of Principle*.
- Coleman, J. (2001b) "Tort law and tort theory: preliminary reflections on method", en Postema, G. (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*.
- Cooter, R. D. (1982), "Economic analysis of punitive damages", *Southern California Law Review*, 56.
- Cooter, R. D. (1989), "Punitive damages for deterrence: when and how much?", *Alabama Law Review*, 40.
- Cooter, R. D. (1997), "Punitive damages, social norms, and economic analysis", *Law & Contemporary Problems*, 60.
- Corrêa de Andrade, A. G. (2008), *Indenização Punitiva*.
- Corte Suprema de Estados Unidos (USSC) (2007), Phillips Morris USA c. Williams, 127 1057, 1063.
- Craswell, R. (1999), "Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives", *Michigan Law Review*, 97.
- Del Olmo, P. (2009), "Punitive damages in Spain", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*.

Dobbs, D. B. (1989) "Ending punishment in 'punitive' damages: deterrence-measured remedies", *Alabama Law Review* 831, 40.

Englard, I. (2012), "Punitive damages-a modern conundrum of ancient origin", *JETL*, 3.

Ewald, W. (1995), "Comparative jurisprudence (I): what was it like to try a rat?", *University of Pennsylvania Law Review*, 143.

Galanter, M. y Luban, D. (1993), "Poetic justice: punitive damages and legal pluralism", *American University Law Review*, 42.

García Matamoros, L. V. y Herrera Lozano, M. C. (2003), "El concepto de los daños punitivos o punitive damages", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 5/1.

Geistfeld, M. A. (2008), "Punitive damages, retribution, and due process", *California Law Review*, 81.

Geistfeld, M. A. (2012), "Due process and the deterrence rationale of punitive damages", en Meurkens, L. y Nordin, E. (eds.), *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*

Goldberg, J. C. P. y Zipursky, B. (2010), *Torts*.

Goldberg, J. C. P. y Zipursky, B. (2020), *Recognizing Wrongs*.

Honoré, T. (1997), "The morality of tort law-questions and answers", en Owen, D. G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*.

Hylton, K. L. y Miceli, T. J. (2005), "Should tort damages be multiplied?", *Journal of Law, Economics and Organization*, 21.

- Jansen, N. y Rademacher, L. (2009), "Punitive damages in Germany", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*.
- Kahn, P. W. (1999), *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*.
- Kennedy, D. (1997), "New approaches to comparative law: comparativism and international governance 1997", *Utah Law Review*, 545.
- Kircher, J y Wiseman, C. (2014), *Punitive Damages: Law and Practice*.
- Klinck, R. A. (2001), "Symposium. Reforming punitive damages: the punitive damage debate", *Harvard Journal on Legislation*, 38.
- Koch, B. A. (2009), "Punitive damages in European law", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*.
- Koziol, H. (2008), "Punitive damages-a European perspective", *Louisiana Law Review*, 68.
- Koziol, H. (2009), "Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation?", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*.
- López Herrera, E. (2008), *Los daños punitivos*.
- Martínez Alles, M. G. (2012), "¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima", *XIV Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 55.
- Martínez Alles, M. G. (2020), "La dimensión retributiva del derecho de daños: la perspectiva de la víctima", en Papayannis, D. M. y García

Amado, J. A. (eds.), *Dañar, Incumplir y Reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*.

Martínez Alles, M. G. y Nazareno, P. (2014), "Desafíos constitucionales de los daños punitivos: los problemas del *ne bis in idem*", en Legarre, S., Grosman, L. S., Rivera, J. C. y Elías, J. S. (eds.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*.

Menyhárd, A. (2009), "Punitive damages in Hungary", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*.

Merryman, J. H. y Pérez-Perdomo, R. (2007), *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3a. ed.

Meurkens, R. C. (2014), *Punitive Damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*.

Oliphant, K. (2008), "The nature and assessment of damages", en Koziol, H. y Schulze, R. (eds.), *Tort Law of the European Community*.

Pereira Fredes, E. (2005), "Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado", *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, 7.

Pino Emhart, A. (2018), "Restaurar para corregir: la dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual", en Papayannis, D. y Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*.

Polinsky, M. y Shavell, S. (1998), "Punitive damages: an economic analysis", *Harvard Law Review*, 111.

Posner, R. A. (1995), *Overcoming Law*.



- Pizarro, R. D. (1993), "Daños punitivos", en De Carlucci, A. K. (ed.), *Derecho de Daños: Libro en Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*.
- Priest, G. (2002), "Introduction: the problem and efforts to understand it", en Sunstein C. et al. (eds.), *Punitive Damages: How Juries Decide*.
- Robinette, C. J. (2013), "Party autonomy in tort theory and reform", *Journal of Tort Law*, 6.
- Scarso, A. P. (2009), "Punitive damages in Italy", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*.
- Schwartz, G. T. (1997), "Mixed theories of tort law: affirming both deterrence and corrective justice", *Texas Law Review*, 75.
- Schwartz, V. E. y Appel, C. E. (2011), "Exporting United States tort law: the importance of authenticity, necessity, and learning from our mistakes", *Pepp L Rev*, 38.
- Sebok, A. J. (2007), "Punitive damages: from myth to theory", *Iowa Law Review*, 92.
- Sebok, A. J. (2009), "Punitive damages in the United States", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*.
- Sebok, A. J. (2014), *Normative Theories of Punitive Damages: The Case of Deterrence*, en Oberdiek, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*.
- Stapleton, J. (2002), "Bugs in anglo-american products liability", *S Cal L Rev*, 53.

- Sunstein, C. R., Kahneman, D. y Schkade, D. (1998), "Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)", *Yale Law Journal*, 107.
- Tushnet, M. (1999), "The possibilities of comparative constitutional law", *Yale LJ*, 108.
- Wagner, G. (2012), "Punitive damages", en Basedow, J., Hopt, K. J., Zimmermann, R. y Stier, A. (eds.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*.
- Weinrib, E. (2011), "Civil recourse and corrective justice" *Florida State University Law Review*, 39.
- Wester-Ouisse, V. y Thiede, T. (2012), *Journal of European Tort Law*, 3.
- Zipursky, B. C. (2003), "Civil recourse, not corrective justice", *The Georgetown Law Journal*, 91.
- Zipursky, B. C. (2005), "A theory of punitive damages", *Texas Law Review*, 84.
- Zipursky, B. C. (2007), "Punitive damages after Philip Morris USA v. Williams", *Court Review*, 44.
- Zipursky, B. C. (2012), "Palsgraf, punitive damages, and preemption", *Harvard Law Review*, 125.
- Zweigert, K. y Kötz, H. (1998), *Introduction to Comparative Law*, 3a. ed.

# **Notas sobre la intervención de los tribunales constitucionales en la construcción del derecho de daños**

---

Carlos Pizarro Wilson\*

\* Profesor de derecho civil en la Universidad Diego Portales. Doctor en derecho por la Universidad Paris II Panthéon-Assas.

SUMARIO: A. Introducción; B. La teoría de la responsabilidad civil, una construcción doctrinal y jurisprudencial; C. Regímenes especiales de responsabilidad civil y leyes restrictivas; D. Control constitucional del elemento del daño de la responsabilidad civil; I. México. El daño moral y los daños punitivos; II. La proporcionalidad del daño frente a la Constitución; E. Conclusión.

## **A. Introducción**

El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado no es novedad. En países como México en que la justicia constitucional se mantiene en los tribunales estatales, en particular la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, alejado del modelo de Tribunales Constitucionales separados y autónomos, es importante interrogarse sobre el impacto de la jurisprudencia constitucional sobre el ámbito de la responsabilidad civil. ¿Cuál ha sido la intervención que ha tenido la jurisprudencia constitucional en la teoría de la responsabilidad civil o derecho de daños? Esta denominación, derecho de daños, seguida en Argentina y España, muestra desde ya un cambio en la perspectiva de la comprensión de la doctrina que se ocupa de las indemnizaciones de perjuicios o daños causados en accidentes, al colocar el énfasis en el elemento del daño y no en la imputación, la culpa, como lo era en la teoría tradicional de la responsabilidad civil.

Aludimos al derecho de "daños" para resolver si procede o no una indemnización de perjuicios a una persona, natural o jurídica, que a propósito

de un accidente ha resultado lesionada en un bien patrimonial o extra-patrimonial. Mientras la codificación del siglo XIX colocó el énfasis en la imputabilidad subjetiva, la necesidad de la culpa, el siglo XX y en este el hincapié ha estado puesto en el elemento del daño, la necesaria indemnización o reparación de los perjuicios.

La teoría del derecho de daños o la responsabilidad civil —que utilizaré como sinónimos, pues en Chile se mantiene la segunda expresión— es un terreno privilegiado del derecho de las obligaciones, un reducto cuyo monopolio al menos los civilistas reclaman para sí. En el caso de Chile, aparece recogida como una fuente de las obligaciones en el artículo 1437 del Código Civil bajo las expresiones "delitos" y "cuasidelitos", y su regulación está prevista en los artículos 2314 y siguientes del mismo texto legal. Se destaca, además, que en Chile existe un Estado unitario y las leyes son, por ende, nacionales, por lo que tenemos un único Código Civil que data de 1856.

A pesar del tradicional monopolio de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho civil, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, desde hace ya un tiempo, y no sólo en este terreno, muestra que no pocas veces éstos intervienen para recordar no sólo a los civilistas, sino también a los legisladores, quién detenta la supremacía normativa, o la última palabra, ya sea para expulsar normas del sistema legal, dejarlas sin aplicación o impedir que se integren al ordenamiento jurídico, conforme se reconozca un sistema preventivo o represivo de constitucionalidad. Cual cancerbero de la norma constitucional, las leyes relativas a la responsabilidad civil no escapan al control constitucional.

A diferencia de México, en Chile existe un Tribunal Constitucional, órgano independiente de la Corte Suprema, el cual ejerce un control preventivo de los proyectos de ley, en algunos casos forzado, en otros, a petición, y, además, tiene el monopolio del control constitucional represivo a través del recurso de inaplicabilidad que permite dejar sin efecto una ley para un caso específico, y si se reitera la jurisprudencia acerca de la inconsti-

tucionalidad de una ley se puede incluso expulsar la norma del ordenamiento jurídico.<sup>1</sup>

En cambio, en México el control constitucional recae en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la cual, entre varios mecanismos descritos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, destaca la acción de inconstitucionalidad a fin de evaluar la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, conforme dispone el artículo 105. En Chile, un largo tiempo operó en forma idéntica en lo que se refiere al recurso de inaplicabilidad, potestad que le fue suprimida a la Corte Suprema y radicada en forma exclusiva en el Tribunal Constitucional. En el proceso constituyente que se inicia en Chile es uno de los debates que se afrontará, pues una alternativa propuesta con intensidad ante el desprestigio del Tribunal Constitucional es su desaparición y el retorno al control de constitucionalidad por la Corte Suprema.

Con todo, en ambos sistemas, al tratarse del control represivo se recurre a una acción de inaplicabilidad para el caso en concreto, lo que es determinado en Chile por el Tribunal Constitucional y en México por la SCJN. Mediante dicha acción constitucional se puede dejar sin efecto una norma por ser contraria a la Constitución en un caso específico, sin que en Chile eso signifique un precedente obligatorio para los jueces en otros casos, pues se reconoce un efecto limitado a las sentencias judiciales. Es decir, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo impedirá en el caso específico la contienda pendiente, la aplicación de la ley si es considerada inconstitucional. Este fenómeno ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional chileno haya reconocido un principio de responsabilidad,<sup>2</sup> y se haya

---

<sup>1</sup> Pardow y Verdugo (2015, p. 123 y ss).

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional, Rol 6242-2019, de 30 de enero de 2020. En su considerando 16 señala: "Que a mayor abundamiento, ésta (sic) Magistratura Constitucional ha señalado precedentemente que el principio de responsabilidad -la obligación de responder por los perjuicios causados por la infracción de un deber jurídico- no queda restringido al ámbito puramente legal, pues está incorporado al ordenamiento constitucional, el que no sólo otorga rango constitucional a la responsabilidad civil y penal, sino que consagra estatutos concretos de responsabilidad o bien se lo ha encomendado al legislador según lo expresado en Roles 943, c.13o., 2747, c.5o. y; 2801, c.5o.".

recurrido al principio de proporcionalidad para evitar indemnizaciones que se consideran extremadamente cuantiosas, por ejemplo, la sentencia que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad del artículo 108, letra b, de la Ley de Propiedad Industrial, Ley 19.039.<sup>3</sup>

Es lo que en México ha ocurrido en el ámbito de la responsabilidad civil entre privados, a propósito de la indemnización del daño moral, cuya cuantía, conforme los amparos 30 y 31 de 2013, declaró inaplicable el artículo 1916 del Código Civil Federal en la parte que refiere considerar para la cuantificación del daño la situación socioeconómica de la víctima, abriendo legitimidad a establecer daños punitivos en el ámbito de la responsabilidad civil.

Esta jurisprudencia, sin embargo, conforme lo muestra el amparo 6097/2016, se limitaría al ámbito de las relaciones entre privados, mas quedaría incólume la aplicación del artículo 1916 al tratarse del Estado, lo que establece una diferencia crucial entre estos dos órdenes de responsabilidad, la privada y del Estado.

Los amparos mencionados muestran la importancia de la jurisprudencia constitucional en la responsabilidad civil, pues se ha integrado una institución compleja: los daños punitivos, por vía pretoriana, es decir, por decisión jurisprudencial, sin texto legal que los reconozca, y a propósito de la inaplicabilidad de un criterio o parámetro de la evaluación pecuniaria del daño moral.

En Chile también han existido fallos del Tribunal Constitucional que han incidido en la teoría de la responsabilidad civil. Por ejemplo, el artículo 2331 del Código Civil que impide la indemnización del daño moral o, al menos, así se entendía al excluir la reparación de una indemnización pecuniaria, a menos que se probara daño emergente o lucro cesante que

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2437-2013, de 14 de enero de 2004; Pino (2015, pp. 207 y ss).



pudiere apreciarse en dinero en las hipótesis de injuria. Quedaba, según una interpretación tradicional, excluido el daño moral, rubro en estos casos muy relevante.<sup>4</sup> El Tribunal Constitucional en varias oportunidades, aunque no en forma unánime, ha declarado la regla inconstitucional por excluir la indemnización del daño moral por imputaciones injuriosas. A propósito de esta regla y otras, el Tribunal Constitucional reconoce un principio de responsabilidad, que comprende el derecho a toda persona a la que se le ha causado un daño a obtener una indemnización.<sup>5</sup>

Si bien durante más de un siglo las reglas de la responsabilidad civil nadaron separadas de la Constitución, no hay duda de que ha sido uno de los ámbitos del derecho civil en los que se ha manifestado desde hace ya tres décadas el fenómeno denominado de la "constitucionalización del derecho civil".<sup>6</sup>

Las normas de la responsabilidad civil deben quedar sometidas al control constitucional. Por cierto, no es un fenómeno, el de la constitucionaliza-

---

<sup>4</sup> "Artículo 2331. Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

<sup>5</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 943-2007, de 10 de junio de 2008; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1569-2009, de 9 de marzo de 2010; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1463-2009, de 23 de septiembre de 2010; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1419-2009, de 9 de noviembre de 2010; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1741-2010, de 15 de marzo de 2011; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1798-2010, de 29 de marzo de 2011; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 1723-2010, 24 de mayo de 2011, sin que se alcanzara el quorum para derogar el precepto; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2085-2011, de 7 de junio de 2012; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2071-2011, de 19 de junio de 2012; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2255-2012, de 29 de enero de 2013; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2410-2013, de 29 de agosto de 2013; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2422-2013, de 24 de octubre de 2013; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2747-2014, de 25 de agosto de 2015; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2801-2015, de 28 de agosto de 2015; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2887-2015, de 26 de enero de 2016; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 2860-2016, de 26 de enero de 2016; Sentencia Tribunal Constitucional Rol 2915-2015, 19 de mayo de 2016; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 3194-2016, de 6 de junio de 2017; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 278-2018, de 4 de junio de 2019; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 6383-2019, de 16 de octubre de 2019; Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 7004-2019, de 22 de octubre de 2019. Todas estas sentencias acogen el recurso de inaplicabilidad, declarando, en forma total o de manera parcial, en la mayoría de las sentencias, inaplicable el artículo 2331 del Código Civil.

<sup>6</sup> Véanse Domínguez (1996, pp. 107 y ss.); Corral (2013, pp. 65 y ss.); Corral (2004, pp. 47 y ss.); Corral (2018, pp. 1 y ss.); Barros (2020, pp. 259 y ss.); Kemelmajer (2001, pp. 671 y ss.).

ción del derecho, que se limite a la responsabilidad civil, sino que alude a todo el derecho civil. Las leyes no pueden escapar a la supremacía de la Constitución.

Abordar el fenómeno de la constitucionalización de la responsabilidad civil y, sobre todo, la influencia de los tribunales constitucionales en la responsabilidad civil a través de su jurisprudencia constituye el objeto de este trabajo.

Descubrir en qué la jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha influido en la responsabilidad de índole civil amerita referirse a la forma en que se construye la responsabilidad civil, lo que permite abordar las dos cuestiones en que, a mi entender, los tribunales han mostrado una influencia relevante para caracterizar la responsabilidad civil. Por un lado, la necesidad de excluir regímenes especiales y más favorables para determinados sectores o potenciales responsables y, por otro, la influencia en el elemento del daño, condición sustantiva y capital de la responsabilidad civil.

## **B. La teoría de la responsabilidad civil, una construcción doctrinal y jurisprudencial**

La responsabilidad civil o, más bien, la teoría de la responsabilidad civil se ha construido desde el siglo XIX con un puñado de reglas, más bien simples, pero que han permitido a la doctrina y a la jurisprudencia, con esas pocas normas, resolver los problemas de daños. En los países de la familia del derecho continental, en oposición al *common law*, los códigos viejos, como en el caso chileno, han requerido el auxilio de la doctrina y la jurisprudencia para afrontar la evolución en materia de accidentes; quizá en México esto es un fenómeno menos intenso, aunque presente, pues las reglas que gobiernan la responsabilidad civil son más recientes y acogen lo que la doctrina y jurisprudencia en otras latitudes realizan por la vía de la interpretación.

Estas pocas reglas, sin duda escasas, no fueron óbice para que los autores desde el siglo XIX, mediante una interpretación extensiva, constru-

yeran el actual edificio de la responsabilidad civil. Una doctrina maciza que permitió resolver más o menos la pluralidad de problemas que se fueron generando por los accidentes que poco a poco se multiplicaron a lo largo del siglo XX. Accidentes de tránsito, por negligencias médicas, ambientales, productos defectuosos, accidentes de trabajo, en el transporte, con el uso de nuevas tecnologías, etcétera.

Un infinito de nuevas situaciones de responsabilidad que en una gran parte fueron absorbidos por esta teoría general de la responsabilidad, bajo el principio de que se responde por culpa, lo que no ha obstaculizado ciertos regímenes objetivos por vía pretoriana.

No sólo eso, también nuevos daños se fueron agregando a los clásicos daño emergente y lucro cesante; por lo pronto, el impulso dado al área por la creciente aceptación del daño moral, reconocido en forma explícita en el Código Civil mexicano. En Chile, al reconocerse en el ámbito contractual decayó la importancia de distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual en caso de accidentes. Se suma el fenómeno de proliferación de distintos perjuicios específicos, tales como los de agrado, sexual, estético, de afección; más la pérdida de la posibilidad y de manera contemporánea la discusión sobre la aceptación del perjuicio por lesión a un derecho fundamental.

Pese a la adaptación creciente —incluso una denunciada hipertrofia del sistema de responsabilidad civil, que no ha escapado a la crítica, al esconder un derecho de las víctimas, a partir de una interpretación extensiva de sus reglas, esas pocas reglas del título XXXV del libro IV del Código Civil chileno—, el legislador no se ha privado de ir estableciendo regímenes especiales de responsabilidad civil, ya sea para facilitar la reparación de las víctimas, pero también, en algunos casos, para limitar o excluir la responsabilidad de ciertos sujetos de derecho.

Ignoro en gran medida cómo ha evolucionado la responsabilidad en México. Conforme se lee en el Código Civil Federal, el sistema general de

responsabilidad es propio al derecho continental, aunque bastante más detallado y contemporáneo que el Código Civil chileno, con cierta perplejidad veo que recoge como imputación en los ilícitos la infracción a las buenas costumbres y otras particularidades.

Ocurre, en todo caso, en México y en Chile, como en la mayoría de los sistemas legales, la proliferación de regímenes especiales, a pesar de las reglas generales del Código Civil, el legislador, ya sea por presión social o necesidad, dicta leyes que regulan los daños ocasionados en determinados sectores. Es usual que aparezcan un derecho de daños especial en materia ambiental, productos defectuosos, accidentes de trabajo, negligencias médicas, transporte, hidrocarburos, pesticidas, responsabilidad del Estado, propiedad intelectual, propiedad industrial y un largo etcétera.

En ese amplio espectro de leyes especiales puede presentarse un problema de constitucionalidad, si a propósito de leyes especiales se favorece a un potencial agente de daño. Es lo que se conoce como las leyes restrictivas o exclusivas de responsabilidad civil.

A título de conclusión, podemos observar que en los sistemas de derecho continental los códigos civiles contemplan las reglas generales de responsabilidad civil basados en un esquema de culpa y, de manera excepcional, de responsabilidad objetiva, y que en esos sistemas legales proliferan los regímenes especiales restando coherencia y sistematización al derecho de daños.

### **C. Regímenes especiales de responsabilidad civil y leyes restrictivas<sup>7</sup>**

Los regímenes especiales de responsabilidad civil pueden definirse como una normativa acerca de determinados accidentes que causan daños en

---

<sup>7</sup> Sigo acá mi trabajo "El control constitucional de las leyes restrictivas de responsabilidad civil, a propósito del leasing de automóviles", aceptado para publicación en la *Revista Estudios Constitucionales*, cuyo origen estuvo precisamente en esta conferencia.

los que el régimen común previsto en el Código Civil no es suficiente o actúa de manera supletoria. Es decir, nos encontramos ante normas que se apartan del derecho común de la responsabilidad civil, si se quiere, de las reglas del Código Civil que regulan la responsabilidad civil.

A pesar de todos los avances, excesos y extrapolaciones que se han hecho del régimen común, en el que batallan las denominadas presunciones de culpa, aligeramiento de la culpa, la teoría de la culpa infraccional, un cierto régimen objetivo de la responsabilidad del empresario por el hecho de los dependientes, en no pocas áreas de la responsabilidad civil, los artículos 2314 y siguientes del Código Civil han resultado insuficientes, lo que ha desencadenado, desde hace más de un siglo, un fenómeno de descodificación constante en la responsabilidad civil, al menos en la extracontractual.

Más allá de este fenómeno de descodificación, la propia doctrina junto a la jurisprudencia ha ido delineando un régimen de responsabilidad en el que las reglas del título XXXV del libro IV son sólo el inicio de un edificio sofisticado que permite a las víctimas reclamar la indemnización por los daños ocasionados.

El fenómeno de los regímenes especiales se ha verificado en una hipótesis amplia que ha buscado facilitar la reparación de los daños y en otro, menos visto y más excepcional, que ha pretendido excluir o aligerar la responsabilidad.

Un fenómeno menos observado, sin embargo, es aquel relativo a las leyes limitativas o exclusivas de responsabilidad. Ya no se trata de aumentar las posibilidades de indemnización de la víctima, aligerando la culpa por la cual se responde, o estableciendo un régimen objetivo de responsabilidad o presunciones de culpa. Por el contrario, el legislador busca favorecer a determinados agentes de daños sectoriales, excluyendo su responsabilidad o dificultando su procedencia. Las leyes restrictivas se han definido como:

aquellas por las cuales el legislador prevé de atenuar o suprimir la responsabilidad civil de determinados sujetos de derecho en relación a aquellos respecto de los cuales debía normalmente responder conforme el derecho común de la responsabilidad extracontractual o contractual o de acuerdo a un régimen particular más favorable a la víctima, ya sea para privar a ésta de la indemnización que le corresponde, o transferir el peso de esa indemnización a otra persona o sobre la colectividad.<sup>8</sup>

La misma autora manifiesta que el legislador contemporáneo multiplica las leyes circunstanciales o sin gran reflexión con el objeto de paliar lo imprevisto o acallar la presión de grupos sectoriales, lo que conspira contra el carácter general de la ley, atenuando el vigor del derecho común previsto en los códigos civiles. Esto ha justificado señalar que, al favorecer intereses particulares, el legislador pierde de vista el interés general, abusa de su legitimidad y compromete la dignidad de la ley.<sup>9</sup>

Es a propósito de este fenómeno que, como lo ha sugerido la profesora Cécile Pérès, resulta necesario interrogarse sobre las leyes restrictivas en materia de responsabilidad civil y su control constitucional. El riesgo que existe frente a estos regímenes especiales consiste en que "estas reglas restrictivas, tomen la apariencia de un derecho de la no-responsabilidad a favor de ciertos ciudadanos".<sup>10</sup>

El legislador dicta este tipo de leyes restrictivas de manera más bien escasa, pues es más frecuente que multiplique los daños indemnizables o amplíe los regímenes objetivos de responsabilidad, favoreciendo en ambos casos a las víctimas. Es decir, el fenómeno suele darse a la inversa cuyo objetivo es favorecer la indemnización y no limitarla, entorpecerla o derechamente excluirla.

---

<sup>8</sup> Pérès, (2008, p. 809).

<sup>9</sup> Pérès, (2008, p. 809).

<sup>10</sup> Pérès, (2008, p. 809).

La denuncia del sentimentalismo del legislador al crear regímenes especiales que favorecen la indemnización no se ha hecho esperar, lo que contrasta con leyes restrictivas que, si bien existen, son minoritarias, lo que apacigua el problema, pero no calma su posible aumento. No es poco el clamor de determinados sectores por beneficiarse de un régimen especial de responsabilidad que limite la indemnización o la dificulte, ya sea en los ámbitos médico, de internet, bancario, automotriz u otros. Así ocurre en un asunto de la mayor actualidad, aunque por vía contractual, tratándose de la compraventa de millones de dosis de vacuna contra el covid-19. El gobierno chileno en los contratos de compraventa ha aceptado cláusulas de exclusión de responsabilidad e incluso de indemnidad. En otros términos, el Estado chileno acuerda que la vendedora resultará indemne al asegurarle que no será responsable e incluso deberá adelantar lo necesario para la defensa de la compañía ante eventuales demandas. Es obvio que estas cláusulas no alcanzan a los terceros, los ciudadanos inoculados, pues rige el efecto relativo del contrato, lo que impide la oponibilidad de la cláusula al vacunado, quien de manera libre puede demandar, ante eventuales efectos nocivos de la vacuna, a los laboratorios o al Estado. Sin duda que eso no está exento de controversia, pues puede tratarse de un riesgo del desarrollo —un efecto dañino desconocido a la época de introducción de la vacuna en el mercado—. <sup>11</sup>

Frente a estas leyes restrictivas de la responsabilidad, la interrogante que surge refiere a su control constitucional. O bien dejamos al legislador libre para implementar las leyes restrictivas que le parezcan, alejado de cualquier control, lo que redundaría en mantener el monopolio de las reglas de responsabilidad en el legislador sin control constitucional para adaptarla a fenómenos de daños que surgen en la sociedad, o bien debe quedar sometida la labor legislativa en este terreno a un control constitucional.

Nos parece que, en este sentido, las leyes restrictivas de responsabilidad civil deberían quedar sometidas al control del interés general. <sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> La Tercera online, visitada el 13 de mayo de 2021.

<sup>12</sup> Peña y Rosales (2001, p. 483 y ss.).

El interés general, sugiere Pérès, ha sido la noción utilizada o que se pretende debiera servir para excluir leyes especiales en materia de responsabilidad civil que introducen ventajas para determinados potenciales agentes de daños. El interés general constituye un estándar jurídico, un concepto flexible, un instrumento que permite una justificación ideológica de políticas públicas y aún más un concepto que lejos de su concepción tradicional, al padecer el posmodernismo, ha debido adaptarse para mantener un uso vivo en la jurisprudencia constitucional, cuyo ejemplo puede encontrarse en el ámbito de la responsabilidad civil.<sup>13</sup>

Quisiera ahora utilizar un ejemplo de la jurisprudencia constitucional chilena para mostrar el problema.

En Chile este problema se suscitó a propósito de una norma en materia de accidentes de tránsito que excluye la responsabilidad objetiva del propietario del vehículo participante en el accidente si la propiedad del automóvil deriva de un *leasing*. Es decir, un arrendamiento con opción de compra. Si bien el propietario, en general, aunque no conduzca el vehículo responde por los daños causados por el conductor de su vehículo, bajo el modelo de la responsabilidad vicaria, eso no opera, en la ley chilena, en el caso que se trate de un propietario en *leasing*.

Vemos sin problema una exclusión de responsabilidad específica para un tipo de propietario de vehículos, los propietarios en *leasing*. El propietario clásico responde sólo por el hecho de serlo, aquel en *leasing* no lo hace, por exclusión de la ley.

Los tribunales constitucionales, con relación a la responsabilidad civil, de manera pronta reconocieron el derecho a la indemnización bajo el supuesto de que nadie puede causar daño a otro sin asumir la consecuencia de reparar el daño causado. Es decir, la Constitución reconoce

---

<sup>13</sup> Pérès (2008, p. 806 y 807).



un principio de responsabilidad. Esto cubre dos dimensiones: por un lado, el derecho a la reparación del daño causado y, por otro, el derecho a la acción para reclamar la indemnización. En Chile se habla de que la Constitución reconoce un principio general de indemnización. El fundamento de dicho reconocimiento se construye a partir del derecho fundamental a la integridad física y síquica de las personas.

En el caso, en cambio, de la ley que excluye la responsabilidad del propietario en *leasing* se esgrimió el principio de igualdad, lo que generaría una discriminación arbitraria al liberar un tipo de propietario, pero a otro no, afectando el derecho a la indemnización de la víctima, tanto a accionar como el derecho a la reparación.

¿Cómo resolver los dilemas constitucionales de las leyes restrictivas de responsabilidad?

Es probable que la justificación de un régimen especial que limite o excluya la responsabilidad deba recurrir a la noción de interés general.

Noción bastante conocida de los constitucionalistas, aunque menos de los civilistas. Si el legislador pretende limitar determinados derechos, en el caso el derecho a la reparación derivado del principio constitucional de responsabilidad debe estar justificado en un interés general y no en un beneficio privado discrecional.

Las leyes restrictivas de responsabilidad deben, en consecuencia, satisfacer la prueba del interés general, en caso contrario se violentaría el principio conforme el cual la libertad de las personas queda limitada por los actos que pueden causar un daño a otro. Se verifica ahí un límite al legislador, quien deberá ser cuidadoso al dictar leyes que limiten la responsabilidad. Frente a leyes restrictivas, se ha sugerido, el control constitucional operaría en dos niveles, uno positivo y el otro negativo.<sup>14</sup> Primero, la ley

---

<sup>14</sup> Pérès (2008, p. 818 y 819).

debe tener una finalidad de interés general. En qué medida la exclusión de la responsabilidad del propietario en *leasing* u otras leyes restrictivas cumple con la finalidad de propender al interés general, en qué medida se requiere esa exoneración para el bienestar social.

¿Qué justifica, por ejemplo, la limitación a una determinada suma para la indemnización por pérdida de equipaje en el transporte aéreo?

En su origen, la aviación padecía el riesgo de asumir ingentes indemnizaciones, que habrían hecho, quizá, fracasar a la industria, lo que podría justificarse bajo el alero del interés general, el necesario desarrollo de la industria aérea. En la actualidad es menos clara esta justificación.

En segundo lugar, el control constitucional debe impedir que leyes restrictivas que carecen de una justificación en el interés general sean aplicadas.

Si el objetivo de la ley es simplemente satisfacer un interés privado de un sector determinado, cabría su exclusión por inconstitucional. Esta vía permite un control del legislador por medio de la Constitución en uso de la noción de interés general, excluyendo el privilegio sectorial originado en influencias o mero *lobby* político.

Sin embargo, esta vía de control constitucional a propósito de las leyes restrictivas ha estado ausente, al menos en el caso chileno, pues así aparece en la sentencia que declaró constitucional la exclusión de la responsabilidad del propietario en *leasing* en accidentes de la circulación. El fundamento del rechazo fue que el propietario en *leasing* no puede ejercer el control del vehículo. Se entendió que la regla general era la responsabilidad por culpa y que dado el carácter excepcional de la responsabilidad objetiva, ante la indisponibilidad del propietario de ejercer el cuidado, la regla era apegada a la Constitución.

No hubo discusión sobre el interés general de la norma, sino una exégesis del fundamento y función de la responsabilidad civil en los accidentes del

tránsito, al considerar que la regla general por culpa y la objetiva o vicaria en este caso debe ser excepcional y al entender que el propietario en leasing carece de la posibilidad de control se justifica la exclusión.

La evolución del control de constitucionalidad de las leyes restrictivas o exclusivas de responsabilidad está pendiente. La proliferación de regímenes especiales debe alertar la justificación de excepciones al principio constitucional de responsabilidad, evitando privilegios que no sean consistentes con el interés general. He ahí una influencia relevante que podría acrecentarse en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, a partir del interés general de ejercer un control de las leyes exonerativas o limitativas de responsabilidad civil.

#### **D. Control constitucional del elemento del daño de la responsabilidad civil**

Ahora quisiera referirme al control de constitucionalidad con relación al daño en cuanto elemento de la responsabilidad civil.

Es posible avizorar dos aspectos con respecto del control constitucional en relación con el daño, en cuanto elemento central de la responsabilidad civil.

Por un lado, la exclusión de limitaciones injustificadas a la indemnización de los daños, como parece dar cuenta el caso mexicano a propósito de la cuantificación del daño moral; por otro lado, se ha buscado a través del control constitucional evitar la indemnización desproporcionada, como ocurrió en relación con la ley de propiedad industrial en un caso en Chile.

#### **I. México. El daño moral y los daños punitivos**

Al parecer, en México ha generado bastantes comentarios y artículos, así como notas de prensa, la sentencia de la SCJN recaída en el amparo

30/2013, en la cual se declaró inconstitucional una parte del artículo 1916 del Código Civil Federal por discriminatorio y atentatorio contra el principio de igualdad, al considerar como criterio para la fijación del *quantum* del daño moral la situación económica de la víctima.

Dicho precepto establece que "el monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso".

Los códigos decimonónicos, como el chileno y su fuente el francés y todos aquellos que inspiró, obviaron el rubro de indemnización del daño moral y, aún más, ignoraron parámetros que se debían considerar al avaluar el daño, limitándose a nominar los daños indemnizables, el daño emergente y el lucro cesante.

Es decir, la cuantificación no fue considerada, lo que constituye una novedad en códigos contemporáneos, tal como ocurre en el caso mexicano.

Para claridad en el análisis debe distinguirse lo que corresponde a los daños materiales, tal como el daño emergente y el lucro cesante, y ahora la pérdida de la posibilidad o de *chance*, de aquellos extrapatrimoniales, del daño moral, que es respecto del cual el artículo 1916 contempla parámetros para su cálculo.

Esto es relevante desde la perspectiva de la función de la responsabilidad civil, la cual, se suele acordar, debe cumplir una función de reparación del daño.

Todo el daño, pero nada más que el daño, pues la reparación inferior al causado importa una lesión al principio de reparación integral del daño, e ir más allá del daño significa un enriquecimiento injustificado para la víctima.

Ni lo uno ni lo otro debe ser tolerado, al alero del principio de reparación integral del daño, que se suele reconocer en la teoría general de la responsabilidad civil.

Es lo que creo que se desprende del artículo 1910 del Código Civil mexicano, al afirmar que quien causa un daño con infracción a las buenas costumbres debe repararlo, en consonancia con el artículo 1915, que contempla a su turno la reparación en naturaleza al permitir la opción de la víctima del "restablecimiento de la situación anterior", es decir, el interés negativo o el pago de daños y perjuicios, que es la indemnización pecuniaria y tradicional.

Esta función de la responsabilidad civil basada en el fundamento de la justicia correctiva aplica para los daños materiales, pero se adapta en forma incómoda al daño moral. ¿Cómo "reparar" el daño moral? Podríamos estar de acuerdo en que el éste es "irreparable", pues los padecimientos físicos o sicológicos por un accidente o la pérdida de un ser querido se asocian mal a la expresión "reparación" con dinero. Esto no quiere decir que el dolor no tenga precio, sino que el dinero no repara, cumple una función satisfactoria alternativa.

Esta conclusión, que puede compartirse o no en la doctrina mexicana, ha llevado a sostener que la indemnización en el ámbito del daño moral no es de reparación, sino de satisfacción alternativa por una suma de dinero.

No habría, tratándose del daño moral, un cálculo matemático que se ajuste al perjuicio padecido, lo que por lo demás no es el monopolio del daño moral, pues los daños futuros, aunque previsibles, admiten también reparación, bajo los parámetros de la previsibilidad, tanto en el daño emergente como en el lucro cesante.

En conclusión, por ahora, el daño moral en cuanto a la función de la indemnización no buscaría una reparación en los términos tradicionales al menos, dado que lo que se padece a título de daño moral no es reparable.

Si observamos el artículo 1916 del Código Civil mexicano, que define daño moral, vemos que refiere a "sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".<sup>15</sup>

No hay duda de que es una regla novedosa, aunque no deja entrever la acogida del daño moral como una afectación al plan de vida de la persona, detrás de lo cual está el derecho a la autodeterminación de los sujetos, conforme lo cual, cada persona es libre de diseñar para sí un plan de vida sin que terceros puedan afectarlo. Eso justifica entender el daño moral en términos de afectación al plan de vida e incluir la noción de perjuicio de agrado o de relación.

A diferencia del Código Civil chileno, el Código Civil federal mexicano no sólo define el daño moral, sino que otorga parámetros para el cálculo de la indemnización.

Es fácil advertir que una cosa es la existencia del daño y otra muy distinta es el cálculo del daño.

En un caso de daños, por ejemplo, un accidente automovilístico o daños ocasionados en una negligencia médica, si la víctima directa queda con secuelas físicas no discutiremos la existencia del daño moral. La cojera permanente, por ejemplo, o cicatrices indelebles nos permiten aseverar la existencia del daño, pero cuantificar el valor económico es una tarea diversa.

El Código Civil federal mexicano, sin embargo, entrega parámetros para que el juez calcule el daño moral. Ya no nos referimos a la existencia del daño, tarea distinta, sino al cálculo, es decir la cuantía del daño moral.

---

<sup>15</sup> Código Civil federal de México, <https://www.oas.org/dil/esp/Código%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf> consultada el 17 de mayo de 2021.

Si la reparación no es viable, atendida la naturaleza del daño moral, y sólo cabe otorgar una satisfacción alternativa, los parámetros para el cálculo del daño sólo son instrumentos que permiten a los jueces justificar un monto determinado que otorgue razonabilidad y fundamento a la sentencia, que impida un fallo sin razonamiento o sin justificación del monto, evitando así la arbitrariedad y la lotería del daño moral. Pero eso no quita que la cuantificación es una tarea fáctica y no jurídica que escapa a un control de derecho, pues sólo radica en la función del tribunal que le toca valorar las pruebas para fijar la cuantía.

Para efectuar esta tarea de valoración de la prueba que permite cuantificar el daño moral, el artículo en cuestión indica los parámetros ya indicados.

¿Qué aportan esos parámetros?

En primer lugar, se alude a los derechos lesionados, lo cual da a entender que la lesión a un derecho puede dar lugar a más o menos indemnización. Sin embargo, acá se confunde el elemento subjetivo de la imputación que refiere a la lesión de un interés jurídicamente protegido con el daño. La lesión de un derecho puede ser muy grave y sin embargo dar lugar a un daño acotado o insignificante, en cambio, una conducta lesiva de un derecho escasa o mínima puede generar un inmenso daño, ¿por qué entonces considerarlo como parámetro para cuantificar el daño?

Es cierto que algunos han teorizado acerca de la procedencia del daño moral por la mera afectación de un derecho fundamental sin mirar los efectos. A mí me parece una jurisprudencia equivocada, que ha sustentado, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana. Confunde esa jurisprudencia la lesión del interés legítimo protegido con el daño, el cual es un efecto de lo primero.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Una ácida crítica a este planteamiento, en Mantilla (2020, pp. 31 y ss).

El segundo parámetro es el "grado de responsabilidad", expresión bastante oscura, pues el sujeto que ocasionó el daño es o no es responsable, pero eso no admite gradualidad; o puede suceder que se haya querido aludir al grado de culpa, con lo que una culpa agravada debería dar lugar a una mayor indemnización y una culpa levísima a menos indemnización. Sin embargo, tal como se afirmó, eso no debiera tener impacto en la indemnización, la que queda circunscrita en cuanto a su cuantía por su extensión y no en relación con la culpa del sujeto que ocasionó el daño.

Enseguida se agrega la situación económica del responsable y de la víctima, lo que debería considerarse para el cálculo del daño.

Ambos parámetros controvierten la justificación de la responsabilidad en la justicia correctiva, que si bien no es la única justificación, bajo la tesis de la inseparabilidad con la justicia distributiva, sí podemos afirmar que considerar estos aspectos no es consistente ni con el fundamento de la responsabilidad civil ni con su función, en particular, aquella asignada al daño moral.<sup>17</sup>

En la doctrina chilena, al menos, se ha afirmado lo siguiente:

Mientras se persista en considerar estos elementos retributivos para el cálculo del monto de la indemnización, se producirán injusticias correctivas porque, al asumir la responsabilidad extracontractual la función punitiva a través de la indemnización del daño moral, se desvirtúa la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil. Como ya he señalado, la reparación de los daños morales puede perseguirse mediante otros mecanismos.<sup>18</sup>

Es decir, en Chile se entiende, aunque sin estudios empíricos, que la jurisprudencia considera la situación de la víctima o el victimario, pero para

---

<sup>17</sup> Pino (2013, pp. 89 y ss.)

<sup>18</sup> Pino, (2013, pp. 89-135, 124).



aumentar la indemnización por daño moral, no para limitarla o reducirla, como al parecer ocurría en México.

No corresponde, en ninguno de los dos casos, a la luz del fundamento de la responsabilidad civil, pero también en consideración de la función del daño moral, tomar en cuenta la situación socio-económica del responsable y de la víctima. No existe unanimidad, pues se ha sostenido también que la responsabilidad civil sí debería cumplir una función distributiva a favor de los pobres o desfavorecidos. Bajo el planteamiento de que los pobres padecen más daño al encontrarse en una situación de desventaja social, la responsabilidad civil debería ser un instrumento de igualdad. Los daños ambientales causan daño a los pobres, pues son los que habitan en las cercanías donde se producen. No existen plantas de tratamientos de aguas servidas o industrias contaminantes en general alejadas de barrios acomodados, lo que explica que los desfavorecidos afronten ese tipo de daños y justificaría otorgarles más indemnización bajo el prisma distributivo de la responsabilidad civil.<sup>19</sup>

Sea una u otra alternativa, la discusión está abierta. Con todo, en Chile, sin perjuicio de ciertas explicaciones distributivas para determinados tipos de responsabilidad, por ejemplo, los padres por el hecho de que los niños, en general, se aferran al fundamento a la justicia correctiva. En otros términos, prima la justicia correctiva como fundamento de la responsabilidad civil. En cambio, en algunas hipótesis podría recurrirse a la justicia distributiva, cuyo es el caso de la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos. La responsabilidad de los padres logra hacer más viable la responsabilidad o efectividad del pago, pues los hijos por regla general carecen de bienes. Por lo mismo, los parámetros de la situación económica de la víctima o del responsable deben ser indiferentes a la época del cálculo del daño.

---

<sup>19</sup> Keren-Paz (2016, en particular la discriminación como un supuesto de negligencia, p. 221 y ss).

Ahora, para un lector chileno, lo curioso es ¿qué relación existe con los daños punitivos?

Acá manifiesto mi sorpresa, pues lo usual en las jurisprudencias relativas a la indemnización del daño moral ha sido imputarles que al atender a la gravedad de la conducta imputada opera la indemnización del daño moral, con un cierto carácter punitivo. Es decir, los jueces tenderían en el caso que el reproche fuere mayor al responsable de aumentar la indemnización. En este sentido, se le asigna una función punitiva *per se* al daño moral.

En el caso fallado por la SCJN que excluyó la parte relativa a la consideración de la situación económica de la víctima, se ha entendido como una introducción de los daños punitivos.<sup>20</sup>

Una cuestión es la improcedencia de considerar la situación económica de la víctima, lo que debería extenderse al responsable, por atentar contra el principio de igualdad y los fines y justificación propios de un sistema de responsabilidad; otro asunto muy distinto es aseverar que corresponde al responsable punir mediante el pago de la indemnización.

Tal como se ha afirmado, la SCJN abrió la puerta a los daños punitivos bajo el siguiente argumento:

(ii) en el concepto de *justa indemnización* contemplado en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). La Corte afirmó que el carácter punitivo se desprendía de la necesidad de valorar el grado de responsabilidad del responsable del daño que establece el artículo 1916 del CCF para cuantificar el daño moral, y que a efecto de que se pueda hablar de una justa indemnización o de una indemnización

---

<sup>20</sup> Véase amparo 30/2013 disponible en [https://www.osunalegal.com/yahoo\\_site\\_admin/assets/docs/30-2013\\_AD\\_PS\\_VP178170228.pdf](https://www.osunalegal.com/yahoo_site_admin/assets/docs/30-2013_AD_PS_VP178170228.pdf) visitada el 17 de mayo de 2021.

integral del daño, era necesario que el deseo de justicia de la víctima se viera satisfecho mediante un *quantum* que no se agotara en una mera compensación, sino en una sanción que tenga la vocación adicional de disuadir la generación de daños futuros.<sup>21</sup>

Me parece que el concepto de "justa indemnización" es vago y poco preciso, pues habría que discutir qué es lo justo, lo que reconduce al fundamento de la responsabilidad civil y la justicia correctiva; de otra parte, la reparación integral, como lo he dicho, se adapta mal a la indemnización del daño moral, la cual no busca una "reparación" sino una compensación alternativa en términos de satisfacción para la víctima; la sanción, en cambio, va más allá de la responsabilidad civil, lo que en todo caso no se relaciona con prescindir del criterio de evaluación del daño relativo a la situación económica de la víctima.

La existencia de daños punitivos justificados en la necesidad de una sanción que permita disuadir la generación de daños convoca al debate acerca de la otra función que se le asigna a la responsabilidad civil, la preventiva. Con todo, la responsabilidad civil muestra ser un instrumento bastante tosco para el control o prevención de los daños.

## **II. La proporcionalidad del daño frente a la Constitución**

El otro caso que anuncié refiere al principio de proporcionalidad como mecanismo de contención de daños exorbitantes.<sup>22</sup>

En Chile el debate se originó en un caso relativo a la propiedad industrial. Ante el reconocimiento de una patente industrial relativa a un procedimiento de lixiviación en la extracción de cobre, su titular, luego

---

<sup>21</sup> Morante Aguirre (s/a, disponible en [https://www.osunalegal.com/yahoo\\_site\\_admin/assets/docs/30-2013\\_AD\\_PS\\_VP.178170228.pdf](https://www.osunalegal.com/yahoo_site_admin/assets/docs/30-2013_AD_PS_VP.178170228.pdf) visitada el 17 de mayo de 2021).

<sup>22</sup> Pino, (2015, p. 207 y ss.).

de 10 años que le tomó el reconocimiento y el carácter retroactivo de la licencia, demandó la restitución de las ganancias obtenidas por mineras que habrían utilizado su procedimiento. Dicha demanda se justificó en la ley de propiedad industrial que reconoce la denominada regla del triple cómputo, la cual habilita la opción para el titular de la patente en caso de uso ilícito de demandar conforme la regla general indemnizatoria, o puede reclamar el pago de un *royalty* o, por último, que fue lo que se demandó, la restitución de las ganancias obtenidas en el uso de la patente.

La infracción constitucional que se pretende es al principio de proporcionalidad en relación con el principio de igualdad. El Tribunal Constitucional reconoce el principio de proporcionalidad a partir de varios preceptos de la Constitución, en particular, que se repugnan las conductas arbitrarias y la garantía del contenido esencial de los derechos (artículo 19 n°26 de la Constitución). Y a partir de estas premisas asume que el efecto de aplicar la norma de restitución de ganancias al caso en concreto significa una indemnización desproporcionada, desligada de la relación causal.

El Tribunal Constitucional aplica entonces el principio de la proporcionalidad para impedir indemnizaciones exorbitantes.

¿Es consistente esta herramienta ante el estatuto de responsabilidad civil? O ¿corresponde a un Tribunal Constitucional inmiscuirse en el *quantum* del daño causado?

En este caso, se recurrió a la causalidad, aludiendo a que la "indemnización sería desproporcionada" para el requirente, pues no supera un examen de proporcionalidad estricta al permitir a título indemnizatorio obtener beneficios desligados de la relación causal entre el uso antijurídico de la propiedad industrial y el enriquecimiento del requirente, lo que excede la finalidad legítima de la norma.

El Tribunal Constitucional, a través del principio de la proporcionalidad, se erige en censor de la cuantía de la indemnización, lo que no creo que sea un problema de constitucionalidad, sino de legalidad. La concurrencia del elemento causal y la prueba de los beneficios obtenidos son suficiente garantía de que el requirente está obligado a restituir aquello en que se hizo más rico de manera injusta a expensas del titular de la patente, que eso resulte una mayor o menor suma, no es asunto de constitucionalidad, sino de prueba de los elementos de la responsabilidad civil.

## **E. Conclusión**

La jurisprudencia de los tribunales constitucionales creo es relevante, no sólo para el reconocimiento del principio de responsabilidad, al alero del reconocimiento del derecho a la integridad física y síquica de las personas y también a la honra y la privacidad, sino sobre todo por las consecuencias de ese reconocimiento, que impiden limitar, entorpecer o excluir la acción indemnizatoria, por un lado, y, por otro, la reparación del daño. Esto permite vigilar las leyes restrictivas o exclusivas de responsabilidad y también aquellas que pueden por vía directa o indirecta afectar la reparación o satisfacción del daño, ya sea material o moral.

## **Fuentes**

Barros Bourie, E. (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, editorial jurídica de Chile, 2a. edición).

Corral Talciani, H. (2003): *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica.

Corral Talciani, H. (2004): "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado", *Revista Universidad Mayor*, (nº3), pp. 47-63.

- Corral Talciani, H. (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, (Santiago, LegalPublishing Thomson Reuters), 2a. edición.
- Corral Talciani, H. (2018): "Constitucionalización del derecho civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial", *Revista de derecho aplicado LLM UC*, 2, s/p, disponible en <http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/149/609> [visitada el 13 de julio de 2020], pp. 1-20.
- Domínguez Águila, R. (1996): "Aspectos de la constitucionalización del derecho privado", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (nº3), pp. 107-137.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2001): "Los dilemas de la responsabilidad civil", *Revista chilena de Derecho*, (vol. 28, nº4), pp. 671-679.
- Morante Aguirre, G. "Viabilidad de reclamar daños punitivos en México", disponible en [https://www.osunalegal.com/yahoo\\_site\\_admin/assets/docs/30-2013\\_AD\\_PS\\_VP.178170228.pdf](https://www.osunalegal.com/yahoo_site_admin/assets/docs/30-2013_AD_PS_VP.178170228.pdf) (última fecha de consulta: el 17 de mayo de 2021).
- Pardow Lorenzo, D. y Verdugo Ramírez, L. (2015) "El tribunal constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos", *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, pp. 123-144.
- Peña Torres, M. y Rosales Rigol, C. (2001): "El interés público en el constitucionalismo postmoderno", *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 483-502.
- Pérès, C. (2008): "L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité civile", *Études offertes à Geneviève Viney. Liber amicorum*, (Paris, LGDJ), pp. 805-834.

Pino Emhart, A. (2015): "Sobre la (des)proporcionalidad de la acción indemnizatoria", *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, (Universidad de Chile, n°8), pp. 207-220.

Pizarro Wilson, C. (2021) "El control constitucional de las leyes restrictivas de responsabilidad civil, a propósito del leasing de automóviles", aceptado para publicación en la *Revista Estudios Constitucionales*.

## **Normas jurídicas**

Código civil chileno

Código civil federal de México

Ley 19.039, sobre propiedad industrial. Diario Oficial, 24 de enero de 1991.

## **Jurisprudencia citada**

Amparo 30/2013 Corte Suprema de la Justicia de la Nación (México).

Tribunal Constitucional, Rol 943-2007, de 10 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional, Rol 1569-2009, de 9 de marzo de 2010.

Tribunal Constitucional, Rol 1463-2009, de 23 de septiembre de 2010.

Tribunal Constitucional, Rol 1419-2009, de 9 de noviembre de 2010.

Tribunal Constitucional, Rol 1741-2010, de 15 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional, Rol 1798-2010, de 29 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional, Rol 1723-2010, 24 de mayo de 2011.

Tribunal Constitucional, Rol 2085-2011, de 7 de junio de 2012.

Tribunal Constitucional, Rol 2071-2011, de 19 de junio de 2012.

Tribunal Constitucional, Rol 2255-2012, de 29 de enero de 2013.

Tribunal Constitucional, Rol 2410-2013, de 29 de agosto de 2013.

Tribunal Constitucional, Rol 2422-2013, de 24 de octubre de 2013.

Tribunal Constitucional, Rol 2747-2014, de 25 de agosto de 2015.

Tribunal Constitucional, Rol 2801-2015, de 28 de agosto de 2015.

Tribunal Constitucional, Rol 2887-2015, de 26 de enero de 2016.

Tribunal Constitucional, Rol 2860-2016, de 26 de enero de 2016.

Tribunal Constitucional, Rol 2915-201519 de mayo de 2016.

Tribunal Constitucional, Rol 3194-2016, de 6 de junio de 2017.

Tribunal Constitucional, Rol 278-2018, de 4 de junio de 2019.

Tribunal Constitucional, Rol 6383-2019, de 16 de octubre de 2019.

Tribunal Constitucional, Rol 7004-2019, de 22 de octubre de 2019.

Tribunal Constitucional, Rol 7004-2019, de 22 de octubre de 2019.

Tribunal Constitucional, Rol 6242-2019, de 30 de enero de 2020.



**El daño moral como remedio expresivo.  
A propósito del caso *Mayan Palace***

---

Alberto Pino Emhart\*

\* Profesor asociado de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile ([alberto.pino@uai.cl](mailto:alberto.pino@uai.cl)).

SUMARIO: A. Introducción; B. Los remedios expresivos; C. La función expresiva del daño moral; D. El mensaje retributivo en la indemnización del daño moral; E. Algunas implicancias de la naturaleza expresiva del daño moral; I. Criterios para la cuantificación del daño moral; II. La prueba del daño moral; III. El daño moral de las personas jurídicas; IV. La transmisibilidad del daño moral.

## **A. Introducción**

Los abogados que se desempeñan en el ámbito de la responsabilidad civil suelen enfocarse en el aspecto monetario de las demandas de responsabilidad civil, especialmente en lo que tiene que ver con la indemnización del daño moral, por la cual se suelen solicitar elevadas sumas de dinero. Pero ¿es simplemente dinero lo que las víctimas realmente buscan?

El objetivo del presente trabajo es demostrar que no siempre es así; es necesario desarrollar una concepción acerca de la indemnización del daño moral concebida como un remedio expresivo o simbólico, cuyo objetivo primordial no consiste propiamente en compensar a las víctimas de los ilícitos, sino la comunicación de un mensaje que se materializa a través de la indemnización monetaria. En este sentido, se argumenta que el dinero puede ser portador de un mensaje más allá de la significación económica, expresando que lo que le hizo el demandado a la víctima es incorrecto. Se sostiene que esta lectura del daño moral es compatible con la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México en el caso

*Mayan Palace*.<sup>1</sup> Posteriormente, se analizan algunas implicancias que tendría esta concepción para la resolución de algunas discusiones dogmáticas y jurisprudenciales sobre el daño moral, aportando un insumo relevante para estas controversias.

## **B. Los remedios expresivos**

Actualmente, el concepto de remedio que parece dominar en el derecho anglosajón es uno amplio vinculado con la respuesta que otorga el sistema jurídico frente a un determinado evento causativo de carácter ilícito, como un incumplimiento contractual o un ilícito extracontractual (Davies, 2019, pp. 31-32).<sup>2</sup> Los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan diversos remedios como respuestas frente a un ilícito extracontractual, entre los cuales se cuentan la indemnización de perjuicios, la reparación en naturaleza, las órdenes judiciales, las indemnizaciones punitivas, las nominales y las restitutorias, entre otras (Burrows, 2019, p. 10).

La literatura reciente ha calificado algunos de estos remedios como "simbólicos" o "expresivos", tratándose de mecanismos que cumplen una función especialmente comunicativa.<sup>3</sup> Así, por ejemplo, Stephen Smith señala que los siguientes remedios tienen un carácter simbólico, pues su objetivo es comunicar un mensaje: las indemnizaciones nominales (*nominal damages*), las indemnizaciones punitivas, las indemnizaciones agravadas y la indemnización del daño moral, entre otros (Smith, 2011, p. 84).

El caso de remedios que no tienen un contenido patrimonial sustantivo es particularmente claro. Consideremos, por ejemplo, las indemnizacio-

---

<sup>1</sup> SCJN, amparo directo 30/2013, 26 de febrero de 2014.

<sup>2</sup> Aunque algunos circunscriben el "entendimiento nuclear estable de remedio" exclusivamente a las órdenes judiciales (Zakrzewski, 2005, pp. 44-45).

<sup>3</sup> Sobre la función expresiva en general de la responsabilidad extracontractual, véanse Hershovitz (2017) y Pino Emhart (2017, pp. 171-176).

nes nominales del derecho anglosajón. En el caso *The Mediana*, Lord Halsbury las describe de la siguiente forma:

"Indemnización nominal" es una expresión técnica que implica que usted le ha negado [al demandado] cualquier tipo de indemnización real, pero que está afirmando con la indemnización nominal que ha ocurrido una infracción a un derecho legal, el cual aunque no permita dar lugar a una indemnización real en lo absoluto, aún así le da [al demandante] un derecho a obtener una sentencia porque su derecho legal ha sido infringido.<sup>4</sup>

Las indemnizaciones nominales son frecuentes en los casos de ilícitos extracontractuales que no requieren la existencia de daño para que pueda ejercerse la acción de responsabilidad civil. En estos casos, existe la infracción a un derecho pero sin que necesariamente haya causado un daño indemnizable a la víctima. Por consiguiente, lo que hace la indemnización decretada por el tribunal es "expresar el punto de que no hay nada que reparar otorgando una suma simbólica" (Gardner, 2011, p. 57). Mediante la indemnización nominal, el tribunal expresa que se ha vulnerado un derecho de la víctima, sin perjuicio de que la suma decretada no sea económicamente significativa. La indemnización expresa que el demandante tenía razón en su alegato, ya que el demandado ha vulnerado uno de sus derechos, no obstante lo cual no recibe una suma relevante a modo de indemnización.<sup>5</sup>

Otro remedio característicamente expresivo son las disculpas del demandado (Vargas Tinoco, 2020, p. 100).<sup>6</sup> Las disculpas son actos ilocucionarios que buscan comunicar un mensaje más allá de la sola expresión de

<sup>4</sup> *The Owners of the Steamship 'Mediana' v The Owners, Master and Crew of the Lightship 'Comet' (The Mediana)* [1900] AC 113, 116 (traducción propia).

<sup>5</sup> Sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que puedan generar para el demandante una sentencia favorable en cuanto a las costas.

<sup>6</sup> Argumentando que "las disculpas que se ofrezcan a la víctima serían el ejemplo paradigmático de una medida de reconocimiento, en tanto se pueden entender como un acto ilocucionario que reconoce la ocurrencia del injusto por parte del infractor".

los sonidos que utiliza el emisor del mensaje (Pino-Emhart, 2020, p. 1398), expresando en general un arrepentimiento del agente (Gardner, 2018, p. 149). Una manifestación legal de este tipo de mecanismos puede encontrarse en las acciones de reparación por difamación o atentados contra la honra de las personas. Así, por ejemplo, el derecho de aclaración y de rectificación contemplado en la Ley No. 19.733 de Chile asegura a toda persona afectada por cualquier información divulgada en algún medio de comunicación social su derecho a rectificar dicha información. El contenido es por consiguiente eminentemente comunicativo. En la misma línea apunta el artículo 1740 del Código Civil y Comercial de Argentina, al disponer que "en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable".

Ahora bien, tratándose de remedios con un contenido patrimonial o monetario relevante, la pregunta que cabe plantearse es si ellos también pueden cumplir esta función expresiva o comunicativa. En algunos trabajos anteriores he sostenido que es posible, siempre y cuando la indemnización monetaria vaya acompañada de un contexto institucional que permita transmitir el mensaje adecuado, ya que sin dicho contexto el pago de dinero puede enviar un mensaje contrario, de humillación o degradación (Pino Emhart, 2017, p. 172; 2018a, pp. 371-372). Tal como señala recientemente Alexander Vargas, las medidas de reparación no pecuniarias son más efectivas para desempeñar esta función expresiva en la responsabilidad extracontractual, ya que el dinero por sí solo carece de una significación de respeto o reconocimiento hacia el otro (Vargas Tinoco, 2020, pp. 98-99).

Sin embargo, algunos remedios pecuniarios como las indemnizaciones punitivas o el daño moral tienen un potencial de cumplir esta función expresiva, en la medida en que estén acompañadas de un contexto institucional adecuado. Así, por ejemplo, una indemnización punitiva puede expresar el rechazo o repugnancia del ordenamiento jurídico frente a

una determinada conducta que amerita dicha reacción, ya sea por consideraciones retributivas o disuasivas. En este sentido, se ha señalado que la sanción opera "como un modo de comunicación moral entre la víctima, el agente dañador y la sociedad toda" (Martínez Alles, 2020, p. 125).

Por cierto que no todos los remedios en la responsabilidad extracontractual pueden desempeñar esta función, y tampoco es deseable que lo hagan. Ante la ocurrencia de un daño exclusivamente patrimonial en muchas ocasiones las víctimas buscarán una indemnización monetaria de perjuicios por el daño emergente o el lucro cesante, sin que se requiera en muchos de estos casos la presencia de un componente simbólico o expresivo del remedio;<sup>7</sup> sin embargo, en otros casos será necesaria la presencia de este elemento simbólico o expresivo, que puede resultar incluso más relevante para las víctimas que la entrega de una suma de dinero que no vaya acompañada de esta significación.

### **C. La función expresiva del daño moral**

En el marco de estos remedios expresivos o simbólicos puede también identificarse la indemnización del daño moral.<sup>8</sup> Tal como correctamente apunta Margaret Radin (1993), el problema de la indemnización del daño moral y la justicia correctiva radica en lo que Joseph Raz denomina "inconmensurabilidades constitutivas" (1986, pp. 345-353). De acuerdo con Raz, en situaciones de inconmensurabilidad constitutiva la mayoría de las personas se negarían a comparar o jerarquizar un rango de opciones. El autor provee un ejemplo claro: la mayoría de los padres no estarían dispuestos a aceptar comparar el valor de tener hijos con tener dinero. En estos casos, la inconmensurabilidad es constitutiva porque la idea de intercambiar hijos es "inconsistente con una apreciación adecuada del

---

<sup>7</sup> En el mismo sentido, Hedley (2019, p. 7) (argumentando que en algunos casos puede resultar inapropiada la referencia a este elemento comunicativo de los remedios).

<sup>8</sup> Reproduzco aquí en parte los argumentos esgrimidos sobre este punto previamente en Pino Emhart (2018a, pp. 370-373).

valor que tiene la paternidad" (Raz, 1986, p. 348). Quizás algunos padres contemplarían la posibilidad de intercambiar a sus hijos por dinero. El punto de Raz no es plantear que estos padres están equivocados, sino que ellos no entienden la noción social de paternidad que se desarrolla a partir de la idea de inconmensurabilidad. El mismo problema surge en el caso de la indemnización del daño moral. Para Radin, la inconmensurabilidad del daño moral es un problema para la justicia correctiva: "Si la justicia correctiva exige una rectificación, y si la lesión no puede ser trasladada a dinero, ¿cómo podría el pago de dinero ser considerada como una rectificación que satisfaga las demandas de la justicia correctiva?" (Radin, 1993, p. 68).

En la indemnización del daño moral resulta claro que la responsabilidad civil siempre llega tarde: una vez que el ilícito ha ocurrido, ya no es posible deshacerlo o borrarlo. Lo que puede ofrecer en cambio es una respuesta que se acerque lo más posible a la satisfacción total de la víctima atendidas las circunstancias.<sup>9</sup> En aquellos casos en los cuales las pérdidas son inconmensurables para las víctimas (por ejemplo, la muerte de una persona o un desmembramiento corporal), la indemnización del daño moral no compensa propiamente las pérdidas, sino que busca poner a la víctima más cerca de la satisfacción total al proveer una forma parcial de satisfacción, dado que ya no es posible lograr la satisfacción total. En este sentido, la indemnización del daño moral es simbólica porque representa el intento del derecho por mejorar la situación de la víctima, especialmente en casos en que ha sufrido un daño irreparable. Como apunta acertadamente Pat O'Malley, el dinero aquí constituye una "divisa de la justicia", porque es un medio para reparar pérdidas que es menos

---

<sup>9</sup> Notablemente, la sentencia de la Corte Suprema chilena que decreta por primera vez la indemnización del daño moral en 1916 plantea una idea cercana: "La circunstancia de que la reparación absoluta del daño no pueda alcanzarse por la naturaleza irremediable del mal causado, sea que se trate de daños materiales o inmateriales, no autoriza para dejar de aplicar la ley que impone esa reparación, dentro de los medios que ella misma señala, y de la relatividad que pueda existir entre esos medios y los fines perseguidos por el Derecho Civil". Corte Suprema de Chile, *Vaccaro con The Chilian Electric Tranway and Ligth Cia. Ltda.*, casación en el fondo, 16/12/1916, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXI, marzo de 1924, considerando 19.



coercitivo que otros medios alternativos (O'Malley, 2009, p. 133). En este ámbito, el dinero transmite un mensaje simbólico, que consiste en la búsqueda del sistema jurídico por otorgarle a la víctima una forma de alivio o satisfacción, mejorando su situación. En tal sentido, la indemnización monetaria es la siguiente mejor solución que el derecho puede proveer.

La concepción del daño moral como un remedio simbólico quizás implique enfrentar algunos tipos de problemas que no se presentan en su concepción como remedio compensatorio. Por ejemplo, si la justificación del daño moral es transmitir un mensaje simbólico, ¿por qué es necesario que sea decretado en juicios de responsabilidad civil? ¿Existen formas menos coercitivas para comunicar el mismo mensaje a la víctima?<sup>10</sup> Por otra parte, si se acepta esta concepción del daño moral como remedio simbólico o expresivo, cabe plantearse qué tipo de mensajes debiera acarrear. Aquí el remedio puede responder al fundamento que se le quiera asignar a la práctica de la responsabilidad extracontractual. Algunos destacan la importancia de declarar a una persona como responsable del ilícito (Goldberg y Zipursky, 2014), otros señalan que la responsabilidad extracontractual puede entenderse en términos de propósitos reconciliatorios (Radzik (2014), mientras que otros enfatizan el mensaje de la retribución privada o sustituto de la venganza involucrado (Hershovitz, 2014).

#### **D. El mensaje retributivo en la indemnización del daño moral**

Resulta conocida la afirmación según la cual la indemnización del daño moral en los sistemas de tradición continental suele cumplir una función retributiva o punitiva, muchas veces encubierta.<sup>11</sup> De manera interesante,

---

<sup>10</sup> Como ha planteado Andrew Gold, la pregunta es ¿por qué los jueces deben recurrir a emitir órdenes judiciales de indemnizar perjuicios y no emitir meras declaraciones judiciales que comuniquen estos mensajes? (Gold, 2013, pp. 112-115).

<sup>11</sup> Para todos, véase Borghetti (2009, pp. 63-66).

esta función ha sido abiertamente reconocida por la Suprema Corte de Justicia de México en el caso *Mayan Palace*; éste ha sido destacado como un trasplante de la figura de los daños punitivos en el derecho mexicano (Pérez Fuentes, 2021, p. 345; Muñoz y Vázquez-Cabello, 2019, pp. 214-222). Pero lo que resulta interesante desde la perspectiva que venimos desarrollando es que en esta sentencia puede apreciarse claramente la tensión entre una concepción ortodoxa del daño moral —fundada en exclusiva en el principio de la reparación integral del daño— y otra concepción moderna como la que parece adoptar la Suprema Corte, conforme a la cual la finalidad de compensar el daño debe complementarse con otros fines, como la función punitiva de la responsabilidad civil. La tesis que pretendo aquí demostrar es que la configuración del daño moral como remedio expresivo permite resolver esta tensión, y ello puede desarrollarse utilizando el ejemplo de esta sentencia de la Suprema Corte de México.

La Corte comienza con la justificación de la indemnización del daño moral sobre la base del principio de la reparación integral del daño, al disponer que los daños ocasionados en los sentimientos de las personas son indemnizables a partir del derecho de las víctimas a "recibir una justa indemnización" (p. 87, párr. 1). El aspecto novedoso surge a continuación, cuando la Corte enuncia las características punitivas o retributivas que puede cumplir la indemnización de estos daños:

Además, mediante la compensación se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable.

Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Dicha medida cumple una doble función: ya que las personas

evitar[á]n causar daños para evitar tener que pagar una indemnización, por otra parte, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para que [sic] evitar causar daños a otras personas (p. 87, párrs. 2 y 3).

Con ello, la Suprema Corte expresamente hace referencia a los fundamentos retributivo y disuasivo que se suelen asociar a los daños punitivos (Sebok, 2007). Es interesante detenerse en este punto. La Corte no señala que la indemnización del daño moral es equivalente a los daños punitivos, o que se reconozcan los daños punitivos en el ordenamiento jurídico mexicano.<sup>12</sup> A mi entender, la Corte se limita a señalar que la indemnización del daño moral cumple esas funciones, es decir, que el daño moral además de responder al objetivo de compensar o reparar a las víctimas, también desempeña funciones distintas a la sola reparación del daño.

La Corte luego agrega que a esta "faceta" del derecho de daños se le conoce con el nombre de "daños punitivos, y se inscribe dentro del derecho a una justa indemnización" (pp. 87-88). La Corte no vislumbra una contradicción entre lo que denomina el "derecho a una justa indemnización" y los daños punitivos. Por cierto, hay diversas consideraciones dogmáticas y teóricas que problematizan esta afirmación de la Corte. La objeción más tradicional consiste en sostener que el objetivo de la responsabilidad civil no es sancionar la conducta del demandado, sino reparar los daños causados a las víctimas (Barros Bourie, 2020, pp. 319-320). En este sentido, habría una división del trabajo entre el ámbito perteneciente al derecho civil y el derecho penal, siendo labor exclusiva de este último el sancionar las conductas.

---

<sup>12</sup> El mismo punto en Medina Villanueva (2021, p. 179): "Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación habla de que la responsabilidad civil tiene una función castigadora, no debe entenderse desde una perspectiva que comprenda un sobre pago de un daño, sino que se refiere a que ese pago por el daño causado en sí mismo – y nada más que ese daño causado-, tiene una función punitiva, precisamente por esa obligación de pago, no por una suma extra con carácter sancionador, como sí lo hace el sistema anglosajón".

Por otra parte, se ha sostenido que los daños punitivos no tienen justificación desde el punto de vista de la estructura correlativa del derecho privado (Weinrib, 2017), pp. 172-174). No habría, en este sentido, una justificación para que la víctima reciba las indemnizaciones que no corresponden al daño efectivamente causado, serían sumas de dinero que le permitirían quedar incluso en una mejor posición que la que se encontraban antes del ilícito (Beever, 2003, p. 107. Resulta evidente que estas consideraciones teóricas escapan del ámbito propio de una sentencia judicial. Sólo quiero aquí resaltar el salto argumentativo que realiza la sentencia, desde sostener que la indemnización del daño moral cumple, además de compensar a las víctimas, funciones de carácter retributivo y disuasivo, a la argumentación en favor de los daños punitivos. Lo que pretendo argumentar es que la primera de estas tesis es justificable mediante el marco teórico de los remedios expresivos o simbólicos.

Entender que la indemnización del daño moral constituye un mecanismo mediante el cual el ordenamiento pretende expresar o comunicar un mensaje permite perfectamente conciliar las distintas funciones que en la sentencia la Suprema Corte le atribuye. Ante la imposibilidad de deshacer lo ocurrido para la víctima, la indemnización del daño moral persigue proveerle una "justa indemnización" por los daños que ha sufrido. Pero dada la naturaleza extrapatrimonial de los perjuicios, como he señalado antes, la indemnización no compensa propiamente a las víctimas, al menos no en el mismo sentido que lo hacen las partidas indemnizatorias por daños patrimoniales, como daño emergente y lucro cesante. La doctrina suele describir esta característica del daño moral señalando que cumple una función de "satisfacer" a la víctima más que meramente compensarla (Domínguez Hidalgo, 2015, pp. 913-914; Fueyo Laneri, 1990, p. 111). La concepción expresiva o simbólica del daño moral permite encausar cabalmente esta función de la manera indicada anteriormente, expresando un reconocimiento simbólico de lo que ha sufrido la víctima. El mensaje que se transmite en este sentido consiste en reconocer que se han vulnerado los derechos de la víctima. Aunque no pueda volverse atrás, es posible mejorar en parte la situación en que queda la víctima.

Pero la concepción expresiva del daño moral permite incorporar las funciones retributivas e incluso preventivas a que hace alusión la Suprema Corte. Así, si la indemnización del daño moral permite a la víctima "ver sus deseos de justicia cumplidos" y "constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable" se debe precisamente a la naturaleza expresiva que tiene este remedio, y que permite entender cómo un recurso monetario puede cumplir estas funciones. Lo mismo puede sostenerse respecto de la función disuasiva que identifica la Suprema Corte, ya que dicho efecto disuasivo supone comunicar a las posibles personas que puedan cometer ilícitos similares que pueden verse obligados a pagar indemnizaciones, por lo cual debieran buscar evitar estos gastos.

### **E. Algunas implicancias de la naturaleza expresiva del daño moral**

Si lo anterior es cierto, se vuelve entonces necesario reflexionar acerca de algunos aspectos particulares del daño moral respecto de los cuales no siempre ha habido acuerdo en la doctrina y jurisprudencia. A continuación me detendré en algunas de estas implicancias, con especial énfasis en la situación económica de las partes, aspecto que fue discutido en la sentencia *Mayan Palace*.

### **I. Criterios para la cuantificación del daño moral**

El artículo 1916 del Código Civil Federal mexicano establece que para determinar el monto de la indemnización del daño moral se deben tomar en cuenta "los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso". La norma regula un aspecto controvertido en los sistemas de tradición civil continental: la determinación de los criterios para la evaluación del daño moral. Particularmente polémicos resultan los criterios de considerar el grado de responsabilidad del demandado

y el de la situación económica de las partes. ¿Puede la concepción del daño moral como un remedio expresivo aportar en algo a esta discusión?

Considerar el grado de responsabilidad del demandado para la evaluación del daño moral no puede desprenderse de una concepción basada exclusivamente en la reparación integral del daño. En principio, el grado de responsabilidad del demandado no debiese tener relevancia alguna para determinar el monto de la indemnización, puesto que la responsabilidad civil sólo atendería al daño efectivamente causado a la víctima, y es indiferente si la conducta del demandado fue meramente negligente o dolosa.<sup>13</sup>

Sin embargo, desde la perspectiva de la Suprema Corte de México, es necesario considerar la conducta del demandado, a la luz de los fines retributivos y disuasivos que le atribuye a la indemnización del daño moral. Señala la Corte que "la gravedad de la culpa debe ser tomada en cuenta, para disuadir el tipo de conductas que causan daños morales y cumplir con los demás fines sociales de la reparación" (pp. 97-98). Ya se ha indicado que la concepción del daño moral como un remedio expresivo permite conciliar estas funciones con la de reparación integral, y ello supone necesariamente una sensibilidad respecto a lo reprochable que resulte la conducta del demandado.

También resulta interesante la mención que hace el artículo 1916 del Código Civil mexicano de la situación económica de ambas partes, tanto de la víctima como la del demandado. En *Mayan Palace* se alegó que la norma sería inconstitucional, por cuanto considerar la situación económica de la víctima atentaría contra el principio de igualdad ante la ley, discriminando arbitrariamente a las personas en razón de su condición social. La Suprema Corte distingue entre "la compensación de las consecuencias

---

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, Alessandri Rodríguez (2005, p. 394) ("el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho. La culpabilidad del agente no tiene influencia alguna en él; cualquiera que sea, trátase de un delito o de un cuasidelito, sea la culpa lata, leve o levísima, la reparación no puede aumentarse ni disminuirse en atención a ella").

extrapatrimoniales derivadas del daño moral" y "la indemnización de las consecuencias patrimoniales derivadas del daño moral" (p. 106), concluyendo que la situación económica de la víctima sólo puede ser considerada para la segunda de ellas, esto es, para determinar las consecuencias patrimoniales derivadas del daño moral.

La distinción que formula la Suprema Corte no me resulta del todo convincente. El quid de la discusión reside precisamente en poder cuantificar las consecuencias extrapatrimoniales del daño moral, no en cuantificar las consecuencias patrimoniales que se derivan del daño moral. Estas últimas siempre pueden ser cuantificadas conforme a las reglas generales del daño patrimonial. Es cierto que indirectamente la situación económica de la víctima va a incidir en la cuantía de la indemnización de estos daños, pero ello nada tiene que ver con considerar directamente la situación económica de la víctima, sino que se trata de la valorización del daño patrimonial. La Corte agrega como ejemplo,

si la víctima sufriera una afectación grave en sus sentimientos, de tal forma que le impidiera llevar a cabo sus labores profesionales; la única manera de poder establecer la cuantía de los daños patrimoniales futuros derivados del daño moral, sería atendiendo a su situación económica. En este caso, el juez tendría que atender a las percepciones que habría obtenido la víctima si no hubiera sufrido el daño moral, para lo cual deberá valorar su nivel de ingresos (p. 110).

Claramente en este caso no se trata de cuantificar el daño moral, sino la determinación del lucro cesante para la víctima.

Respecto de las "consecuencias extrapatrimoniales" del daño moral, la Suprema Corte sostiene que no es procedente considerar la situación económica de la víctima:

La situación económica de la víctima no es útil para medir la calidad y la intensidad del daño extrapatrimonial, por lo que, no

conduce a satisfacer el derecho a una justa indemnización. La condición social de la víctima no incide, aumenta o disminuye, el dolor sufrido. Lo contrario llevaría a afirmar que una persona con mayores recursos sufre más la muerte de un hijo que una persona con menores recursos o, que una persona con bajos ingresos merece una mayor indemnización que una persona económicamente privilegiada. Lo anterior resulta a todas luces irracional (p. 108).

Si bien esta opinión es defendible, a mi juicio incurre en una imprecisión al asociar el daño moral exclusivamente con el *pretium doloris*, al mencionar que la condición social de la víctima "no incide, aumenta o disminuye, el dolor sufrido". En contraste, a partir de la concepción del daño moral como un remedio expresivo o simbólico es posible arribar a una conclusión distinta.<sup>14</sup> Debemos recordar que la indemnización del daño moral no consiste en eliminar o borrar el daño causado, sino en proveer a la víctima de medios (en este caso, dinero) para que pueda encontrar las satisfacciones que estime convenientes para moderar o hacer más soportable el daño extrapatrimonial sufrido, ya que la responsabilidad civil no puede deshacer o eliminar lo hecho. Para efectos de la determinación judicial del daño moral debemos tener en cuenta entonces no la determinación del daño sufrido —puesto que es bien sabido que no podemos determinarlo en dinero—, sino cuánto corresponde entregarle a la víctima para que efectivamente pueda obtener las satisfacciones que hacen más soportable el daño sufrido.

Lo anterior conduce a la siguiente conclusión: mientras mayor sea la capacidad económica de la víctima, mayores serán sus posibilidades de acceder a mecanismos que le permitan atenuar o hacer más soportable el daño sufrido. Me parece que ésta es una buena razón para considerar una disminución del daño indemnizable en casos de víctimas de ingresos altos, y al mismo tiempo aumentar el monto en casos de víctimas de bajos ingresos. Lo anterior se debe al hecho de que una víctima de menores

---

<sup>14</sup> Reproduzco aquí en parte los argumentos expuestos en Pino Emhart (2018b, pp. 501-504).



ingresos probablemente necesitará más dinero para acceder a las satisfacciones que le permitan moderar el daño moral sufrido, mientras que la víctima de ingresos altos con seguridad tendrá mayores posibilidades de encontrar satisfacciones que le permitan moderar el daño con sus propios recursos.<sup>15</sup> Nótese que esta conclusión es pertinente incluso sin tener en cuenta posibles consideraciones de justicia distributiva que podrían apuntar en la misma dirección.

Curiosamente, la Suprema Corte no analiza una posible vulneración al principio de igualdad ante la ley por el hecho de considerar la situación económica del demandado para cuantificar el daño moral; esto resulta llamativo porque dicho factor también podría conducir a un trato arbitrariamente diferenciado entre unas y otras víctimas.<sup>16</sup> Es un criterio que ha sido ampliamente criticado en el derecho chileno.<sup>17</sup> Así, por ejemplo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, señala que

esta Corte entiende que no puede regularse la indemnización en función de la capacidad económica del actor. Es muy clara la pretensión del actor de asociar la capacidad económica con el grado de culpa.

[...] Es evidente que se considera que, encontrándose en mejor posición económica, puede adoptar mejores medidas de prevención. Precisamente, la pretensión del actor, produce una modificación indebida en las reglas de distribución de la culpa de los artículos 44 y 1547 y, como se ha dicho supra, transforma la función del sistema de responsabilidad, al introducir una categoría ajena a nuestro sistema, como es el daño punitivo y al no existir

---

<sup>15</sup> Es cierto que el mismo argumento podría conducir a la conclusión inversa, en el sentido de que una víctima de mayores recursos probablemente necesita mayores sumas de dinero para atenuar el daño moral padecido (por ejemplo, para cambiar su automóvil por uno de lujo), mientras que una víctima de menores recursos potencialmente necesita menos dinero para satisfacer este propósito (por ejemplo, comprándose un automóvil económico). Sin embargo, por razones de justicia distributiva, me parece que la conclusión inversa aquí defendida es la correcta.

<sup>16</sup> Posiblemente no fue analizado por la Corte por no haber sido planteado por la parte demandada.

<sup>17</sup> Véase especialmente Barriá Díaz (2014, pp. 519-531).

un razonamiento de justicia distributiva, por cuanto la prevención se asocia a la punición, genera una distorsión en la adecuada distribución de los costos sociales. La responsabilidad civil, en este sentido, no puede jugar como un instituto de seguro social o de garantía, con prescindencia del daño efectivamente causado y las herramientas de imputación del menoscabo.<sup>18</sup>

Ahora bien, desde la perspectiva expresiva del daño moral, no sólo puede justificarse este criterio, sino que además se vuelve necesario. Al concebir el daño moral como un mecanismo que valoriza y representa el hecho de que el demandado ha vulnerado un derecho de la víctima, el gesto simbólico del demandado debe necesariamente ser significativo, y para que lo sea debe ser de una magnitud suficiente en consideración de la situación económica del demandado.<sup>19</sup> Desde luego, para un demandado de escasos recursos será muy significativo tener que pagar una indemnización de 100,000 dólares, mientras que no lo será para una empresa multinacional.

## II. La prueba del daño moral

Tradicionalmente se sostiene en el derecho chileno que el daño moral —al igual que el daño patrimonial— debe ser probado por la víctima (Munita Marambio (2019), p. 214; Cárdenas Villarreal y González Vergara (2007), p. 364). Así, Carmen Domínguez ha señalado que "el daño moral exige una evaluación fundada en prueba concreta del impacto específico sufrido por la víctima, no siendo suficiente una prueba genérica de molesta o afectación como suele plantearse" (Domínguez Hidalgo (2015), p. 915). Sin embargo, el daño moral presenta evidentes dificultades probatorias que tanto las víctimas como los tribunales deben resolver en los

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Zavala con Banco de Crédito de Inversiones*, Rol No. 1577-2014, 12 de junio de 2015, c. 16o.

<sup>19</sup> Esta idea se refleja en la defensa que Fernando Fueyo planteaba respecto de la procedencia de este criterio: "Es corriente, y a la vez muy humano, que el juez tome en cuenta la capacidad económica o condición de fortuna del condenado a pagar reparación. Por de pronto, *el esfuerzo de desembolsar será mayor o menor según los casos*" (Fueyo Laneri, 1990, p. 110) (énfasis añadido).

juicios de responsabilidad civil. Tratándose de casos en que se deba indemnizar efectivamente por el daño sufrido o *pretium doloris*, el remedio indemnizatorio deberá enfrentar el problema epistemológico que implica determinar y cuantificar el sufrimiento de una persona. No es éste el lugar para resolver esos problemas.<sup>20</sup>

Sólo quiero destacar el papel que puede cumplir una concepción expresiva del daño moral como la que hemos venido delineando. Si es cierto que la indemnización del daño moral no compensa a las víctimas, sino que les otorga una suma de dinero que valoriza o representa que un derecho de la víctima ha sido vulnerado, entonces ello debiera conducir al menos a alivianar la carga que pesa sobre la víctima de acreditar la existencia del daño. Desde luego que el juez determinará la indemnización sobre la base de los antecedentes aportados en el proceso, pero el carácter expresivo que tendría la indemnización le otorgaría mayores facultades para la determinación del monto de indemnización al juez, y no al hecho de si la víctima probó suficientemente el daño. En esta misma línea pueden encontrarse algunas sentencias chilenas que buscan liberar a las víctimas de producir esa prueba, ya sea recurriendo al "principio de normalidad"<sup>21</sup> o a las presunciones judiciales.<sup>22</sup> Precisamente esta última línea es la que sigue el Código Civil mexicano, al señalar en el artículo 1916 que "se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas".

Esto no significa admitir arbitrariedad en la determinación del daño moral. La concepción expresiva del daño moral es plenamente compatible

<sup>20</sup> Un muy buen análisis puede encontrarse en Papayannis (2020).

<sup>21</sup> Corte Suprema de Chile, *Valls con Red de Televisión Chilevisión*, Rol No. 38037-2017, 24 de enero de 2019, c. 4o. (sentencia de reemplazo): "Que si bien es cierto que la indemnización debe ser concedida solamente en favor de aquellas [víctimas] que acrediten haber sufrido real y efectivamente el daño, tratándose del daño moral —y muy particularmente en la situación que se revisa— no puede ser omitido un principio probatorio elemental en materia civil, cual es el denominado principio de la normalidad, según el cual quien alega lo normal, lo habitual, lo común u ordinario, no tiene el peso de la prueba, el que recae sobre la parte que postula lo anormal, excepcional o extraordinario".

<sup>22</sup> Un excelente análisis sobre el uso jurisprudencial de las presunciones judiciales para la prueba del daño moral en el ámbito del derecho de consumo chileno, en Cortez López (2019).

con la aplicación de parámetros objetivos que permitan al juez cuantificar adecuadamente la indemnización sin vulnerar el principio de igualdad ante la ley. En este sentido, el juez determina el monto necesario para valorizar o simbolizar la vulneración del derecho de la víctima, pero realiza dicha labor siguiendo parámetros y antecedentes que se encuentren en el proceso, como la gravedad de la conducta, el impacto que el ilícito produce en la víctima, la modificación de sus circunstancias de su vida, la situación económica de ambas partes, y así sucesivamente. Incluso, la concepción simbólica no es del todo incompatible con la utilización de una tarificación de los montos de indemnización por daño moral. La tarificación puede contribuir a establecer parámetros más objetivos, favoreciendo el principio de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica. La única diferencia que marca la tarificación es una valorización *ex ante* que realiza el sistema jurídico del tipo de ilícito causado a la víctima, frente a una cuantificación *ex post*; sin embargo, ello implicaría dejar de lado las consideraciones del caso particular que hemos analizado, especialmente la situación económica particular en que se encuentran las partes. A mi juicio, el balance entre estos valores debe ser resuelto por cada sistema jurídico, teniendo en cuenta el objetivo principal de la indemnización del daño moral buscando proporcionar un remedio lo suficientemente significativo a cada víctima por lo que le hizo el demandado.

### III. El daño moral de las personas jurídicas

La concepción tradicional del daño moral exclusivamente como *pretium doloris* no admitía la posibilidad de indemnizar cuando se trataba de víctimas que eran personas jurídicas. Al ser entes ficticios que no son personas humanas, las personas jurídicas no podrían padecer los sufrimientos que la indemnización del daño moral buscaría reparar, por lo cual no podrían ser sujetos legitimados para demandar el daño moral. En el mismo sentido, se sostiene que la afectación de los intereses extrapatrimoniales sólo puede provocar daños de carácter patrimonial en las personas jurídicas (Pizarro 2000, p. 215; Pizarro y Vallespinos, 2017,

pp. 198-199).<sup>23</sup> Sin embargo, una vez superada la concepción del daño moral basada exclusivamente en el *pretium doloris*, y aceptando que las personas jurídicas tienen derechos de la personalidad como el derecho a la honra (Corral Talciani, 2018, p. 446), con frecuencia se suele aceptar la posibilidad de indemnizar el daño moral a personas jurídicas.<sup>24</sup> Matizando esta postura, algunos han planteado que cabría distinguir entre las personas jurídicas sin fines de lucro de aquellas con fines de lucro, teniendo sólo las primeras derecho a obtener una indemnización del daño moral, ya que en el caso de las segundas la afectación de sus intereses se traducirá normalmente en un daño de naturaleza patrimonial (Corral Talciani, 2013, p. 148; Larraín Páez, 2013, pp. 600-604).

Sin el objeto nuevamente de cerrar el debate respecto de este punto, la concepción del daño moral como un remedio expresivo da algunas luces sobre esta materia. Si de lo que se trata es de indemnizar a la víctima por una cantidad de dinero que represente o valore lo que significó para ella el ilícito cometido por el demandado, entonces no se aprecia en principio obstáculo alguno para la indemnización de esa partida de daños tratándose de una persona jurídica. El gesto expresivo o simbólico de la condena al demandado a indemnizar el daño moral es necesario con prescindencia de si la víctima es una persona jurídica o natural. Ahora bien, una cuidadosa consideración de los casos particulares debiese conducir a resultados similares a los que arriba la doctrina mencionada, que toma en cuenta la naturaleza de la persona jurídica afectada.

Así, por ejemplo, si una persona jurídica con fines de lucro sufre un perjuicio a su prestigio o fama como consecuencia de una información falsa publicada en un noticiero, tendrá derecho a solicitar una indemnización que repare los daños causados a su prestigio comercial, principalmente en términos de lucro cesante por la pérdida de futuras ventas.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Postura dominante en Argentina, según estos autores.

<sup>24</sup> En el derecho chileno, véase Ríos Erazo y Silva Goñi (2013).

<sup>25</sup> Un caso similar resuelto por la Corte Suprema de Chile en *Ideal S.A. con Canal 13 S.A.*, Rol No. 3715-2017, de 9 de marzo de 2018. La Corte estableció que "la doctrina mayoritaria, tanto a nivel

Por cierto que esta víctima ha sufrido la afectación de un interés extrapatrimonial, pero bajo la concepción expresiva del daño moral, lo que debiera examinar el juez es si en ese caso tiene derecho a un remedio adicional al daño patrimonial por la afectación de su honra. El juez debe preguntarse ¿es necesario un remedio que reconozca que se han vulnerado los derechos de la víctima? A mi juicio, la respuesta es negativa, puesto que el daño patrimonial ya valoriza la afectación de intereses de la víctima.<sup>26</sup> La respuesta es distinta si se trata de una persona jurídica sin fines de lucro que ha visto afectada su honra, pues en tal caso será necesario recurrir a un remedio que reconozca los intereses extrapatrimoniales de la víctima que se han visto afectados.

#### **IV. La transmisibilidad del daño moral**

Otro problema que podría aclararse recurriendo a la interpretación que venimos sosteniendo tiene que ver con si se admite o no la transmisibilidad de la acción resarcitoria del daño moral. El problema surge cuando la víctima de un ilícito de responsabilidad civil fallece antes de la interposición de su demanda; se plantea entonces la pregunta de si los herederos de la víctima podrían ejercer la acción resarcitoria que le correspondía a la víctima por el daño moral sufrido. Algunos sistemas jurídicos como el mexicano y el argentino rechazan esta posibilidad, permitiendo que los herederos ejerzan la acción sólo en la medida que la víctima haya

---

nacional como a nivel comparado acepta la posibilidad que la persona jurídica pueda sufrir atentados que le provoquen un daño moral o extrapatrimonial" (c. 7o., sentencia de reemplazo).

<sup>26</sup> Por ello, a mi parecer, el caso citado en la nota anterior no fue resuelto correctamente por la Corte Suprema de Chile; ésta señala que "la conducta ilegítima desplegada por el demandado significó para el afectado que sufriera la desacreditación de la calidad de sus productos, tal como lo denuncia, especialmente en lo relativo al nivel de calorías y de grasas informados en los rótulos respectivos de diversos productos, sugiriendo incluso el programa al público abstenerse de consumirlos y preferir el pan de marraqueta; agrava lo anterior que estas afirmaciones efectuadas en el programa Contacto fueron posteriormente reiteradas y difundidas en varios otros espacios y programas del mismo Canal, afectando así la reputación empresarial de la demandante y su consiguiente posición en el mercado". La referencia a "la desacreditación de la calidad de sus productos" y la "posición en el mercado" de la parte demandante deja en claro que la Corte intentaba indemnizar daños de carácter patrimonial y no extrapatrimonial en este caso.

ejercido la acción antes de fallecer.<sup>27</sup> En sistemas como el chileno, que carecen de una norma expresa al respecto, la cuestión se discute. Por una parte, se sostiene que se trataría de un crédito intransmisible por el carácter personalísimo que tendría el daño moral, y que por ello indemnizar a los herederos de la víctima por estos daños implicaría una "mercantilización" de la responsabilidad civil (Domínguez Águila, 2004, p. 513). Como contrapartida, se ha señalado que lo que se transmite es la acción para demandar el daño moral y no el daño moral, por lo cual la acción debiese seguir la regla general según la cual las acciones son transmisibles (Espada Mallorquín y Pino Emhart, 2020, p. 7).

Más allá del punto que se discute a propósito de la distinción entre la naturaleza del interés afectado y la acción resarcitoria, desde una perspectiva del daño moral como remedio simbólico desaparece el aspecto "personalísimo" que tendría el daño moral. De lo que se trata es de otorgarle un reconocimiento a la víctima por sus derechos que fueron vulnerados. La muerte de la víctima no hace desaparecer la necesidad de darle ese reconocimiento. Si bien la muerte de la víctima hace desaparecer el dolor, las molestias o las incomodidades causadas por la conducta ilícita del demandado, no desaparece el agravio cometido por éste. Se mantienen vigentes las mismas razones que justificaban la imposición del remedio indemnizatorio antes de la muerte. Refuerza este punto las numerosas acciones que se promueven en contra de los Estados por violaciones históricas a los derechos humanos, en las que no constituye un obstáculo el hecho de que las víctimas hayan fallecido.

Por cierto, ello no obsta a que el juez tome en cuenta todas las circunstancias del caso particular para la determinación del *quantum* indemnizatorio,

---

<sup>27</sup> Así lo establece el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal de México, el cual señala que "la reparación [por daños morales] [...] solo pasa a los herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida"; en el reciente Código Civil y Comercial argentino (en vigor desde 2015) el artículo 1741 contempla la indemnización de las consecuencias no patrimoniales establece que "[...] la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste".

incluyendo el hecho de que la víctima haya fallecido. Teniendo en cuenta todos los factores que debe seguir el juez para realizar este cometido, la muerte de la víctima puede sugerir que no resulta necesaria una suma relevante de dinero, siendo quizás incluso preferibles otros mecanismos no pecuniarios.

## Fuentes

Alessandri Rodríguez, A. (2005), *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica.

Barría Díaz, R. (2014). "La capacidad económica de las partes como criterio de cuantificación del daño moral en la jurisprudencia chilena", en *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago, Legal Publishing.

Barros Bourie, E. (2020), *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2a ed., Santiago, Editorial Jurídica.

Beever, A. (2003), "The structure of aggravated and exemplary damages", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, pp. 87-110.

Borghetti, J. (2009), "Punitive damages in France", en Koziol, H. y Wilcox, V. (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Cham, Springer.

Burrows, A. (2019). *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press.

Cárdenas Villarreal, H. A. y González Vergara, P. V. (2007), "Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización", *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, pp. 355-378.

Corral Talciani, H. (2013), *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2a. ed., Santiago, Thomson Reuters.



- Corral Talciani, H. (2018), *Curso de Derecho Civil Parte General*, Santiago, Thomson Reuters.
- Cortez López, H. F. (2019), "Molestias y presunciones judiciales. El qué y cómo de la prueba del daño moral en la jurisprudencia de consumo", en Contardo González, J. I. y Cortez López, H. (dirs.), *Cuantificación del daño moral. Tendencias y sentencias*, Santiago, Der Ediciones.
- Davies, P. S. (2019). "Remedies in English private law. A 'stand-alone' research area?", en Hofmann, F y Kurz, F(eds.), *The Law of Remedies. A European Perspective*, Cambridge, Intersentia.
- Domínguez Águila, R. (2004), "Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 3, pp. 493-514.
- Domínguez Hidalgo, C. (2015), "Naturaleza, evaluación y prueba del daño moral: aspectos a desarrollar en el estado actual de su reparación", en *Estudios de Derecho Civil X*, Santiago, Thomson Reuters.
- Espada Mallorquín, S. y Pino Emhart, A. (2020), "La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida: Análisis del caso chileno", *Vniversitas*, vol. 69.
- Fueyo Laneri, F. (1990), *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica.
- Gardner, J. (2011), "What is tort law for? Part 1. The place of corrective justice", *Law and Philosophy*, vol. 30, núm. 1, pp. 1-50.
- Gardner, J. (2018), *From Personal Life to Private Law*, Oxford, Oxford University Press.

- Gold, A. (2013), "Expressive remedies in private law", en Lichere, F. y Weaver, R. (eds.), *Remedies and Property*, Marsella, Press Universitaires d'Aix-Marseille.
- Goldberg, J. C. P. y Zipursky, B. (2014), "Tort law and responsibility", en Oberdiek, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press.
- Hedley, S. (2019), "Is remedies a legal subject?", en Halson, R. y Campbell, D. (eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- Hershovitz, S. (2014), "Tort as a substitute for revenge", en Oberdiek, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press.
- Hershovitz, S. (2017), "Treating wrongs as wrongs: an expressive argument for tort law", *Journal of Tort Law*, vol. 10, núm. 2, pp. 405-447.
- Larraín Páez, C. (2014), "Daño moral a personas jurídicas: Prevenciones teóricas y propuesta de solución", en *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago, Legal Publishing.
- Martínez Alles, M. G. (2020), "La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima", en García Amado, J. A. y Papayannis, D. M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Lima, Palestra.
- Medina Villanueva, J. E. (2021), *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch.
- Munita Marambio, R. (2019), "Del daño moral y su cuestionable tratamiento desde la órbita de una acción colectiva o difusa (Comentarios a

la Ley No. 21.081 que modifica la Ley No. 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores)", *Actualidad Jurídica*, núm. 39, pp. 207-231.

Muñoz, E. y Vázquez-Cabello, R. (2019), "New punitive damages in Mexican law-or the chronicle of a failed legal transplant foretold", *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 42, pp. 203-260.

O'Malley, P. (2009), *The Currency of Justice. Fines and Damages in Consumer Societies*, Londres, Routledge-Cavendish.

Papayannis, D. M. (2020), "Responsabilidad por el dolor causado y sufrido", en García Amado, J. A. y Papayannis, Diego M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Lima, Palestra.

Pérez Fuentes, M. G. (2021), "El daño moral: to be or not to be y la falacia de los daños punitivos en la jurisprudencia mexicana", en Llamas Pombo, E. et al. (eds.), *Derecho de daños y protección de la persona*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Pino Emhart, A. (2017), "No sólo quieren dinero: La función expresiva de la responsabilidad extracontractual", en Barría Díaz, R. et al. (eds.), *Presente y futuro de la responsabilidad civil*, Santiago, Thomson Reuters.

Pino Emhart, A. (2018a), "Restaurar para corregir. La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual", en Papayannis, D. M. y Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del Derecho Privado*, Madrid, Marcial Pons.

Pino Emhart, A. (2018b), "La situación económica de las partes y la evaluación del daño moral. Al rescate de una vieja tesis", en Bahamondes

- Oyarzún, C. et al. (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIII*, Santiago, Thomson Reuters.
- Pino Emhart, A. (2020), "The value of apologies in law and morality", *Rei - Revista Estudos Institucionais*, vol. 6, núm. 3, pp. 1396-1416.
- Pizarro, R. D. (2000), *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Buenos Aires, Hammurabi.
- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (2017), *Tratado de responsabilidad civil, t. I, Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal.
- Radin, M. J. (1993), "Compensation and commensurability", *Duke Law Journal*, vol. 43, pp. 56-86.
- Radzik, L. (2014), "Tort processes and relational repair", en Oberdiek, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- Ríos Erazo, I. y Silva Goñi, R. (2013), "Daño moral a las personas jurídicas: ¿Qué ha dicho nuestra jurisprudencia?", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm.18, pp. 111-133.
- Sebok, A. J. (2007), "Punitive damages: from myth to theory", *Iowa Law Review*, vol. 92, pp. 957-1036.
- Smith, S. A. (2011). "Why courts make orders (and what this tells us about damages)", *Current Legal Problems*, vol. 64, núm. 1, pp. 51-87.
- Vargas Tinoco, A. (2020), "Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño

en el Derecho privado", en García Amado, J. A. y Papayannis, D. M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*, Lima, Palestra.

Weinrib, E. (2017), *La idea de derecho privado*, Paez, E. (trad.), Madrid, Marcial Pons.

Zakrzewski, R. (2005). *Remedies Reclassified*, Oxford, Oxford University Press.

## **Legislación**

Código Civil de Chile. Diario Oficial, promulgado el 14 de diciembre de 1855.

Código Civil Federal de México. Diario Oficial, 26 de mayo de 1928.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley No. 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014.



# **Justificación de las excepciones a la prueba de causalidad en el derecho de daños\***

---

Sandy Steel\*\*

\* Nueva versión del texto publicado en inglés como Steel, S. (2015), "Justifying exceptions to proof of causation in tort law", *The Modern Law Review*, núm. 78, pp. 729-758. Traducido al español por Ada Podolski.

\*\* Miembro y profesor asociado de Derecho en Wadham College, Universidad de Oxford. Me gustaría agradecer a Jane Stapleton, Nick McBride, Ariel Porat, Sarah Green y los revisores anónimos por sus útiles comentarios al borrador. Se aplica el descargo de responsabilidad habitual.



SUMARIO: A. Introducción; B. Excepciones a la prueba de causalidad individual justificadas en obligaciones secundarias ; I. Una objeción: la paradoja; C. El efecto de las excepciones propuestas sobre la ley vigente; D. ¿Se justifican otras reglas excepcionales?; I. Culpabilidad; II. Responsabilidad; III. Basado en incentivos; IV. Costo relativo de los errores; E. Conclusión.

Este artículo defiende un conjunto de excepciones a la regla general en el derecho de daños consistente en que un demandante debe probar, en el cálculo de probabilidades, que la conducta injusta de un demandado en particular fue la causa de su daño para tener derecho a una indemnización compensatoria con respecto a dicho daño. La racionalidad básica de cada excepción es que proporciona un medio para hacer cumplir el deber moral secundario del demandado respecto de su víctima. Además, el artículo demuestra que la aceptación de este conjunto de excepciones no socava la regla general.

## **A. Introducción**

Desde la mayoría de las perspectivas morales, la causalidad es importante para que exista responsabilidad individual de pagar una indemnización por el daño causado a otra persona (Kagan, 1986). La causalidad provee tanto la razón como el límite para la imposición de dicha responsabilidad.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> No es una razón concluyente y no es el único límite, por supuesto.

Según estos puntos de vista, sólo las personas que tienen una relación causal con los daños de otra persona deberían ser potencialmente responsables de resarcir esos daños a esa persona. Estos puntos de vista son plausibles, incluso si se exponen a cuestionamientos: pareciera haber una razón fuerte para no exigir una reparación a A ante B si A no es responsable del daño provocado a B, y la responsabilidad individual parece requerir de causalidad.<sup>2</sup>

En cualquier caso, el *common law* mantiene respecto del derecho de daños la siguiente postura: la regla general es que un demandante debe probar, en el cálculo de probabilidades, que la conducta injusta de un demandado en particular fue la causa fáctica de sus daños para tener derecho a solicitar la reparación de estos. Como cuestión de derecho sustantivo, esto significa que si no hubiera sido por la conducta injusta del demandado, los daños no se hubieran producido o que la conducta injusta contribuyó sustancialmente a los daños.<sup>3</sup> Como prueba, el demandante debe demostrar esto en el cálculo de probabilidades. Esto en sí mismo comprende dos reglas: la carga de la prueba, que dicta que el demandante pierde en caso de que la prueba en el cálculo de probabilidades sea imposible, y el estándar de prueba, que dicta que debe tenerse por probado el hecho cuando es más probable que exista a que no.

Aunque la regla general de la carga de la prueba se ha reiterado en repetidas ocasiones en el derecho inglés, se han reconocido excepciones durante los últimos 50 años.<sup>4</sup> Estas excepciones ha permitido probar que la

---

<sup>2</sup> Para conocer la opinión de que la responsabilidad de los resultados individuales requiere de causalidad, véase Coleman (2008, p. 41). Para conocer el argumento de que la causalidad no es necesaria para la responsabilidad moral individual por un resultado, véase Sartorio, (2007, p. 749).

<sup>3</sup> Sobre por qué la "contribución material" no siempre colapsa en la prueba determinante, véase Steel (2015a).

<sup>4</sup> Para conocer una afirmación reciente al respecto, véase *Sienkiewicz vs. Greif* (Reino Unido) Ltd [2011] UKSC 10 (Sienkiewicz), p. 16, de Lord Phillips: "Es un principio básico del derecho de daños que el demandante sólo tendrá una pretensión si logra probar, en el cálculo de probabilidades, que la conducta injusta del demandado causó el daño respecto del cual se exige la indemnización".

conducta injusta del demandado aumentó significativamente el riesgo de daños del demandante para generar responsabilidad en ciertos contextos, sobre todo en los casos de mesotelioma causado por exposición al polvo de asbesto.<sup>5</sup> En estos contextos, el demandante tiene éxito a pesar de que es imposible probar, en el balance de probabilidades, que la conducta injusta del demandado fue causa determinante de los daños o que provocó de manera sustantiva los daños de éste. Tales excepciones plantean al menos tres preocupaciones.<sup>6</sup> En primer lugar, una preocupación moral: ¿qué justifica apartarse del principio de responsabilidad individual reflejado en la regla general, de modo que ni siquiera se requiera la prueba en un cálculo de probabilidades de esa responsabilidad? En segundo lugar, una preocupación por las limitaciones racionales. Una vez que la prueba de la causalidad en el cálculo de probabilidades ya no se requiere en un contexto, la preocupación es que una excepción no pueda limitarse consistentemente a ese contexto y, por lo tanto, si se determinan límites, éstos serán arbitrarios.<sup>7</sup> Esto, a su vez, da lugar a una tercera preocupación, a saber, que la ausencia de principios racionales provoca incertidumbre jurídica.

La ley inglesa actual sobre excepciones a la prueba de causalidad no hace justicia a estas preocupaciones.<sup>8</sup> Más allá de una apelación a intuiciones no estructuradas sobre la justicia, la preocupación moral no se ha resuelto adecuadamente.<sup>9</sup> Tampoco queda claro cómo se pueden explicar de forma racional los límites a las excepciones actuales. Un demandante está exento

---

<sup>5</sup> La autoridad central moderna es *Fairchild vs. Servicios funerarios Glenhaven Ltd* [2002] UKHL 22. Para conocer una descripción detallada de la ley actual, véase Steel (2015a, pp. 14-20).

<sup>6</sup> Para conocer más sobre todas estas preocupaciones en relación con las excepciones existentes a la prueba de causalidad en la ley inglesa, véase, por ejemplo, Hoffmann (2013, p. 69), que describe la excepción en los casos de mesotelioma como "una regla arbitraria disfrazada de una decisión de principios, capaz de causar interminables dificultades en cuanto a los límites de su aplicación".

<sup>7</sup> Véase Morgan (2011, pp. 62-63).

<sup>8</sup> Para consultar la justificación detallada de estas afirmaciones, véase Steel (2012, p. 243).

<sup>9</sup> Véase, de nueva cuenta, Morgan (2011, p. 61): "[*Fairchild*] hace poco para identificar o justificar que se hubiera recurrido a una excepción".

de probar la causalidad en el cálculo de probabilidades sólo si a es imposible de probar debido a incertidumbre en el conocimiento científico (no basta con la mera imposibilidad fáctica de la prueba) y sólo si las posibles causas de los daños del demandante operan de una manera sustancialmente similar al momento de producir los daños en cuestión.<sup>10</sup> Se ha dudado de la racionalidad de estas limitaciones a las reglas excepcionales.<sup>11</sup> Por último, no queda claro cuándo la incertidumbre causal se debe realmente a lagunas en el conocimiento "científico" y cuándo debería decirse que las posibles causas operan de manera similar.

El objetivo de este artículo es mostrar que es posible reconocer un conjunto de excepciones a la regla general que responde a estas preocupaciones y evita las líneas arbitrarias que actualmente traza el derecho inglés. Se defenderán tres reglas excepcionales. Afirmando que cada una de ellas está justificada como un medio para hacer cumplir lo que requiere el deber moral secundario del demandado ante las circunstancias del asunto. La primera parte del artículo explica esta idea, la que denominaré una "excepción justificada en obligaciones secundarias", y defiende a las tres reglas excepcionales. El resultado será que las excepciones pueden justificarse, sobre la base de este razonamiento, sólo cuando el demandado causó injustamente un daño a un demandante indeterminado, cuando el demandante fue agraviado por un daño provocado injustamente a manos de uno o más demandados que pudieran haber causado injustamente esos daños, y en casos que tengan ambas características. En resumen, el artículo defiende la posibilidad de que se hagan excepciones en lo que en ocasiones se denomina "indeterminación del demandante" e "indeterminación del demandado", así como en situaciones que involucran una combinación de esas características.<sup>12</sup> La segunda parte del artículo demuestra cómo la aceptación de la justificación basada en obligaciones

<sup>10</sup> *Sanderson vs. Cáscara* [2008] EWCA Civ 1211, p. 52; *Fairchild vs. Glenhaven Funeral Services Ltd*, p. 22, de Lord Bingham y p. 170 de Lord Rodger.

<sup>11</sup> Véanse, por ejemplo, Stevens (2007, p. 51) y Beever (2007, pp. 484 y 746).

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, Delgado (1982, p. 881).

secundarias para estas excepciones mejoraría la ley actual y satisfaría las tres preocupaciones identificadas anteriormente. En las conclusiones planteo algunos argumentos contra justificaciones alternativas de otras reglas excepcionales, justificaciones que darían lugar a excepciones de un alcance más amplio (y más incierto) que las aquí defendidas.

Cabe establecer dos cuestiones preliminares. En primer lugar, este artículo defiende excepciones a la carga de la prueba: la regla de que el demandante pierde en caso de que sea imposible probar en el cálculo de probabilidades que la conducta injusta del demandado provocó sus daños. Por lo tanto, no concierne el asunto de si, como cuestión de derecho sustantivo, el derecho de daños debería reconocer excepcionalmente formas de responsabilidad no causales: una responsabilidad que podría imponerse cuando se demuestre que el demandado *no* provocó los daños del demandante. En segundo lugar, el artículo sólo se ocupa de las excepciones a la prueba del nexo causal entre la conducta injusta del demandado y los daños o pérdida inicial que fundamenta la demanda de indemnización en contra del demandado. Por lo tanto, no se ocupa de cuestiones de cuantificación ni de las reglas de prueba que rigen cuando si bien la conducta injusta del demandado hubiera provocado el daño del demandante, dicho daño se hubiera producido si el demandado se hubiera comportado de una manera no injusta.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Stapleton describe esto como la cuestión de si el demandante ha sufrido "daños" (Stapleton, 2013); sin embargo, el demandado también puede alegar que "habría sucedido de todos modos si se hubiera comportado de manera no injusta", lo que niega que un *aspecto* injusto de la conducta injusta del demandado fue lo que provocó los daños del demandante. Por ejemplo, en la legislación alemana, el demandado tiene la carga de la prueba y debe demostrar que el *aspecto injusto* de la conducta injusta que provocó los daños, por ejemplo, conducir a 80 km/h en lugar de a 50 km/h, *no* provocó los daños del demandante. En efecto, la conducta del demandado se trata como un todo en lugar de prestar atención a un solo aspecto de ésta, véase Oetker (2012, § 249). Para conocer un esclarecedor análisis de *McGhee vs. Junta Nacional del Carbón* [1973] 1 WLR 1 como un asunto en el que la conducta del demandado debe ser considerada como un todo y, como tal, vista como injusta y, por lo tanto, se determina como causa de los daños del demandante, véase Weinrib (2015). Este tipo de análisis puede evitar claramente muchas situaciones de indeterminación causal sin la necesidad de una regla excepcional. Para conocer una aplicación justificable (implícita) de dicha regla, véase *Phethean-Coles vs. Hubble* [2012] EWCA Civ 349. cf *The Empire Jamaica* [1955] 1 All ER 452.

## **B. Excepciones a la prueba de causalidad individual justificadas en obligaciones secundarias**

El derecho de daños impone obligaciones legales a las personas de actuar o abstenerse de actuar de determinadas formas en beneficio de otras. El incumplimiento de estas obligaciones "primarias" da origen a relaciones jurídicas "secundarias" entre el titular de las obligaciones y el titular de los derechos correlativos.<sup>14</sup> El hecho de que surjan tales relaciones jurídicas secundarias puede justificarse en parte porque, como cuestión moral, el incumplimiento de un deber moral primario da lugar a relaciones morales secundarias entre las partes. Por lo general, dará lugar al deber de disculparse; también dará lugar al deber moral de tomar medidas para resarcir a la víctima por los daños provocados. Tales relaciones morales surgen como un reflejo racional de la fuerza ejercida por las razones que sustentaron la obligación primaria original del demandado.<sup>15</sup> Una vez incumplida la obligación, el demandado deberá tomar medidas para que el mundo sea como si el incumplimiento de la obligación nunca se hubiera producido. Eso es lo mejor que se puede hacer después del hecho para ajustarse a las razones de la obligación original.

Provocar injustamente daños es generalmente el detonante necesario para la existencia de tales relaciones morales secundarias (es decir, las relaciones que dan lugar a las obligaciones de resarcimiento). Entonces, ¿cómo podría haber una justificación basada en obligaciones secundarias<sup>16</sup> para apartarse de la prueba de causalidad, dado que tales deberes de resarcimiento sólo surgen cuando el demandado provocó los daños al demandante?

---

<sup>14</sup> Mucho es indiscutible (incluso si se cuestiona si *toda* la responsabilidad por el daño tiene esta estructura). Existe controversia sobre si la relación jurídica secundaria es una obligación legal o una responsabilidad legal. Sigo sin comprometerme aquí. Sobre esta cuestión, véase Smith (2012).

<sup>15</sup> Véase Gardner (2011, p. 30).

<sup>16</sup> Usaré el término *obligaciones* en lugar de *responsabilidades* simplemente por conveniencia y de acuerdo con la nota al pie 14.

La razón es que puede haber obligaciones secundarias para participar en esquemas mediante los cuales uno puede garantizar o aumentar sustancialmente la probabilidad de que se indemnice a la víctima del daño, incluso si ésta no se puede identificar.<sup>17</sup> Por ejemplo, supongamos que D1 y D2 provocaron cada uno injustamente daños ya sea a C1 y C2, pero no se puede determinar qué demandado dañó a qué demandante, aunque cada uno pudo haber dañado a C1 o a C2. Ambos demandados saben que tienen una obligación secundaria ante alguno de C1 y C2. Esa obligación podría en sí misma dar lugar a una obligación por parte de los demandados a llegar a un acuerdo por el cual cada uno se comprometa a resarcir a la parte dañada por el otro. De esta manera, al autorizar a otra persona a pagar daños en su nombre y representación, uno libera la obligación secundaria que tiene ante la víctima, aunque no pueda identificar a la propia. Como escribió Tadros:

Si [una persona] no puede cumplir con su obligación por sí misma, tiene el deber de conseguir a alguien más para que la ayude. Esto también se aplica a otros tipos de obligaciones. Si yo le hago una promesa de hacer *v* y no puedo hacer *v* yo mismo, normalmente tengo la obligación de conseguir que alguien más para que haga *v* (Tadros, 2012, p. 193).

Mi sugerencia es que este tipo de razonamiento puede justificar las siguientes tres reglas excepcionales. La primera regla es:

*Regla de indeterminación del demandado causal (RIDC).* Si D1, D2... Dn, donde cada uno actúa independientemente de los demás, cada uno provocó injustamente daños a alguno de C1, C2... Cn, pero no puede determinarse en ningún caso, sobre el cálculo de probabilidades, cuál D hubiera dañado injustamente a cuál C, aunque es cierto que cada D pudo haber causado daños a cada C, entonces, cada D estaría obligado a contribuir a un fondo en la cantidad del daño causado, conforme al cálculo de probabilidades.

<sup>17</sup> Para una sugerencia similar, véase Porat y Stein (2001, p. 133).

Ilustremos con un caso simple cómo se aplicaría esta regla:

*Dos autos.* D1 y D2 son sicarios independientes contratados para destruir el auto de C1. Cada uno coloca un pequeño artefacto explosivo cerca del auto de C1. Los dispositivos explotan, pero sólo uno destruye el automóvil de C1, mientras que el otro dispositivo destruye el automóvil de C2. No se puede determinar cuál dispositivo de D destruyó cuál automóvil.

Según la regla general, ningún demandante podría establecer la responsabilidad de ninguno de los demandados. Cada demandado podría decir: "no se ha probado que yo provoqué sus daños en el cálculo de probabilidades; existe la misma probabilidad de que haya sido el otro demandado". A simple vista, esto pareciera ser muy injusto.

He aquí la explicación. Es cierto que cada D ha provocado los daños de un C o evitado que C pudiera hacer valer sus derechos secundarios con respecto a esos daños.<sup>18</sup> Su conducta injusta hace imposible que se atribuya la causalidad a un demandado en particular. Esta prevención priva a C de la reparación que hubiera exigido al demandado que efectivamente provocó los daños al automóvil. Por eso, *cada* D debería ser responsable ante *cada* C, por al menos el monto del valor del automóvil.

El hecho de que cada D hubiera causado un daño a C o impedido que pudiera hacer valer sus derechos en relación con ese daño ciertamente pareciera tener un significado moral, ya que entonces puede decirse que cada D provocó daños a C, pero para conocer los límites de este argumento, considere el siguiente asunto:

*Dos cazadores causales, diferentes balas.* D1, D2 y C1, C2 están en un viaje de caza. Conscientes de que podría ocurrir un accidente y precavidos para que se pudiera determinar la responsabilidad

---

<sup>18</sup> Véase más adelante este tema.



de algún eventual accidente, D1 y D2 usan balas de diferentes calibres. D1 y D2 lanzan de manera descuidada un disparo cada uno y C1 y C2 resultan heridos por una bala. Las balas se recuperan pero, dolosamente, un empleado del hospital, X, se deshace de las balas y ahora no se puede determinar cuál D lesionó a cuál C.

Dado que X se deshizo dolosamente de las balas, es difícil decir que cada D pudo haber causado que no se pudiera demandar al otro. A diferencia del ejemplo *Dos autos*, hubo una ruptura en la cadena de causalidad entre la acción de cada D y la incapacidad de C para presentar su demanda. Sin embargo, intuitivamente pareciera que D1 y D2, quienes ciertamente lesionaron a alguno de C1 y C2, podrían tener pocas objeciones en contra de ser exigidos a resarcir el daño. Por lo tanto, el argumento de que cada D provocó daños o impidió que C pudiera demandar con respecto a ese daño no puede ser la explicación completa de esta intuición.

Entonces, hay otra explicación. Cada demandado tiene la obligación moral secundaria de resarcir a una de las dos víctimas en los ejemplos *Dos autos* y *Dos cazadores causales, diferentes balas*. Dado que ningún demandado puede identificar a la persona ante la que está obligado, ¿qué se debe hacer? Seguramente, la respuesta no es "nada". El mero hecho de que la víctima no pueda ser identificada no exonera al demandado del cumplimiento de su obligación. Las medidas razonables serían las siguientes. Cada demandado puede realizar un acuerdo mediante el cual autorice al otro a pagar daños en su nombre. Por ejemplo, el acuerdo en *Dos autos* podría redactarse de la siguiente manera: Me comprometo a resarcir los daños a C1 si usted resarce los daños a C2. En el caso de que, de hecho, no tenga la obligación de resarcir los daños a C1, porque usted lesionó a C1, lo autorizo a actuar en mi nombre y representación para resarcir los daños a C2, si usted me autoriza de igual forma a actuar en su nombre y representación.

De esta manera, cada demandado puede tener la certeza de que se resarcirá realmente a su propia víctima. En caso de que los demandados no

lleguen a este acuerdo, estarán incumpliendo con su obligación secundaria de resarcir a la víctima.<sup>19</sup>

Esto indica que cada C debería poder demandar a cada D individualmente en el ejemplo de *Dos autos*, con el siguiente argumento. Cada C podría argumentar: "usted debería resarcirme porque o me lastimó injustamente o no logró realizar un acuerdo para resarcirme".

Sin embargo, si se aceptara este argumento, se podría dar lugar a la posibilidad de que cada demandante pudiera recuperar la totalidad de los daños de un solo demandado. Esto tendría la consecuencia indeseable de que un solo demandado podría ser considerado el responsable por una cantidad de pérdidas que no podría haber provocado.<sup>20</sup> Por ejemplo, si cada automóvil valía \$1,000 GBP, la cantidad máxima de pérdida que provocó cada demandado sería de \$1,000 GBP. Entonces, sería problemático responsabilizar a un acusado por \$2,000 GBP.

La siguiente propuesta resolvería este problema. El tribunal debería exigir a cada demandado que pague los daños debidos a un fondo en poder del tribunal. La justificación de ello es que es un medio para hacer cumplir las obligaciones secundarias de los demandados de resarcir a las víctimas. Al exigir a cada D que pague el monto del resarcimiento de las víctimas a un fondo, el tribunal funge como medio para que cada D pueda cumplir la obligación que tiene ante las partes agraviadas. En efecto, el fondo cumple la misma función de agrupación que el acuerdo de autorización que se debió haber celebrado entre los D.

---

<sup>19</sup> Esta justificación es muy diferente a lo propuesto por quienes consideran que la causalidad es moralmente arbitraria y argumentan que todos aquellos que se arriesgan culpablemente a sufrir daños deberían estar obligados a realizar un pago a un "fondo común de culpabilidad". La causalidad es fundamental para la justificación en el texto. Para conocer más sobre la idea de un "fondo común de culpabilidad", véase Coleman (1974, p. 473).

<sup>20</sup> Es permisible arriesgarse a que los demandados paguen demasiado por daños (si no fuera así, la certeza debería ser el estándar probatorio en los litigios civiles). Lo que es mucho más difícil de justificar es exigir intencionalmente que el resarcimiento del demandado sea superior a las pérdidas que provocó.

La aplicación de la RIDC plantea algunas preguntas. ¿Y si en *Dos autos* los vehículos tienen valores diferentes? De acuerdo con la RIDC, a cada demandado sólo se le podría exigir que pagara el valor del automóvil menos valioso. Esto se debe a que sólo se sabe que cada demandado causó esa cantidad de pérdida. Un demandado no podría estar bajo la obligación secundaria de pagar a un fondo una cantidad mayor de la que se demostró que provocó. Sin embargo, puede ser posible aplicar otra regla excepcional en relación con el monto de la pérdida que pudo haber provocado la conducta injusta de cada demandado. Por ejemplo, si un automóvil vale \$500 GBP y el otro vale \$750 GBP, entonces, conforme a la RIDC, cada demandado sería responsable de pagar \$500 GBP. Cada demandado podría ser responsable ante el propietario del automóvil por un valor de \$750 GBP y por \$250 GBP adicionales si la ley permite que los demandados sean responsables de las pérdidas que su conducta injusta *pudo* haber causado, inclusive cuando no se pueda probar que hubieran provocado una pérdida por esa cantidad.<sup>21</sup>

Y si, en el ejemplo de *Dos autos*, ¿un demandado es insolvente o imposible de rastrear? En estas circunstancias, el acusado solvente sabe que tiene la obligación secundaria de resarcir a uno de entre C1 y C2, pero el efecto de exigir al demandado que pague los daños por la pérdida provocada a un fondo que se distribuirá a C1 y C2 implicaría exigir al demandado que resarza parcialmente a un demandante al que no perjudicó. Si el fondo se divide en partes iguales entre C1 y C2, entonces, 50% del dinero del demandado se pagará a alguien a quien no perjudicó. ¿Puede el demandado solvente quejarse legítimamente de esto? La respuesta es negativa si cada demandante exige al demandado que pague la cantidad al fondo. Esto se debe a que, entonces, el demandado sabe que la parte dañada por su conducta injusta desea que el dinero se distribuya de esta manera. No existe una diferencia sustancial entre este supuesto y que el demandante simplemente exija al demandado pagar el dinero a una cuenta bancaria

---

<sup>21</sup> Tal regla se defiende más adelante.

en particular. No le concierne al demandado si su víctima decide compartir el pago de los daños con la otra víctima.

¿Es la RIDC una regla sin importancia diseñada para manejar supuestos fantasiosos como los que ya se presentaron? No, considere lo siguiente:

*Medicamentos.* D1 y D2 fabricaron varios miles de medicamentos defectuosos. Esto ha provocado cientos de daños a cientos de demandantes. Pero debido al largo periodo de latencia entre la ingestión del medicamento y la aparición de los daños es imposible determinar (debido a registros perdidos, recuerdos borrosos, etcétera) cuál D causó cuáles daños a C. Sin embargo, se sabe que cada D tenía una participación de 50% del mercado nacional al momento en que cada C ingirió el fármaco.

Estos casos han surgido en Estados Unidos y, recientemente, en Francia.<sup>22</sup> No son raros ni imaginarios. Según la RIDC, cada D debe pagar 50% de la pérdida total causada por los medicamentos defectuosos, suponiendo que la cuota de mercado nacional sea un reflejo razonablemente preciso de la cantidad de daño provocado por D. Observe que la justificación para ello no es una idea de justicia correctiva agregada o colectiva.<sup>23</sup> La justificación es más bien que la mejor manera en que el acusado puede cumplir con su obligación secundaria frente a la parte que dañó es pagar al fondo. Es justicia correctiva individualizada o relacional.

La justificación tampoco depende de que todas las víctimas u otros infractores se unan al proceso. Cada demandado tiene la obligación secundaria de autorizar a otros demandados a actuar en su nombre siempre que esto aumente la probabilidad de que el acusado cumpla con su obligación secundaria. Por lo tanto, si hubo tres demandados y cada uno provocó daños injustamente a uno de los tres demandantes, pero sólo dos

<sup>22</sup> *Sindell vs. Abbott Laboratories* (1980) 26 Cal. 3d. 588. Para los casos franceses, véase Steel (2011).

<sup>23</sup> Véase Wright (2008, p. 1295).

demandantes se unen al proceso, cada demandado aún deberá pagar al fondo. Esto se debe a que existe una probabilidad de  $2/3$  de que el demandado cumpla con su obligación secundaria de pagar al fondo. Del mismo modo, si sólo dos demandados se unieran al proceso, a cada uno se le podría exigir que pague al fondo. Esto se debe a que al llegar a un acuerdo de autorización con el otro cada demandado habría aumentado la probabilidad de cumplir con su obligación secundaria de (al menos)  $1/3$  a  $2/3$ . Ahora, defenderé una segunda regla:

*Regla del demandante indeterminado.* Si D provocó injustamente daños a una persona de un grupo, C1-Cn, cada uno de los cuales pudo haber sido perjudicado por D, pero no se puede determinar cuál C fue perjudicado por D en el cálculo de probabilidades, D debería ser responsable de pagar el monto de la pérdida que D provocó a un fondo que se distribuirá entre C1-Cn.

Ilustremos con un caso cómo se aplicaría esta regla:

*Antídoto de Chancy.* Una serpiente venenosa muerde a tres personas. Se llama a una ambulancia. Por negligencia, la ambulancia no se presenta y los tres sufren graves heridas por no contar con el antídoto. Si hubiera llegado la ambulancia, no habría tenido suficiente antídoto para tratar a las tres personas, sino sólo a una. La decisión sobre quién habría recibido el antídoto se habría tomado por sorteo.

Aquí una persona no hubiera sufrido daños injustos si hubiera llegado la ambulancia, pero no se sabe cuál.<sup>24</sup> Tal como están las cosas, cada persona puede demostrar que hay una probabilidad de  $1/3$  de que la negligencia de la ambulancia le provocó daños injustamente. En consecuencia, nadie recuperaría los daños según la regla general.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Supongamos que no fue negligente haber llegado con un antídoto insuficiente.

<sup>25</sup> O que, de acuerdo con la ley vigente, tampoco se hubieran recuperado de la posibilidad perdida de evitar sus lesiones físicas. Esto, de acuerdo con *Hotson vs. East Berkshire Health Authority* [1987]

De acuerdo con la regla del demandante indeterminado, cada uno recuperaría 1/3 de su pérdida. Esto se puede justificar de dos formas. Primero, si cada demandante está de acuerdo en que el demandado debe pagar al fondo, entonces, nuevamente, el demandado sabe que está cumpliendo con las exigencias de su víctima. Es como si la víctima le pidiera al demandado que realizara el depósito a una cuenta bancaria en particular. Al responder a las exigencias de la víctima, el demandado simplemente está cumpliendo con su obligación moral de resarcirla. En segundo lugar, de manera más controvertida, alguien que daña injustamente a una persona tiene una obligación moral no relacional (una obligación que no se le debe a nadie en particular) de contribuir al resarcimiento de los daños. Suponga que D mata injustamente a C, quien no tiene dependientes. D todavía debe intentar hacer lo mejor que pueda para cumplir con su obligación original de no matar a C. Cualquier acción de este tipo no puede beneficiar a C. En consecuencia, es difícil describir cualquier obligación secundaria como una obligación que se debe a C. Pero seguramente D tiene algún tipo de obligación moral secundaria por su acto injusto. La mejor manera en que D podría responder por su acto injusto es contribuir a resarcir el daño. Si la ley decidiera responsabilizar a cada D del ejemplo *Antídoto de Chancy*, esto también podría justificarse sobre la base de que, en relación con los dos C que no son víctimas del acto injusto de D, D está cumpliendo con su obligación de resarcir los daños. Considere ahora una tercera regla:

*Regla del demandado indeterminado.* Si C fue víctima de un daño a manos de uno o más de un grupo de demandados, D1-Dn, pero no se puede determinar sobre un cálculo de probabilidades cuál demandado(s) de ese grupo fue la causa de los daños de C, pero cada demandado puede haber sido una causa de los daños de C, entonces cada D debería ser responsable ante C en su totalidad o en proporción a la probabilidad de que D fuera una causa fáctica del daño de C.

---

AC 750. Por las razones expuestas en Steel (2015c, capítulo 6) es preferible no desarrollar más el alcance de los daños sustanciales por las oportunidades perdidas.

La situación clásica a la que se aplica esta regla y a la que se ha aplicado es:<sup>26</sup>

*Dos cazadores.* Independientemente el uno del otro, D1 y D2 disparan de forma negligente en la dirección de C durante un viaje de caza en el bosque. C es lesionado por uno de D1 y D2, pero es imposible determinar en el cálculo de probabilidades cuál D causó daños a C.

Las leyes francesa, alemana, canadiense y las de prácticamente todos los estados de Estados Unidos responsabilizarían a cada D en esta situación.<sup>27</sup> La ley inglesa probablemente responsabilizaría a cada D en proporción al 50% de probabilidad de que haya causado el daño de C.<sup>28</sup>

¿Cómo se puede justificar esta regla? Dejemos de lado una justificación infructuosa. Se ha argumentado que C puede probar que no habría sufrido daños de no ser por las acciones negligentes de D1 y D2, consideradas en conjunto.<sup>29</sup> Por lo tanto, la causalidad determinante se satisface en cierto sentido. Aquí hay dos fallas. Por un lado, se necesita cierta justificación para agrupar dos sujetos independientes que no son responsables de las acciones del otro.<sup>30</sup> Este argumento en sí mismo no proporciona tal justificación. Por otro lado, el hecho de que de no haber sido por la conducta injusta de varias personas, cuando el demandado es una de

<sup>26</sup> El caso se basa en *Summers vs. Tice* (1948) 33 Cal. 2d. 80 y *Cook vs. Lewis* [1951] SCR 830.

<sup>27</sup> Véase *Steel* (2011, pp. 302-308). Para conocer más sobre la ley canadiense, *Cook v Lewis*, aprobado en *Clements vs. Clements* 2012 SCC 32.

<sup>28</sup> Véanse las declaraciones de Lord Phillips en *Sienkiewicz vs. Greif UK Ltd* [2011] UKSC 10, [105], leído a la luz de *Barker vs. Corus (UK) Ltd* [2006] 2 AC 572. Esa responsabilidad proporcional del caso de *Barker* sigue siendo la postura en el derecho consuetudinario (esa responsabilidad es, en su totalidad, en virtud del artículo 3 de la Ley de Indemnización de 2006 en casos de mesotelioma) se confirmó en la decisión de la Suprema Corte en *Zurich Insurance Plc UK Branch vs. International Energy Group Ltd* [2015] UKSC 33 (el especial, pp. 29-33 de Lord Mance). Además, la responsabilidad proporcional en el asunto de *Barker* se ha mantenido para aplicarse más allá de los casos de mesotelioma: véase la decisión en *Heneghan vs. Manchester Dry Docks Ltd* [2014] EWHC 4190 (se aplica el asunto de *Barker* a un caso de adenocarcinoma pulmonar). Para debatir la decisión de *Heneghan*, véase *Steel* (2015b).

<sup>29</sup> *Clements vs. Clements* 2012 SCC 32, pp. 39-41.

<sup>30</sup> Para obtener una explicación clara (y una justificación ampliada) de este punto en un contexto relacionado, véase *Stapleton* (2015).

esas personas, el demandante no hubiera sufrido daños, constituye en sí mismo una razón muy débil para imponer la responsabilidad a un demandado en particular. Suponga que D1 dispara y alcanza culposamente a C y que si D1 no hubiera disparado y alcanzado a C, la bala de D2 lo habría hecho (el efecto de la bala de D1 es hacer que C colapse antes de que llegue la bala de D2). De no haber sido por las acciones descuidadas de D1 y D2, C no habría sufrido daños. Pero esto proporciona poca o ninguna razón para imponer responsabilidad a D2, aunque es cierto que de no haber sido por la conducta injusta de D1 y D2, el daño de C no habría ocurrido.<sup>31</sup>

Beever ha argumentado que en *Dos cazadores* cada demandado viola el derecho del demandante a la integridad corporal (Beever, 2007, pp. 459-464).<sup>32</sup> El argumento parece ser el siguiente: cada demandado viola el derecho de C a la integridad corporal ya sea provocando realmente a C daños físicos o impidiendo que C pueda hacer valer su derecho de resarcimiento. Un demandado impide que C pueda reclamar daños ya que si ese demandado no hubiera disparado, habría sido posible que C demandara a la persona que causó los daños, pues esa persona sería entonces el único que disparó. Beever afirma que impedir que C pueda hacer valer su derecho a la integridad corporal es en sí mismo una violación de ese derecho, donde D actúa de tal manera que incurriría en responsabilidad por causar lesiones físicas a C si se supiera que D provocó las lesiones físicas (en otras palabras: donde D actúa de forma negligente con respecto a la integridad corporal de C). Llamemos a esto el *argumento de prevención*.

Antes de que podamos evaluar esto, es necesario hacer algunas precisiones. No está claro qué significa decir que C tiene "derecho a la integridad corporal". En la ley inglesa, C goza del derecho legal primario de que cada D no provoque lesiones físicas razonablemente previsibles al cuerpo de

<sup>31</sup> Compárese con Green (2014, pp. 72-73).

<sup>32</sup> Se han hecho versiones de este argumento desde finales del siglo XIX en la legislación francesa y alemana, véase Steel (2015c, cap. 4).



C derivadas de un actuar negligente. La infracción de ese derecho por parte de una persona da lugar a una obligación secundaria o la obligación de resarcir los daños entre el demandado y la víctima. Entonces C tiene dos derechos a la integridad corporal: un derecho primario en relación con la conducta de D y uno secundario que surge de la violación de ese derecho primario.

Una vez desglosado de esta manera, se vuelve simplista decir que cada D afectó la integridad corporal de C. Sólo es cierto respecto a cada D que infringió el derecho principal de C a no sufrir lesiones físicas por negligencia o que se impidió negligentemente que C exigiera el cumplimiento de sus relaciones legales secundarias contra el otro demandado. Evitar la reparación de la infracción de un derecho no es lo mismo que infringir el derecho.<sup>33</sup>

¿Cómo, entonces, cierra Beever la brecha analítica entre los derechos primarios y secundarios, entre prevenir la reparación de un derecho y realmente infringir el derecho? Esto es importante porque, a primera vista, existe una diferencia significativa entre el demandado siendo negligente en relación con la integridad corporal del demandante y el demandado siendo negligente en relación con el derecho del demandante a una reparación en relación con su integridad física. Un problema obvio con el argumento es que si bien cada demandado se ha comportado de manera negligente con respecto a la integridad física del demandante, ninguno se ha comportado de manera negligente con respecto a la interferencia con su derecho secundario a la integridad física. En otras palabras, la interferencia en el derecho secundario es una consecuencia remota de la negligencia del demandado en relación con la integridad corporal del demandante.

El argumento de Beever parece basarse en dos ideas. Una es que los daños pagados por un demandado con respecto a las lesiones físicas del deman-

---

<sup>33</sup> No pagar por la reparación del jarrón no es igual a romper el jarrón.

dante en términos normativos reparan dichas lesiones físicas. Por lo tanto, cuando el demandado impide que el demandante obtenga el resarcimiento de los daños, es lo mismo que lesionar físicamente al demandante. La otra es que el derecho (secundario) del demandante al resarcimiento es el mismo que su derecho primario a la integridad corporal,<sup>34</sup> como cuestión de realidad normativa, el derecho secundario de C es simplemente una continuación normativa del derecho primario de C.<sup>35</sup> Por lo tanto, cuando D impide que C haga cumplir su derecho secundario, infringe *ipso facto* el derecho principal de C siempre que D satisfaga los requisitos para infringir el derecho principal de C, es decir, negligencia en relación con la integridad corporal de C.<sup>36</sup>

Esta ingeniosa línea de razonamiento no puede aceptarse de esta forma. Sobre el primer argumento, es simplemente ficticio equiparar la prevención de una demanda por lesiones físicas con provocar las lesiones en sí. Necesitamos una razón para esta ecuación. Sobre el segundo argumento, el derecho legal de C a una indemnización por daños con respecto a la negligencia es diferente del derecho de C a que D no cause negligentemente un daño razonablemente previsible al cuerpo de C. Las obligaciones correlativas a estos derechos tienen contenidos completamente diferentes.<sup>37</sup> Además, a veces se pueden asignar derechos secundarios en situaciones en las que el derecho primario correspondiente no puede hacerlo. Esto tiende a indicar que estos derechos no son idénticos.

<sup>34</sup> "El argumento es que [uno de los cazadores] violó el derecho primario [del otro] a la integridad corporal, aunque no ... dañó [su] cuerpo. El argumento no se basa en ningún derecho nuevo, sino en el que siempre existió: el derecho a la integridad corporal" (Beever, 2007, p. 461). Este argumento es más evidente en el relato de Weinrib de Dos cazadores (Weinrib, 2015, pp. 10-14).

<sup>35</sup> Véase también, para conocer una declaración más detallada de esta visión general, Weinrib (2012a, cap. 3).

<sup>36</sup> Beever (2008, pp. 461-462). Al menos, ésta parece ser la premisa implícita de la visión que equipara la no reparación de un derecho con su violación.

<sup>37</sup> Esto concuerda perfectamente con la opinión de que las razones que sustentan el derecho continúan ejerciendo fuerza después de la violación del derecho, pero el hecho de que las razones originales exijan su cumplimiento no significa que cualquier obligación generada por esas razones sea la misma obligación que existía anteriormente.

No obstante, parece que este razonamiento es defendible a fin de cuentas.<sup>38</sup> La premisa fundamental que necesita defenderse es que se puede equiparar la negligencia en relación con la integridad corporal del demandante con la negligencia respecto al derecho secundario del demandante a su resarcimiento. El argumento de Beever intenta establecer esta premisa y presupone una identidad analítica entre los derechos primarios y secundarios, pero el argumento aún podría tener éxito inclusive si los derechos secundarios son muy similares a los derechos primarios. Esto es cierto: "el resarcimiento de los daños por negligencia clínica es, en cierto sentido, equivalente a un tratamiento clínico adecuado: es lo más cerca que puede llegar la ley a poner a un paciente en la posición en que hubiera estado si el médico no hubiera sido negligente".<sup>39</sup>

Todavía podría objetarse que comportarse de manera negligente respecto a la integridad corporal de alguien (algo físico) es significativamente diferente a comportarse de manera negligente en relación con un derecho secundario del demandante (una entidad puramente normativa), con el resultado de que el descuido en relación con el primero no puede tomarse como descuido en relación con el último.

Una respuesta a esto comienza apelando a la función moral de los requisitos de lejanía. ¿Por qué insistimos en que el daño causado por la conducta injusta del demandado sea previsiblemente riesgosa? Una respuesta plausible es que el daño sufrido debe estar entre los motivos por los que la conducta en cuestión fue injusta para que genere una obligación secundaria de reparación. En otras palabras, el requisito de la lejanía no se encuentra cubierto por la tesis de que las razones de las obligaciones secundarias de reparación surgen de las razones de la obligación primaria.<sup>40</sup> Si el origen de las obligaciones secundarias de reparación de un daño

---

<sup>38</sup> La revisión aquí del recuento de Beever (y del recuento de Weinrib, 2015) es menor. Mi recuento está muy en deuda con sus ingeniosos esfuerzos.

<sup>39</sup> *Wright vs. Cambridge Medical Group* [2011] EWCA Civ 669 en [60] de Lord Neuberger MR.

<sup>40</sup> Véase Gardner (2011).

radica en el hecho de que este daño fue una de las razones por las que la conducta fue injusta, entonces, este daño debe constituir una de las razones por las que la conducta fue injusta en primer lugar, pero si el daño no es previsiblemente riesgoso para una determinada acción, entonces no forma parte de las razones que la hicieron injusta. La razón por la que el riesgo de lesiones físicas por descuido es injusta es porque puede provocar lesiones físicas. El derecho secundario a la reparación, a su vez, surge como reflejo de dicha razón. En consecuencia, hay un sentido en el que actuar injustamente respecto de la integridad física de una persona es actuar en contra de las razones que dan lugar a un derecho secundario respecto a dicha integridad física.<sup>41</sup>

Incluso si esta respuesta no es aceptable, parece que en muchos de los casos que se configuran dentro de la regla de demandado indeterminado, tal como en el ejemplo *Dos cazadores*, la injerencia en el derecho secundario es en sí misma, descrita en esos términos, una consecuencia razonablemente previsible de la conducta injusta del demandado. No parece descabellado decir que las personas que disparan balas con descuido en una proximidad temporal y espacial cercana deben ser conscientes de que ello podría generar dificultades para determinar quién causó daños a las personas cercanas.<sup>42</sup>

En resumen, entonces, parece que el argumento de prevención tiene fuerza y puede justificar responsabilizar a cada D por completo en situaciones

---

<sup>41</sup> Sin embargo, no sé qué decir de este caso, en el que parece que la pérdida debe ser demasiado remota: causa de agravio desestimada. D1, un conductor de autobús, lleva a C al tribunal para un asunto de agravio de C contra D2 por lesiones físicas que provocó D2 por descuido a C en un accidente automovilístico. D1 conduce con descuido y arriesga a C lesiones exactamente del mismo tipo que D2 provocó a C y se ve involucrado en una colisión. Aunque físicamente resulta ileso, C no puede llegar al tribunal a tiempo y se desestiman los cargos contra D2.

<sup>42</sup> Cualquier objeción de que la pérdida es puramente económica ya se encuentra con la gran similitud entre los derechos primarios y secundarios con respecto a la integridad física de una persona. También correspondería preguntarse si la regla general relativa a la mera pérdida económica no se justifica principalmente por consideraciones relativas a la generación de una responsabilidad indeterminada. En la situación de *Dos cazadores* ésta no es una consideración real. Cada D sólo es responsable por el monto de los daños por los que habría sido responsable si se hubiera sabido que su descuido provocó las lesiones físicas.

como *Dos cazadores*. Desafortunadamente, el argumento de prevención tiene sus límites. Es dudoso que se pueda justificar la responsabilidad en todos los casos que pudieran estar comprendidos en la regla del demandado indeterminado tal como está formulado. Primero, es dudoso que pueda justificar la responsabilidad en:<sup>43</sup>

*Dos cazadores, diferentes balas.* D1, D2 y C están en un viaje de caza. Conscientes de que podría ocurrir un accidente y precavidos para que se pudiera determinar la responsabilidad de algún eventual accidente, D1 y D2 usan balas de diferentes calibres. D1 y D2 actúan con descuido y C resulta herido por una bala. La bala se recupera pero, dolosamente, un empleado del hospital, X, se deshace de la bala y ahora no se puede determinar cuál D lesionó a cuál C.

En este caso, el nexo causal entre el demandado que impidió negligentemente el ejercicio del derecho secundario de C en contra del demandado apropiado no fue posible por la intervención dolosa de X. En consecuencia, no es cierto que cada D hubiera provocado lesiones físicas o impedido el ejercicio del derecho legal secundario del demandante. Aunque un D es una causa determinante que evitó el ejercicio del derecho legal secundario del demandante, no es una causa típicamente *legal*, dado

---

<sup>43</sup> Podría parecer que el argumento de la prevención tiene otro límite. ¿Se aplica únicamente a los asuntos que involucran a dos acciones injustas? Sin embargo, si hubo tres (o más) cazadores que dispararon con descuido en dirección al demandante, el resultado del análisis no cambiaría. Inclusive si no es cierto que uno de los cazadores sea una causa contraria a la incapacidad del demandante para ejercer su derecho secundario, será una causa ENSC (un elemento necesario para la suficiencia de un conjunto) de ello (sobre la causalidad de ENSC, véase, en general, Wright (1985). En otras palabras, la incapacidad de ejercerlo estará causalmente sobredeterminada por las acciones de dos de los cazadores. Entonces, se podría objetar que ninguno de esos cazadores provocó que el demandante empeore, ya que no habría podido interponer su demanda en ningún caso debido a la acción del tercer cazador. Pero este argumento, que implica la confianza directa en el daño de un tercero para evitar una responsabilidad que surgiría de otro modo, está bloqueado por *Baker vs. Willoughby* [1970] AC 467. Alternativamente, se podría argumentar que cada cazador: 1) causó injustamente las lesiones físicas, 2) impidió el ejercicio del derecho secundario con respecto a esas lesiones físicas o 3) evitó la interposición de la demanda con respecto a que se evitó el ejercicio del derecho secundario respecto a las lesiones físicas. Cada cazador es totalmente responsable en lo individual de cuál de los 1) a 3) sea responsable.

el hecho de la intervención dolosa, que rompería el nexo de causalidad entre el demandado y la interferencia en el derecho secundario.

En segundo lugar, si un D es insolvente en el ejemplo *Dos cazadores*, el argumento de prevención se enfrenta a un problema. Entonces, no es cierto que cada demandado sea al menos responsable por el monto de los daños del demandante, ya que si el demandado insolvente causó las lesiones físicas, entonces evitar que se interponga una demanda en contra de ese demandado es evitar una demanda sin valor. Para evitar esto se necesitaría la ficción conceptual de Beever de que impedir la restitución de un derecho es lo mismo que infringir el derecho.

Dos justificaciones adicionales de la regla del demandado indeterminado evitan estos problemas, pero a costa de privar a la regla de una conocida justificación basada en una obligación secundaria. La primera es que hay algo normativamente problemático en el hecho de que el demandado causante dependa de la conducta injusta de otra persona para privar al demandante del derecho a una reparación de un daño provocado por una conducta injusta.<sup>44</sup> Por un lado, esto permite que el demandado se beneficie de la conducta injusta de otra persona. Por otro lado, esto priva al demandante, quien sufrió lesiones debido a una conducta injusta, de ejercer su derecho a una reparación. Esta preocupación normativa está planteada en otros ámbitos del derecho de daños. Por ejemplo, un demandado que lesionó injustamente a una persona no puede señalar el hecho de que la conducta injusta de un tercero habría causado la misma pérdida en cualquier caso para reducir su responsabilidad.<sup>45</sup>

La segunda justificación de la regla del demandado indeterminado se aplica de la siguiente manera. Si no se impone ninguna responsabilidad en

<sup>44</sup> Para consultar la justificación detallada, véanse Steel (2012; 2015c, cap 4).

<sup>45</sup> *Baker vs. Willoughby*. Véase también *Haxton vs. Philips Electronics UK Ltd* [2014] EWCA Civ 4, en el que se impidió al demandado basarse en el daño cometido contra un tercero para reducir los daños que sufrió el demandante.

el ejemplo *Dos cazadores*, existe 100% de riesgo de que la injusticia recaiga sobre una persona: el demandante. Si se impone la responsabilidad, cada demandado está expuesto a 50% de riesgo de injusticia. Aunque existe entre las personas un riesgo de injusticia de 100%, independientemente de si se impone dicha responsabilidad o no, si no se impone ninguna responsabilidad una persona está expuesta al riesgo de 100%, mientras que si se impone la responsabilidad, el riesgo de la injusticia lo comparten dos individuos. Esta parece ser una distribución más justa de ese riesgo de injusticia.<sup>46</sup>

### **I. Una objeción: la paradoja<sup>47</sup>**

Una premisa del argumento de la prevención es que un demandado impidió que el demandante pudiera recuperar los daños con respecto a la violación de su derecho principal por parte del otro demandado, pero esta premisa parece contradecirse por el hecho de que si la teoría del reclamo impedido tiene éxito, el demandante puede, después de todo, demandar al demandado que causó los daños física. Por lo tanto, resulta que no se ha evitado ninguna demanda. Pero si el demandante no ha sido privado de la demanda, entonces colapsa el fundamento de la responsabilidad de los demandados. Si es así, el demandante no puede demandar a ninguno de los demandados, por lo que se le priva de presentar una demanda. Luego, se deduce que el demandante puede demandar a ambos. Pero si puede demandar a ambos, entonces no se le ha privado de presentar una demanda en contra del demandado que causó las lesiones físicas. Parece que aquí la ley se ve impulsada a una regresión infinita.

La objeción de la paradoja puede suavizarse especificando con mayor precisión la demanda que el demandante no ha podido interponer. Si la

---

<sup>46</sup> Compárese con Williams (1953) 31 Can BR 315, 317.

<sup>47</sup> Gracias a Donal Nolan y Rob Stevens por dejarme claro que esta objeción se aplica en relación con el ejemplo de *Dos cazadores*. Para conocer las objeciones, véase Stevens (2007, p. 150). Compárese McBride y Steel (2012).

demanda que presenta en virtud del argumento en contra del demandado que causó las lesiones físicas es diferente de la demanda que no pudo interponer en contra de ese demandado por parte del otro, entonces no se presenta la paradoja. La paradoja sólo surge porque parece que el resultado de aplicar la teoría es que el demandante no está privado de presentar una demanda en contra del demandado que provocó las lesiones físicas, después de todo, ya que puede demandar a ambos. Y es cierto que el demandante no está privado de "una" demanda en contra de ese demandado. Pero el argumento de la demanda impedida no afirma esto, afirma que el demandante fue privado de interponer una demanda ordinaria por lesiones físicas (que habría estado disponible en el cálculo de probabilidades) en contra el demandado causante. El demandante perdió la oportunidad de presentar *esta* demanda. La demanda que surge de la teoría de la demanda impedida no es la misma demanda que impidió el demandado al demandante.

### **C. El efecto de las excepciones propuestas sobre la ley vigente**

Supongamos que la ley aceptara:

- 1) La regla del demandado indeterminado causante,
- 2) la regla de del demandante indeterminado y
- 3) la regla del demandado indeterminado.

¿Sería necesario, por una cuestión de consistencia, rechazar la regla general de que el demandante pruebe la causalidad sobre el cálculo de probabilidades para tener derecho a una reparación sustancial de los daños?<sup>48</sup> No, consideremos el tipo de caso más común de incertidumbre causal:

*Incertidumbre causal simple.* En el cálculo de probabilidades, C no puede probar que la conducta injusta de D fue la causa de los

---

<sup>48</sup> Compárese, por ejemplo, Morgan (2011, p. 60).



daños de C, donde si la conducta injusta de D provocó las lesiones, hubieran sido las lesiones de C, y si las lesiones de C fueron provocadas por una conducta injusta, habría sido la conducta injusta de D.

Aquí C no puede probar que a) D hubiera lesionado injustamente a alguien ni que b) C hubiera sido víctima de un daño en el cálculo de probabilidades. Por lo tanto, 1) no se aplicaría, se requiere tanto de *a* como de *b*. Tampoco se aplicaría 2), pues se requiere de *a*. Tampoco se aplicaría 3), pues requiere que se cumpla *b*. Estas restricciones se justifican por los siguientes motivos. A menos que se cumpla *ab*), C no puede alegar que la responsabilidad está justificada sobre la base de hacer cumplir la obligación secundaria de D de reparar los daños. De acuerdo con *a*), esta obligación surgirá por el hecho de que el demandado provocó injustamente lesiones a alguien, y dicha persona pudo haber sido el demandante. De acuerdo con *b*), esta obligación surgirá sobre la base de que cada D lesionó injustamente a C o provocó que no pueda ejercer sus derechos frente al otro demandado. En resumen, las excepciones sólo se aplican cuando C es la víctima de un daño en el cálculo de probabilidades o si D cometió un daño en el cálculo de probabilidades.

¿De qué manera la aceptación de 1-3 cambiaría la ley actual? Casos como el de *Wilsher vs. Essex AHA*, en los que el demandante no pudiera probar en el cálculo de probabilidades que su lesión se produjo debido a un daño, no se decidiría de manera diferente.<sup>49</sup> En este asunto, el bebé demandante padeció ceguera, supuestamente causada por un suministro negligente y excedente de oxígeno por parte del demandado al torrente sanguíneo del bebé. Aunque la negligencia aumentó el riesgo de ceguera, no se pudo probar en el cálculo de probabilidades que fuera lo que la provocó, ya que existían varios otros factores de riesgo que la pudieron haber causado. El demandante no pudo probar que había sido afectado

---

<sup>49</sup> [1988] AC 1074.

por un daño en el cálculo de probabilidades ni que el demandado había cometido un daño en el cálculo de probabilidades.

Si realmente fuera imposible probar la causalidad en contra de un demandado, en particular sobre la base de la probabilidad de los hechos,<sup>50</sup> al caso destacado, *Fairchild vs. Glenhaven Funeral Services Ltd*<sup>51</sup> (*Fairchild*) se aplicaría la regla 3 y, por lo tanto, no se decidiría de manera diferente. En ese caso, las víctimas por el mesotelioma o sus representantes demandaron a sus antiguos patrones, quienes los habían expuesto negligentemente al polvo de asbesto. Debido a los límites del conocimiento científico, fue imposible atribuir el mesotelioma de cualquiera de las víctimas a algún patrón negligente en particular en el cálculo de probabilidades. Sin embargo, se asumió en el ejemplo de *Fairchild* que todos los factores potencialmente causantes del mesotelioma de las víctimas eran daños. Por lo tanto, se estableció sobre el cálculo de la probabilidad que el demandante había sido víctima de un daño, y sólo se desconocía al (o los) causantes de este daño.

La posterior decisión de la Cámara de los Lores en *Barker vs. Corus UK Ltd*<sup>52</sup> (*Barker*) es más complicada. En el asunto *Barker*, el demandante había sufrido tres exposiciones materiales al asbesto a lo largo de su carrera laboral. Dos fueron debido a incumplimientos de obligaciones, mientras que una se debió a un trabajo que realizó por cuenta propia. Green sostiene que se debe asignar la misma probabilidad de causalidad a cada exposición sobre la base de que no hay pruebas que favorezcan a una exposición en particular como causante del mesotelioma (Green, 2014, pp. 69-70, 131). Esto, a su vez, está justificado por el "principio de indiferencia", un principio epistémico que sostiene que se debe asignar una probabilidad igual a cada miembro de un conjunto de posibilidades,

<sup>50</sup> Para conocer por qué es necesaria esta condición potencialmente sorprendente, véase el debate a continuación.

<sup>51</sup> [2003] 1 AC 32.

<sup>52</sup> Véase la nota al pie 28.

cuando no hay pruebas pertinentes que favorezcan una posibilidad sobre otra (Green, 2014, pp. 69-70).

Un problema con este argumento es que es incompatible con el razonamiento en *Fairchild*. Las posibilidades de causalidad en los casos de mesotelioma por asbesto, debidamente enumeradas, no son simplemente la exposición 1 o la 2 o la 3, etcétera, sino que incluyen combinaciones de estas exposiciones. Esto se debe a que no hay pruebas pertinentes que justifiquen la suposición de que las exposiciones no operan en sinergia para causar el mesotelioma. Entonces, en *Fairchild*, tres demandados, en incumplimiento de sus obligaciones, habían expuesto a la víctima al asbesto.

Las posibilidades pertinentes son las siguientes (en la que D1 significa "D1 causó el mesotelioma" y D1D2 significa "una combinación de D1 y D2 causó el mesotelioma", etcétera): D1, D2, D3, D1D2, D1D3, D2D3, D1D2D3. Ahora bien, si asumimos, siguiendo el principio de indiferencia, que cada una de estas posibilidades es igualmente probable, entonces la probabilidad de que D1 hubiera provocado el mesotelioma es de 4/7. Por lo tanto, en el cálculo de probabilidades, D1 fue una causa del mesotelioma (lo mismo ocurre con cada demandado). En resumen, si se aplica el principio de indiferencia a *Barker* no se cumple el supuesto fundamental de *Fairchild*: que es imposible probar la causalidad sobre la base de la probabilidad.<sup>53</sup>

La cuestión de si la ley debería aceptar el principio de indiferencia y, de ser así, si realmente se aplica a los casos de mesotelioma por asbesto, no puede resolverse aquí.<sup>54</sup> Si el principio es aceptado y es aplicable a los hechos

<sup>53</sup> Véase, de nueva cuenta, Beever (2007, pp. 477-482).

<sup>54</sup> Véase, además, Steel (2015c, cap 2). Es dudoso que el principio pueda aplicarse a todos los casos de mesotelioma por asbesto. No es cierto que los riesgos que impone cada exposición, independientemente de la duración, la intensidad o el tipo de polvo de asbesto, sean los mismos. Si esto fuera cierto, no tendría sentido hablar de ciertos tipos de asbesto (por ejemplo, asbesto azul) como "más peligrosos" que otros.

de *Barker*, entonces no hay necesidad de ninguna regla excepcional. El demandado debe ser considerado responsable en su totalidad, sujeto a un descuento por negligencia contributiva del demandante; sin embargo, esto no eliminaría la necesidad de aplicar una regla excepcional en todos los casos de mesotelioma por asbesto. En la medida que aumente el número de demandados, no será posible argumentar que cada demandado fue una causa en el cálculo de probabilidades.<sup>55</sup> En tales casos, podría ser posible establecer que la lesión de la víctima fue causada por un daño en el cálculo de probabilidades, en virtud del principio de indiferencia, inclusive si no se puede decir que ningún demandado individual sea una causa en el cálculo de probabilidades. En ese caso, al asunto se aplicaría la regla del demandado indeterminado, pero incluso si no se acepta el principio de indiferencia, a veces sería posible que los solicitantes de casos de mesotelioma por asbesto (y, por supuesto, otros casos) se ajustaran a la regla 3. En cualquier caso en el que se pueda descartar efectivamente la exposición al asbesto ambiental, entonces el demandante podrá probar que el mesotelioma fue causado, en el balance de las probabilidades, por un daño.

Desde cualquier punto de vista sobre lo que es suficiente como prueba en el cálculo de probabilidades, *Sienkiewicz vs. Greif UK Ltd* se decidiría de manera diferente.<sup>56</sup> El demandante en este caso no pudo probar que su lesión probablemente había sido el resultado de un daño, en lugar de la exposición ambiental al polvo de asbesto, ya que era inválida la evidencia estadística que pretendía demostrar eso. Por lo tanto, no se aplica ninguna de las reglas de excepción: cada una requiere que el demandado hubiera cometido un daño en el cálculo de probabilidades o que el demandante hubiera sido víctima de un daño en el cálculo de probabilidades. Incluso si uno asumiera que la exposición ambiental fue *igualmente* probable de haber causado el daño como la exposición indebida provocado por el demandado, esto no constituiría una prueba en el cálculo de

---

<sup>55</sup> Dejo el número de demandados en lo que esto se confirma a consideración del lector.

<sup>56</sup> Véase la notal pie 4.

probabilidades de que la lesión fue el resultado de un daño (sino sólo 50% de probabilidad).

Finalmente, cabe preguntarse por qué estas modificaciones a la ley actual constituirían una mejora. La razón principal es que todas las excepciones tienen, en un nivel abstracto, una justificación clara y simple: en cada caso, el demandado es considerado responsable como un medio para hacer cumplir su obligación secundaria ante su víctima. En otras palabras, todas las excepciones concuerdan con una justificación de responsabilidad muy ortodoxa. Incluso si no debiéramos aceptar que todo el derecho de daños está justificado como un sistema para hacer cumplir deberes morales secundarios que surgen del incumplimiento de obligaciones morales primarias, esto no debería ocultar el hecho de que el incumplimiento de un (subconjunto) importante de obligaciones morales (relacionales) es una razón fuerte para dar lugar a la intervención legal. Por lo tanto, se atiende la preocupación moral de que no existe una justificación clara para las reglas excepcionales.

En segundo lugar, una vez que nos damos cuenta de que las excepciones al requisito de prueba por parte del demandante, de que un demandado en particular fue la causa de sus daños, se justifican mediante la prueba de que el demandado tiene la obligación secundaria de participar en un sistema que beneficia al demandante, no es necesario insistir en las limitaciones normativamente inexplicables sobre las excepciones existentes. Por lo tanto, no es necesario que la prueba de la causalidad sea imposible por razones debidas a los límites del conocimiento científico bajo cualquier excepción. Por ejemplo, la regla RIDC se aplica en el ejemplo *Medicamentos* descrito anteriormente, en el que la incertidumbre se debió al paso del tiempo y a la ausencia de registros. Aquí lo que importa es que la prueba sea imposible en el cálculo de probabilidades sin que esto sea atribuible al demandante.

De manera similar, no hay ninguna razón por la que la regla de indeterminación del demandado deba aplicarse únicamente cuando haya un único

agente causal potencial.<sup>57</sup> Supongamos que dos personas, de forma intencionada e independiente, administran dos venenos diferentes (con composiciones químicas completamente diferentes), cada uno de los cuales expone a otra persona a 20% de riesgo de muerte. Los venenos operan de diferentes maneras para causar daños, pero el proceso causal de cada veneno, si provocara la muerte, sólo dura unos segundos. Se sabe que sólo un veneno produjo la muerte de la persona, pero no se puede determinar cuál, debido al corto tiempo en el que están activos los procesos causales. Aquí es cierto que la acción de un demandado causó injustamente la muerte y otro impidió injustamente el ejercicio del derecho secundario con respecto a esa muerte. Por lo tanto, la regla del demandado indeterminado se debe aplicar aunque las causas potenciales tengan propiedades químicas completamente distintas y operen de diferentes maneras. Así, la regla del agente único es, en el mejor de los casos, una regla práctica para identificar situaciones en las que no se puede determinar en función del cálculo de probabilidades cuál de los varios agentes potenciales fue el que provocó los daños.<sup>58</sup> Esto se debe a que si los agentes potenciales son del mismo tipo, entonces sería intrínsecamente difícil demostrar cuál de ellos fue, en realidad, el causante, pero, como ilustra el ejemplo, no siempre es ese el caso.

#### **D. ¿Se justifican otras reglas excepcionales?**

Se pueden identificar varias posibles justificaciones alternativas para apartarse del requisito ortodoxo de que el demandante demuestre la causalidad individual en el cálculo de probabilidades. Es útil agruparlas en

<sup>57</sup> Esta limitación se afirmó en *Barker vs. Corus*, pp. 23-24 de Lord Hoffmann.

<sup>58</sup> Para conocer más críticas, véanse Steel (2012, pp. 248-249); Wellington (2013). Para conocer la defensa, véase Green (2014, pp. 148-151), Green afirma que eliminar el requisito de agente único "implicaría imponer efectivamente una responsabilidad por haber generado el riesgo, independientemente de si ese riesgo realmente produjo daños o no" (p. 150). El debate en el texto demuestra que esto no es así. Además, inclusive si se rechaza el argumento en el texto y no obstante se acepta la responsabilidad en *Fairchild* (tal como lo hace Green), se sigue imponiendo la responsabilidad por haber "generado un riesgo, independientemente de si dicho riesgo realmente produjo daños o no": la generación injusta del riesgo por parte de un demandado puede no haber producido realmente daños.

cuatro tipos: basadas en la culpabilidad, en la responsabilidad, en incentivos y en los costos relativos. En esta sección, planteo una breve crítica a este tipo de argumentos. No pretendo presentar aquí objeciones concluyentes para estos argumentos, pero sí pretendo trasladar la carga de la prueba en quienes los defenderían.

## I. Culpabilidad

Cuando un demandado se ha comportado con un alto nivel de culpabilidad en relación con la víctima de un daño, se puede argumentar que la ley debería preocuparse menos por evitar un falso positivo contra el demandado sobre el elemento causal de la responsabilidad. La ley alemana exige que los demandados que han infringido gravemente una obligación de no causar lesiones físicas a otra persona demuestren que ese incumplimiento grave no fue una causa fáctica del daño a una persona que ha sido lesionada por haber sido expuesta culpablemente a riesgos por dicha infracción grave.<sup>59</sup> Por lo tanto, si un médico actúa con negligencia grave, le corresponde a él probar que su negligencia grave no fue la causa de las lesiones que padeció su paciente.<sup>60</sup> La idea de que los requisitos de causalidad de la responsabilidad puedan modificarse por referencia a la culpabilidad del demandado no le es ajena al derecho inglés. Respecto a la causalidad legal, los requisitos de lejanía en los daños intencionales son menos estrictos que los requisitos en los daños por negligencia.<sup>61</sup> Además, se ha sostenido que el demandado sólo puede evitar la responsabilidad por la pérdida causada por fraude demostrando positivamente que la pérdida resultante de ese fraude hubiera ocurrido en cualquier caso: la carga de la prueba de investigar si "hubiera ocurrido

---

<sup>59</sup> BGH NJW 1956, 1835, VersR 1956, 499 (responsabilidad médica).

<sup>60</sup> La regla, inicialmente creada por los tribunales, ha sido codificada recientemente en el párrafo 630h (5) del BGB. Véase, en general, Steel (2015c, cap. 5).

<sup>61</sup> "La intención de lesionar al [demandante] elimina cualquier cuestión de lejanía", *Quinn vs. Leathem* [1901] AC 495, 537.

de cualquier manera" recae sobre el demandado.<sup>62</sup> Probablemente ocurra lo mismo con un encarcelamiento falso.<sup>63</sup>

Para probar la justificación de la culpabilidad, tomemos una situación de alta culpabilidad e incertidumbre causal:

*Envenenador.* D, el rival comercial de C, intenta matar a C, un paciente críticamente enfermo, envenenándolo. C padece parálisis. Es imposible determinar en el cálculo de probabilidades si el veneno contribuyó a dicha parálisis, que ya estaba en peligro por la enfermedad crítica preexistente de C.

La ortodoxia sostiene que C no tendría derecho a la reparación de los daños respecto a la parálisis porque no puede probar en el cálculo de probabilidades que D fue quien se los provocó. ¿La alta culpabilidad de D justifica alterar esta postura? A continuación se presentan algunas razones preliminares en contra de alterar la postura habitual. Primero, podría sostenerse plausiblemente que cada uno de nosotros goza del derecho (moral) a que se pruebe un caso en nuestra contra, ya sea por delito o daño. Pareciera extraño que cuanto más culpables nos comportemos, menos merecemos la protección de este derecho procesal.<sup>64</sup> En segundo lugar, no está claro por qué deberíamos centrarnos en un acto particular de culpabilidad al apartarnos de la carga ortodoxa de la prueba. Supongamos que D quedó impune por algún delito cometido culpablemente en el pasado. ¿Se podría decir plausiblemente que en virtud de ese hecho D merece menos protección del derecho probatorio en un litigio civil posterior? Necesitamos una razón por la que la culpabilidad sea importante para reducir el nivel de prueba necesario para hacer que el demandado sea responsable de pagar una reparación que no equivalga simplemente a

---

<sup>62</sup> *Downs vs. Chappell* [1997] 1 Todos ER 426, 433; *BHP Billiton Petroleum Ltd vs. Dalmine SpA* [2003] EWCA Civ 170 en [36].

<sup>63</sup> *Lumba vs. Secretario de Estado de la Secretaría de Gobierno* [2011] UKSC 12 en [359].

<sup>64</sup> Para conocer los inicios de un punto de vista diferente, véase Porat y Posner (2012).



privar a las personas malhechoras de su derecho a que se pruebe un caso en su contra.

He aquí un posible argumento. Dado que D se ha comportado con un alto nivel de culpabilidad, D merece ser sancionado. Una forma de sancionar a D es invertir la carga de la prueba frente a D en la cuestión causal de la responsabilidad. Esto inflige un riesgo de daño a D al que no estaría sujeto de otro modo, a saber, el riesgo de un falso positivo sobre la cuestión causal. ¿Por qué podría ser esto adecuado? Debido a que D se arriesgó culpablemente a lesionar a C. La pena adecuada por el riesgo culpable al que expuso D de lastimar a C es arriesgar a posibles lesiones a D.

Este argumento seguramente no podría aplicarse si D ya hubiera sido sancionado penalmente con respecto a su conducta, pero dejemos eso de lado. Todavía habría que explicar por qué deberíamos imponer una sanción a D privándolo de sus derechos probatorios. Ésta es una forma de exponer a D a un riesgo de daños (si aceptamos el retributivismo crudo en el argumento). Pero podría hacerse de muchas otras formas; por ejemplo, exigir a D que pague al fondo para víctimas de accidentes, dependiendo del resultado de un lanzamiento de una moneda. Esto revela otro problema potencial con el argumento. Dado que la culpabilidad de D sólo parece afectar su merecimiento, no está claro por qué dicho merecimiento debería beneficiar a C en particular. No parece haber ninguna razón para privilegiar a C en términos probatorios por encima de proporcionar algún beneficio a otra persona.<sup>65</sup>

Aquí tenemos otro argumento para permitir que la culpabilidad reduzca el nivel de prueba requerido para la causalidad o para invertir la carga de la prueba. Supongamos que hay que elegir entre que se responsabilice al envenenador por una parálisis que no produjo y que no se responsabilice al envenenador causante aun cuando sí provocó la parálisis. Ambas

---

<sup>65</sup> Esto, en esencia, es una versión del influyente argumento de la "bipolaridad" o del "bilateralismo" de Weinrib en contra las teorías de disuasión por reparación del derecho de daños (Weinrib, 2012).

opciones implican una injusticia. ¿Cuál sería una injusticia mayor? Algunas personas dirían que el hecho de que no se responsabilice al envenenador causante de los daños es más injusto que responsabilizar al envenenador que no provocó la parálisis. La opinión es que un falso negativo es más injusto que un falso positivo. Quizás la lógica sea la siguiente. Un falso positivo implica una injusticia desde la perspectiva de la justicia correctiva, ya que D no tiene la obligación de reparar, pero también logra cierta justicia retributiva, D sufre un daño (resarcir daños que D no debe) en respuesta a la conducta culpable. Un falso negativo, por el contrario, implica una falla tanto de la justicia correctiva como retributiva, C no goza de su derecho conforme a la justicia correctiva y tampoco se castiga a D. Pero si realmente pensamos que D merece ser castigado, ¿por qué dejar el castigo al azar? Si pensamos que D merece un castigo, entonces debería ser castigado, tal vez otorgando a C una reparación de los daños ejemplares. Todavía no parece haber una explicación de por qué las consideraciones punitivas deberían surtir efectos probatorios.

## II. Responsabilidad

Puede haber condiciones en las cuales sea posible decir de manera significativa que el demandado es responsable de la incertidumbre causal que enfrenta el demandante.<sup>66</sup> Esto podría justificar alguna forma de satisfacer el requisito ortodoxo de la prueba causal. Esta idea ha sido reconocida en el derecho inglés. Por ejemplo, en *Shawe-Lincoln vs. Neelakandan*, la cuestión causal era si el incumplimiento negligente del demandado de remitir a tiempo al demandante, que era una persona mayor, al hospital fue una causa de (parte de) sus lesiones.<sup>67</sup> Lloyd-Jones J (en ese entonces) sostuvo que el hecho de que el demandado GP privó al demandante de la oportunidad de someterse a análisis en el hospital que habrían revelado detalles fundamentales sobre el estado de su salud en deterioro justi-

<sup>66</sup> Véase, en general, Porat y Stein (2012).

<sup>67</sup> [2012] EWHC 1150.

ficaba un enfoque "benevolente" para evaluar el caso del demandante sobre la causalidad.<sup>68</sup> El hecho de que tales análisis no estuvieran disponibles provocó que la pretensión del demandante sobre la causalidad fuera más difícil de probar.

Si el demandado es de alguna manera responsable de la incertidumbre causal que enfrenta el demandante, esto ofrece intuitivamente una razón para aliviar la carga de la prueba del demandante sobre la causalidad.<sup>69</sup> Esto es así inclusive cuando la responsabilidad del demandado por la incertidumbre no tiene en sí misma fuerza probatoria, como cuando el demandado destruye intencionalmente algunos registros médicos en anticipación del litigio, lo que lleva a inferir que las pruebas habrían sido perjudiciales para el demandado. Más bien, la responsabilidad del demandado por la incertidumbre que enfrenta el demandante parece justificar algún alivio en la carga de la prueba del demandante independientemente del significado epistémico de la conducta del demandado. Pero argumentaré aquí que una explicación plausible de las condiciones de tal responsabilidad sería restrictiva.

Sería útil comenzar con la descripción más desarrollada de esta responsabilidad, dada por Porat y Stein (2012, pp. 165-169). Sugeriré que los defectos de este relato apuntan hacia una doctrina más restrictiva. Porat y Stein argumentan que alguna respuesta legal puede justificarse en situaciones en las que la conducta injusta de D fue una causa de que C se encontrara previsiblemente en una posición evidentemente peor en relación con la prueba del caso de C sobre la causalidad en contra de D.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> No obstante, el demandante falló en el tema causal ya que, incluso permitiendo un enfoque benévolo, las pruebas todavía apuntaban en contra de la conclusión de que la negligencia del demandado fue causal.

<sup>69</sup> O, de manera alterna, reconociendo una demanda con respecto a la propia postura probatoria dañada. Para conocer la explicación de la fundamentación relativa de estas alternativas, véase Porat y Stein (2012, pp. 165-169).

<sup>70</sup> Su respuesta preferida en la mayoría de los casos es una demanda por daños con respecto al daño probatorio en sí, en la que los daños se calcularían en proporción a la probabilidad de que las pruebas hubieran favorecido el argumento del demandante, pero reconocen que la responsabilidad de

En tales circunstancias, D ha infligido lo que se denomina como "daño probatorio" a C.

Su relato es particularmente amplio debido a la variedad de situaciones en las que afirman que el demandado ha infligido daño probatorio. Aunque no lo dicen explícitamente, parece que el daño probatorio se inflige en todos los casos en los que el demandante, sin culpa en relación con la ausencia de pruebas, se encuentra en una posición en la que no puede probar en el cálculo de probabilidades que la conducta injusta del demandado provocó sus daños, debido a la negligencia del demandado.<sup>71</sup>

Así, por ejemplo, afirman que el médico demandado infligió daños probatorios en *Hotson vs. East Berkshire AHA*<sup>72</sup> (*Hotson*). En ese caso, el demandado no diagnosticó por negligencia al demandante cuando se presentó por primera vez en el hospital. Luego, el demandante padeció una necrosis avascular. Había 25% de posibilidad de que la necrosis avascular de C se hubiera evitado con diagnóstico y tratamiento adecuados y oportunos. La demanda fue improcedente, ya que era más probable que los daños se hubieran producido en cualquier caso. Ya que *Hotson* es estructuralmente lo mismo que prácticamente cualquier caso en el que existe incertidumbre sobre si la conducta injusta marcó una diferencia en la situación del demandante, la doctrina del daño probatorio tiene un alcance muy amplio.

Estas afirmaciones son conceptualmente defectuosas. En primer lugar, para que una persona resulte dañada probatoriamente debería haber mas evidencia o información en el mundo hipotético donde el demandado no se comportó injustamente en cuanto a si la conducta injusta del

---

los daños probatorios puede justificar la atenuación de las reglas generales de prueba en algunos casos. Véase Porat y Stein (2012, p. 166).

<sup>71</sup> Para conocer un veredicto similar, véase Wright (2008), "aplicable a cualquier asunto en el que exista alguna incertidumbre [sobre la causalidad]".

<sup>72</sup> Véase la nota al pie 25.

demandado fue causal que en el mundo real.<sup>73</sup> En los casos en los que no se puede establecer sobre el cálculo de probabilidad que la conducta injusta del demandado haya sido la causa del daño en el mundo real, es más común que éste no sea el caso. Por ejemplo, en *Sienkiewicz*, si el demandado no se hubiera comportado de manera negligente, los daños no se hubieran producido.<sup>74</sup> En cuyo caso no tendría sentido decir que habrían existido más pruebas sobre el efecto causal de la negligencia.

Inclusive cuando, en el cálculo de probabilidades, los daños se hubieran producido aún si el demandado no se hubiera comportado con descuido, la única información nueva que habría existido en, digamos, *Hotson*, es la prueba eliminatoria de que la conducta injusta del demandado podría descartarse como causa de los daños del demandante. Si el demandado no se comportó injustamente, ello no pudo haber sido la causa de los daños que se produjeron, pero no es plausible considerar que este hecho constituya un daño o una pérdida para el demandante. ¿Cuál es el valor de la información de que una conducta injusta podría descartarse como causa de los daños del demandante en caso de que el demandado no se hubiera comportado de forma injusta? Quizás nos dé algo de tranquilidad: "Estoy herido, [i]pero al menos no por una conducta injusta[!]", y podría ayudar en la decisión de demandar o no, pero este interés débil difícilmente podría justificar daños sustanciales o una disminución significativa en la carga de la prueba del demandante.

En segundo lugar, si la justificación de la doctrina del daño probatorio es que las personas tienen un interés valioso en contar con pruebas para sus demandas, se deduce que este interés debe existir antes de que el demandado interfiera con él, pero en la mayoría de los casos en los que se alega que la conducta injusta del demandado es tanto una causa de los

---

<sup>73</sup> Sus declaraciones típicamente indican que en ausencia de la conducta injusta del demandado, habría información sobre la causa de los daños: "Al infligir daños probatorios y, por lo tanto, quitarle al demandante la información necesaria para determinar la causa de su daño directo, el demandado tomó algo de valor del demandante" (Porat y Stein, 2012, pp. 167 y 201).

<sup>74</sup> Véase la nota al pie 4.

daños primaria como de la ausencia de información sobre la causa de esos daños, el mismo acto que da lugar a la interferencia en este valioso interés también crea este valioso interés *ipso facto*. Sin la conducta injusta, no habría interés en tener pruebas sobre dicha conducta injusta. Este hecho hace que sea difícil decir que el interés se ha obstaculizado o dañado. De la misma manera, cuando una constructora construye una casa defectuosa, no "daño" la casa.<sup>75</sup>

También existen problemas normativos con las afirmaciones de Porat y Stein. En primer lugar, la propuesta es incompatible con los fundamentos normativos de la carga de la prueba sobre la causalidad. De su punto de vista se desprende que cada uno de nosotros debería tener la obligación legal de no actuar con negligencia (o, más en general, de forma injusta), de tal manera que la negligencia de uno no pueda descartarse como causa de los daños de otro. Esta obligación se incumple en todos los casos en los que es previsiblemente incierto si la negligencia de uno fue una causa de los daños del demandante. Pero, de ser el caso, ¿qué espacio queda para la proposición general de que corresponde al demandante establecer su caso sobre la causalidad? En segundo lugar, la justificación de esta obligación, en su opinión, es el interés basado en la autonomía de tener información pertinente para las demandas propias (Porat y Stein, 2012, p. 177). Si esto es correcto, es difícil creer que el único requisito para la existencia de la obligación sea la previsibilidad razonable de interferencia en la autonomía de otra persona en relación con sus demandas. Si la responsabilidad por causar previsiblemente miles de libras esterlinas en pérdidas (puramente) económicas depende al menos de que las partes asuman dicha responsabilidad, la responsabilidad por privar de información relevante a la decisión de si presentar una demanda legal debería requerir, por lo menos, lo mismo.

Una vez que se solucionan los problemas conceptuales y normativos de la explicación de Porat y Stein, surge una doctrina considerablemente más

---

<sup>75</sup> *Murphy vs. Consejo del distrito de Brentwood* [1991] AC 398.

restringida. Para solucionar el problema conceptual, es necesario insistir en que a) la persona que inflige el daño probatorio es diferente de la persona cuya conducta injusta presuntamente causó el daño primario o b) que se puede decir que la conducta del demandado interfirió con el interés probatorio que existía independientemente de, al menos, una parte de la conducta del demandado. Esto en sí mismo ayuda a solucionar el primer problema normativo, ya que no en todos los casos se cumplirá con a) o b). El segundo problema normativo puede resolverse insistiendo al menos en una relación especial entre las partes en la que una persona asume la responsabilidad de los intereses de autonomía de otra.

Entonces, ¿qué situaciones caerían dentro de esta doctrina más restringida? Es cierto que un requisito de las obligaciones de atención de los médicos, en determinadas circunstancias, es mantener la información. La obligación de un médico de cuidar la salud de una persona implicará que debe llevar registros adecuados para un tratamiento futuro, para que el médico no ponga en peligro la salud del paciente. Pero también debemos decir que los médicos tienen la obligación de dar cuenta del curso del tratamiento, y las razones normativas de esa obligación van más allá de cuidar de la salud del paciente. Como argumentan Porat y Stein: "esta obligación puede y, de hecho, debe derivarse del derecho general del paciente a recibir información completa sobre su diagnóstico y tratamiento" (2012, p. 188).<sup>76</sup> Por ejemplo, un cirujano incumpliría con esta obligación al no llevar, por descuido, los registros de una operación que salió mal o al desechar un hisopo utilizado durante dicha operación, lo cual probablemente sería prueba de la causa de los daños del paciente.

Si se cumple con las condiciones de esta responsabilidad más limitada, una auténtica privación de pruebas y asumir la responsabilidad por el interés de la autonomía de una persona, surge la cuestión de cómo debe

---

<sup>76</sup> También podría estar respaldado por el efecto que el no llevar registros puede tener sobre la capacidad de hacer valer los derechos secundarios con respecto a las lesiones físicas, en vista del argumento anterior.

responder la ley en relación con la carga de la prueba del demandante. La respuesta radica en identificar correctamente cómo la conducta del demandado afectó la posición probatoria del demandante. Por supuesto que si el tribunal conoce exactamente la forma en que las pruebas faltantes habrían afectado el argumento del demandante, entonces, en efecto, éste no ha sufrido ningún daño probatorio, pero en la mayoría de los casos, el efecto de la privación del demandado será a) socavar la confianza del tribunal al evaluar la probabilidad del argumento del demandante sobre la causalidad, porque hay menos pruebas sobre las cuales basar dicha evaluación y/o b) privar al demandante de pruebas que podrían haber alterado la probabilidad de su argumento sobre la causalidad, pero se desconoce hasta qué punto alteraría la probabilidad. Por ejemplo, si el demandante sólo puede establecer su argumento sobre la causalidad con pruebas estadísticas bastante generales debido a que el médico demandado no llevó ningún registro, pero puede "probar" su argumento en el cálculo de probabilidades con dichas pruebas, entonces debería tener éxito en ello. Debido a que la conducta injusta del demandado privó al demandante de la capacidad de establecer su argumento con pruebas específicas, es justo que no se ciña a esta norma para ello. Si b) es cierto, el enfoque actual de la ley inglesa parece razonable: el tribunal debería estar más dispuesto a encontrar para el demandante una cuestión de hecho con la que se relacionen las pruebas faltantes.<sup>77</sup> Este es el significado del enfoque "benévolo".<sup>78</sup> Por lo tanto, se debe suponer que un conjunto de resultados de prueba faltantes presenta los resultados más favorables de acuerdo con el conjunto probatorio restante.

Como muestra el caso *Neelakandan* no se sigue que necesariamente el demandante tendrá éxito en la cuestión causal, ya que las pruebas faltantes pueden estar relacionadas sólo con un aspecto en el argumento del demandante sobre la causalidad. Una presunción favorable sobre ese

<sup>77</sup> Véase el apartado "II. Responsabilidad" de este texto.

<sup>78</sup> Véase la nota al pie 68.



aspecto no tiene por qué implicar el éxito general en la cuestión causal frente a otras pruebas contradictorias.

### III. Basado en incentivos

Supongamos que en un contexto particular los potenciales perjudicadores pueden predecir fácilmente antes del suceso que será imposible después de éste que una persona potencialmente lesionada por su conducta demuestre que esa conducta fue la causa de los daños sufridos. En tales circunstancias, puede ser que los posibles causantes de los daños tengan menos incentivos para cumplir con sus deberes legales en tales circunstancias. Alterar la carga o el estándar de la prueba podría reactivar los incentivos debilitados por la existencia de una incertidumbre causal predecible. Para solucionar estos incentivos debilitados, se podría a) invertir la carga de la prueba, b) reducir el estándar probatorio o c) establecer la responsabilidad en proporción a la probabilidad de causalidad. La solución que habría que seleccionar dependería de la razón por la que la prueba resulta imposible en el contexto en particular. Si la prueba es imposible porque hay una probabilidad estadística recurrente de causalidad por debajo de 50%, entonces *c* sería la solución óptima, ya que *a* permitiría al demandado eludir la responsabilidad señalando la probabilidad de causalidad, mientras que *b* no cubriría casos por debajo del estándar probatorio. Por el contrario, si la prueba es imposible porque simplemente no hay una forma disponible de cuantificar la probabilidad de causalidad, entonces *a* sería la solución óptima. Llamemos a esto el "argumento de los incentivos".<sup>79</sup>

Este argumento se presentó en *McGhee vs. Junta Nacional del Carbón* para justificar la aceptación como prueba suficiente de que la negligencia del demandado aumentó sustancialmente el riesgo de dermatitis del demandante en lugar de la prueba de causalidad en el cálculo de probabilidades,

---

<sup>79</sup> Para conocer una declaración clara, véase Porat (2011).

en circunstancias en las que el riesgo no injusto de lesión impuesto por las actividades del demandado, y la ausencia de conocimiento científico sobre el mecanismo por el cual la dermatitis es causada por la exposición al polvo de ladrillo excluyó tal prueba. Éste era el argumento de que la obligación de diligencia del demandado podía ignorarse "con impunidad", ya que nunca se pudo establecer, en tales circunstancias, que el incumplimiento de la obligación fuera la causa de los daños del demandante en el cálculo de probabilidades.<sup>80</sup>

El argumento también ha sido aceptado, de manera más general, en el derecho alemán en ciertos casos que involucran obligaciones contractuales de divulgación de información, en las que el demandado en incumplimiento del contrato debe probar que si se le hubiera informado el demandante habría decidido lo mismo.<sup>81</sup> Para retomar el razonamiento de la ley inglesa, se ha afirmado que las obligaciones de divulgación de información quedarían sin materia si se pusiera al demandante a probar que hubiera actuado diferente si se le hubiera informado adecuadamente.<sup>82</sup> Se dice que rara vez se puede presentar tal prueba.<sup>83</sup>

El argumento de los incentivos requiere una evaluación empírica (¿la regla propuesta por el argumento conducirá de hecho a mejores resultados (menos pérdidas o errores)?, y una evaluación normativa (si asumimos que la regla genera las consecuencias esperadas, ¿existe alguna restricción moral que nos requiera no producir estas consecuencias?).

En ausencia de un estudio empírico directo que compare los efectos de un sistema de responsabilidad que utilice uno de *a-c* en situaciones de

---

<sup>80</sup> *McGhee vs. Junta Nacional del Carbón*, de Lord Simon. El argumento, reformulado como la idea de que la obligación estaría "vacía de contenido" se basó posteriormente en *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*, p. 62 de Lord Hoffmann. También se ha usado un argumento basado en incentivos para justificar la regla de que un fiduciario no puede alegar que su mandatario hubiera consentido el incumplimiento de la obligación fiduciaria para evitar la responsabilidad de devolver las ganancias obtenidas en incumplimiento de dicha obligación: *Murad vs. Al-Saraj* [2005] EWCA Civ 959, p. 33.

<sup>81</sup> BGHZ 61, 118. Véase también *Chester vs. Afshar* [2004] UKHL 41, p. 87, por Lord Hope.

<sup>82</sup> BGHZ 61, 118, 121.

<sup>83</sup> BGHZ 61, 118, 121.

imposibilidad de prueba y un sistema que no lo haga, la única forma de proceder para responder a la pregunta empírica es adoptar algún modelo de los efectos de la responsabilidad.<sup>84</sup> Según el modelo asumido por los defensores del argumento de los incentivos, los agentes actúan para maximizar su propia utilidad (o riqueza) esperada y, por lo general, los agentes no enfrentan incentivos para cumplir con sus obligaciones para evitar daños, más que la amenaza de sanciones previstas por el derecho de daños.<sup>85</sup>

Si los agentes se comportaban de esta manera, como maximizadores de la utilidad individual esperada, y no enfrentaban más incentivos que los proporcionados por la amenaza de los remedios compensatorios del derecho de daños, y pudieran predecir que la prueba causal sería imposible en una situación particular, entonces esperaríamos que ocurrieran más daños sin que se adoptara una regla excepcional. Esto se debe a que dichos agentes podrían ahorrar en los costos de las precauciones sin enfrentar consecuencias adversas.<sup>86</sup>

Sin embargo, podemos tener poca confianza en este modelo, ya que implica múltiples supuestos que divergen considerablemente de la realidad. En primer lugar, está la crítica habitual, desgastada pero verdadera, de que los agentes individuales no son maximizadores de la utilidad individual esperada. Es probable que esta crítica general tenga consecuencias significativas para el análisis de la situación específica de la incertidumbre causal.

Una razón de ello es que la noción de imposibilidad de la prueba es en sí misma probabilística. Un agente casi nunca estará 100% seguro de que sería imposible probar la causalidad contra el agente en un juicio poste-

---

<sup>84</sup> Se han estudiado algunos efectos de la adopción de las reglas de responsabilidad probabilística, tal como el efecto en el número de demandas y en las primas de seguros, véase Koch (2010) (detectando poco efecto).

<sup>85</sup> Por ejemplo, Stremitzer (2012).

<sup>86</sup> Por ejemplo, Stremitzer (2012, p. 37).

rior, más bien, tendrá alguna probabilidad subjetiva (más o menos exacta) de que esto sea así.<sup>87</sup> Mucho dependerá, entonces, de cómo los agentes individuales hagan y actúen sobre estas evaluaciones de probabilidad. Si los agentes se ven afectados por un sesgo pesimista, pueden poner un gran peso, incluso en una pequeña probabilidad, de que la prueba resulte posible, con el resultado de que aún se tomará un cuidado eficiente.<sup>88</sup> De manera alterna, si los agentes tienen un sesgo optimista, podrían sobrestimar la probabilidad de que tomar precauciones conduzca a una mayor probabilidad de evitar el daño.<sup>89</sup> En consecuencia, pueden sobrestimar la probabilidad posterior al evento de que su conducta hubiera evitado el daño y, por lo tanto, decidir tener cuidado eficiente.

En segundo lugar, es de sorprender que inclusive (en otros aspectos) los análisis económicos sofisticados supongan que los únicos incentivos relevantes en juego son los proporcionados por los remedios compensatorios del derecho de daños.<sup>90</sup> Esto casi nunca resulta ser cierto. La moral, las fuerzas del mercado, el derecho penal, las normas sociales y las sanciones administrativas pueden ejercer algún efecto sobre el comportamiento. Es difícil tener mucha confianza en un modelo de comportamiento de los profesionales médicos, que tratan con las personas más vulnerables que han depositado su confianza en esos profesionales, que no permite la posibilidad (¿significativa?) de que alguna preocupación moral influya en su comportamiento.<sup>91</sup> Incluso el derecho de daños puede proporcionar incentivos simplemente declarando que hacer  $x$  es una obligación legal sin que se apliquen sanciones por incumplir con  $x$  (Smith, 2011). Algunas

---

<sup>87</sup> El punto aquí no es que el mero hecho de que la prueba sea imposible es probabilístico sea una objeción. En teoría, todavía llevaría a una disuasión mínima si sólo hubiera, digamos, 40% de probabilidad de que la prueba resulte imposible. La cuestión es que la forma en que se actúe sobre estas probabilidades puede verse afectada por el sesgo cognitivo.

<sup>88</sup> Sobre el pesimismo en cuanto al riesgo en general, véase Teitelbaum (2007).

<sup>89</sup> Para conocer más sobre el optimismo en cuanto al riesgo de manera más general, véase Posner (2003).

<sup>90</sup> "Imaginen un mundo sin responsabilidades. Un agresor que puede causar daño a otros sabe que nunca enfrentará las consecuencias de sus actos y, por lo tanto, no tiene ningún incentivo para invertir en seguridad para prevenir accidentes" (Stremitzer, 2012).

<sup>91</sup> Este punto no ha sido ignorado por los economistas legales, pero no entra en los modelos habituales de accidentes, véase, por ejemplo, Kaplow y Shavell (2007).

personas simplemente podrían pensar que es importante cumplir con la ley por sí misma.

En resumen, en la actualidad podemos tener poca confianza en los modelos existentes de los efectos de las reglas de responsabilidad ortodoxas en situaciones de incertidumbre causal recurrente. La siguiente pregunta es si, dado lo poco que se sabe actualmente, sería justificable, en relación con ciertos demandados en particular, imponer una responsabilidad sin que haya prueba de causalidad en contextos en los que consideremos que la prueba sea previsiblemente imposible con cierto grado de confianza, sobre la base de que esto posiblemente conduciría a una reducción en el número total de daños. Si pensamos que la causalidad es normativamente esencial para fundamentar la responsabilidad moral del demandado de resarcir al demandante y pensamos que los individuos tienen el derecho moral de estar libres de la coerción estatal a menos que se pruebe un argumento en su contra, sería difícil aceptar que la posibilidad especulativa de que se eviten algunos daños nos bastaría para vulnerar ese derecho. Éstos son los principales supuestos y no he hecho nada aquí para apoyarlos, pero al menos tienen cierta plausibilidad en primer lugar.<sup>92</sup> Si el estado actual de nuestro conocimiento es como lo describo, la pregunta más difícil sobre qué deberíamos hacer cuando tenemos pruebas claras y creíbles de que apartarse de los requisitos ortodoxos de prueba de causalidad en el derecho de daños evitaría daños, y que dichos efectos no se podrían lograr de mejor manera mediante regulaciones, se puede posponer.

## VI. Costo relativo de los errores

Cuando decidimos qué reglas de prueba debemos tener sobre la causalidad, es racional considerar los costos relativos de los falsos positivos y los falsos negativos. Si un falso positivo (determinar que D causó

---

<sup>92</sup> Para conocer los argumentos generales de una defensa, véase Zipursky y Ripstein (2001).

los daños de C cuando no es así) es mucho peor (en cierto sentido) que un falso negativo (determinar que D no causó los daños de C cuando sí fue así), entonces, esto indicaría que deberíamos tener una regla de prueba que favoreciera a este último.<sup>93</sup> La regla del cálculo de probabilidad muestra una ligera preferencia por los falsos negativos: si las demandas de las partes están igualmente equilibradas, pierde el demandante.

Pero se podría argumentar que es irracional ignorar el hecho de que un falso negativo podría tener un efecto devastador en una persona, pero un efecto mínimo en una gran corporación. De ser el caso, y especialmente si y donde la ley sustantiva se basa en tales consideraciones de distribución justa de pérdidas, se puede argumentar que la regla ortodoxa de prueba de causalidad no está justificada ya que privilegia irracionalmente los falsos negativos sobre los falsos positivos. En resumen, una posible afirmación es que la mayor capacidad para soportar una pérdida (en la que la "capacidad" se relaciona con el efecto sobre el bienestar de cada individuo) entre las partes debe tenerse en cuenta al ponderar los falsos positivos y negativos. Al distribuir los riesgos de incertidumbre, deben tenerse en cuenta los efectos de los errores en las partes. Un argumento relacionado podría ser que los efectos sobre la justicia distributiva deben considerarse en la ponderación, supongamos que un falso positivo sólo tendrá el efecto de reducir los activos injustos del demandado, mientras que un falso negativo tendrá efectos regresivos sobre la posición del demandante en la justicia distributiva. Finalmente, uno podría simplemente sostener que ciertos tipos de errores en la determinación de la responsabilidad no son tan serios como otros. Por ejemplo, quizás un falso positivo sobre la causalidad contra una autoridad en una demanda de un individuo contra esa autoridad no es tan lamentable como un falso negativo a favor de la autoridad en contra del individuo.

---

<sup>93</sup> Existe una vasta bibliografía sobre la teoría de la decisión que se basa en este simple punto. Véase, por ejemplo, Kaplan (1968).

Claramente, estos argumentos plantean preguntas muy importantes. Se discute hasta qué punto es legítimo basarse en tales argumentos en el derecho de daños.<sup>94</sup> Aquí simplemente haré dos observaciones. Primero, si tales argumentos pudieran infiltrarse en la búsqueda sobre cómo deben ponderarse los falsos positivos y los falsos negativos, no habría una razón clara para restringirlos a las determinaciones de causalidad; sin embargo, parece difícil aceptar que la afirmación de un demandado de que se le haya probado la culpa (en demandas basadas en incumplimientos) deberían verse disminuidas por, digamos, su (muchacha) mayor riqueza comparativa.

En segundo lugar, la mayor capacidad de una de las partes para soportar la pérdida es realmente independiente de la verdad o falsedad del argumento sobre la causalidad. No es que un veredicto *incorrecto* perjudique al demandante más que al demandado. Supongamos que el demandado no provocó los daños del demandante. Aún si fuera cierto que el demandado podría soportar mejor la pérdida que el demandante; aún así, se daría el caso de que no otorgar al demandante daños perjudicaría al demandante más de lo que perjudicaría al demandado (en cuanto al efecto sobre el bienestar de cada uno).

## E. Conclusión

Este artículo ha defendido la justificación de hacer excepciones a la regla básica de prueba de causalidad individual. Esto pareciera radical, pero, de hecho, el argumento ha sido conservador en gran medida. En ninguna de las reglas defendidas, la del demandado de indeterminado causante, la del demandante indeterminado o la regla del demandado indeterminado, se considera que los demandados son responsables cuando no se demuestre que provocaron daños.<sup>95</sup> Se conserva la prueba de la causalidad

---

<sup>94</sup> Para conocer en general los argumentos de la justicia distributiva, véase Keren-Paz (2007).

<sup>95</sup> Podría afirmarse que la conclusión lógica que se puede extraer es que las reglas defendidas no deben considerarse "excepcionales" en absoluto. Si la regla general se define, como es típico (véase la nota al pie 4), como que requiere que un demandante demuestre que el demandado (de quien pretende recuperar los daños) causó su daño, entonces la RIDC y la RIC son excepcionales, pues permiten

dad, inclusive si no ocurre esto con la prueba de la causalidad individual. De esta manera, se mitiga la preocupación moral básica que suscitan las reglas excepcionales, que tales reglas socavan el compromiso con la responsabilidad individual.

Si los argumentos de este artículo son correctos, entonces la búsqueda de la causalidad fáctica en el derecho de daños puede abordarse primero preguntando: ¿la conducta injusta de D fue una causa determinante o una contribución sustancial al daño de C en el cálculo de probabilidades? Si no fue así, surge una pregunta secundaria: ¿se aplica alguna de las siguientes reglas en relación con D?: i) la regla del demandado de indeterminado causante, ii) la regla del demandante indeterminado o iii) la regla del demandado indeterminado.

Aquí hay un atajo heurístico para determinar si aplica alguna de las reglas (i-iii). Uno podría preguntarse: ¿el efecto de aplicar la regla normal en relación con una demanda particular ante el tribunal o un conjunto de demandas sería, en el cálculo de probabilidades, privar a una persona del derecho a la reparación de un daño que no habría ocurrido si nadie se hubiera comportado indebidamente en relación con esa persona? Si la respuesta es positiva, entonces se aplicará una de las reglas i-iii a los hechos.

Sin embargo, el recurso a las subreglas individuales de las reglas i-iii sigue siendo necesario por dos razones. Primero, será relevante para determinar el *grado* de responsabilidad: si D es responsable según i o ii, se debe tener cuidado de que D no sea responsable de una cantidad de pérdida que se sabe que no ha causado. En segundo lugar, el caso de justificación

---

que el demandante obtenga daños sin dicha prueba. La regla del demandado indeterminado podría clasificarse como una simple aplicación compleja de la regla general; sin embargo, es preferible considerarla como una regla distintiva, ya que implica una equiparación no habitual de los derechos primarios y secundarios y permite la responsabilidad inclusive cuando no se aplica el argumento de prevención (véase la nota al pie 97).



para cada regla es diferente; las reglas *i* y *ii* son relativamente sencillas de justificar, mientras que *iii* no lo es. Esto se debe a que conforme a *i* y *ii* el demandado simplemente debe resarcir con respecto a los daños directamente procesables que hubiera provocado, aunque no se puede establecer la identidad de la parte agraviada. Cuando todos los demandados sean solventes, la responsabilidad de cada demandado conforme a *iii* también se refiere al daño causado,<sup>96</sup> pero el argumento se basa en tratar la interferencia con la integridad corporal y la interferencia con los derechos secundarios en relación con la integridad corporal como tipos de daños que resulten suficientemente similares.<sup>97</sup> Estas diferencias podrían ser relevantes en caso de que se prevea alguna extensión de las reglas.

## Fuentes

Beever, A. (2007), *Rediscovering the Law of Negligence*, Oxford, Hart.

Coleman, J. (1974), "On the moral argument for the fault system", *Journal of Philosophy*, núm. 473, pp. 483-488.

Coleman, J. (2008), "Doing away with tort law", *Loyola of Los Angeles Law Review* núm. 41, pp. 1161-1165.

Delgado, R. (1982), "Beyond *Sindell*: relaxation of cause-in-fact for indeterminate plaintiffs", *California Law Review*, núm. 70, pp. 882-883.

Gardner, J. (2011), "What is tort law for? Part 1: The place of corrective justice", *Law and Philosophy*, núm. 30, pp. 28-37.

Green, S. (2014), *Causation in Negligence*, Oxford, Hart.

---

<sup>96</sup> Aunque *cuál* demandado causó *cuáles* daños no se haya determinado.

<sup>97</sup> Si no todos los demandados son solventes en una situación en la que el demandado es indeterminado, entonces es necesario basarse en las otras justificaciones de responsabilidad mencionadas anteriormente.

- Hoffmann, L. (2013), "Fairchild and After" en Burrows, A., Johnston, D. y Zimmermann, R. (eds), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger*, Oxford, OUP.
- Kagan, S. (1986), "Causation, liability, and internalism", *Philosophy and Public Affairs*, núm. 15.
- Kaplan, J. (1968), "Decision theory and the factfinding process", *Stanford Law Review*, núm. 20.
- Kaplow L. y Shavell, S. (2007), "Moral Rules, the moral sentiments, and behavior: towards an optimal moral system", *Journal of Political Economy*, núm. 115, pp. 494-495.
- Keren-Paz, T. (2007), *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Aldershot, Ashgate.
- Koch, S. (2010), "whose loss is it anyway-effects of the lost chance doctrine on civil litigation and medical malpractice insurance", *North Carolina Law Review*, núm. 595, pp. 619-631.
- McBride NJ. y Steel, S. (2012), "Suing for the loss of the right to sue: why *wright* is wrong", *PN*, núm. 27, pp. 37-38.
- Morgan, J. (2011), "Causation, politics, and law: the English-and Scottish-Asbestos Saga" en Goldberg, R. (ed), *Perspectives on Causation*, Oxford, Hart.
- Oetker, H. (2012), *Münchener Kommentar zum BGB*.
- Porat, A. (2011), "Misalignments in tort law", *Yale Law Journal*, núm. 82, pp. 108-114.
- Porat, A. y Posner, E. (2012), "Aggregation and law", *Yale Law Journal*, núm. 122, pp. 5-6.

Porat A. y Stein, A. (2001), *Tort Liability Under Uncertainty*, Oxford, OUP.

Posner, E. (2003), "Probability errors: some positive and normative implications for tort and contract law", *Supreme Court Economic Review*, núm. 125.

Sartorio, C. (2007), "Causation and responsibility", *Philosophy Compass*, núm. 2, pp. 758-759.

Smith, S. (2011), "The normativity of private law", *OJLS*, núm. 31, p. 215.

Smith, S. (2012), "Duties, liabilities, and damages", *Harvard Law Review*, núm. 125.

Stapleton, J. (2013), "Causas innecesarias" *LQR*, núm. 29, pp. 54-62.

Stapleton, J. (2015) "An extended but-for test for the law of obligations" disponible en <http://ojls.oxfordjournals.org/content/early/2015/03/06/ojls.gqv005.full.pdf> (consultado por última vez el 22 de mayo de 2015).

Steel, S. (2011) "Sienkiewicz vs. Greif (Reino Unido) Ltd y doctrinas excepcionales de la causalidad natural", *Journal of European Tort Law*, núm. 2, pp. 305-308.

Steel, S. (2012), "Causation in English tort law: still wrong after all these years", *University of Queensland Law Journal*, núm. 31, pp. 246-259.

Steel, S. (2015a), "Causation and scope of responsibility", en Oliphant, K. (ed.), *Ley de responsabilidad civil*, Londres: Lexis Nexis.

Steel, S. (2015b) "Cuándo se aplica *Fairchild*", *LQR*, núm. 131.

Steel, S. (2015c), *Proof of Causation in Tort Law*, Cambridge, CUP.

Stevens, R. (2007), *Torts and rights*, Oxford, OUP.

Stremitzer, A. (2012), "Negligence-based proportional liability", disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2088977](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2088977) (consultado por última vez el 22 de mayo de 2015).

Tadros, V. (2012), *The Ends of Harm*, Oxford, OUP.

Teitelbaum, J. (2007), "A unilateral accident model under ambiguity", *Journal of Legal Studies*, núm. 36, pp. 431-433.

Wellington, K. (2013), "Beyond single causative agents: the scope of the *Fairchild* exception post-Sienkiewicz", *Torts Law Journal*, núm. 20.

Weinrib, E. (2012a), *Corrective Justice*, Oxford, OUP.

Weinrib, E. (2012b), *The Idea of Private Law*, Oxford, OUP.

Weinrib, E. (2015), "Causal uncertainty", disponible en <http://ojls.oxfordjournals.org/content/principios/2015/07/02/ojls.gqv020.full> (consultado por última vez el 13 de julio de 2015).

Wright, R. (1985), "Causation in tort law", *California Law Review*, núm. 73.

Wright, R. (2008), "Liability for possible wrongs: causation, statistical probability, and the burden of proof", *Loyola of Los Angeles Law Review*, núm. 41, pp. 1326-1328.

Zipursky B. y Ripstein, A. (2001), "Corrective justice in an age of mass torts" en Postema, G. (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, pp. 221-225, Cambridge, CUP.

# **Acciones colectivas ambientales en Argentina. Algunas reflexiones a partir del caso *Mendoza***

---

María Florencia Saulino\*

\* Profesora de Derecho, Universidad de San Andrés, Argentina; Global Clinical Professor of Law, New York University. Agradezco los comentarios y sugerencias recibidos en el Seminario Internacional sobre Reparación de Daño de la Suprema Corte de Justicia de México y el Consejo de la Judicatura Federal, como así también los comentarios y sugerencias de Sebastián Elías y Julio Rivera (h). Agradezco especialmente a Ariana Kissner por su valiosa asistencia en la investigación de este trabajo.

SUMARIO: A. Introducción; B. Las acciones colectivas ambientales en el derecho argentino; I. Acciones colectivas por daños a los individuos derivados del daño al ambiente: la acción de clase; II. Acciones colectivas para la protección del ambiente como bien público; 1. El amparo colectivo; a. Legitimación activa; b. Justificación de la legitimación amplia; c. Casos en los que procede; 2. El amparo por cese del daño ambiental; a. Casos en los que procede; 3. La acción por daño ambiental colectivo; a. La recomposición como objetivo; b. Legitimación activa; c. Acceso a la justicia y facultades del juez; C. El proceso de daño ambiental colectivo en la práctica: el caso de la contaminación del Riachuelo; I. El caso *Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional*; 1. La ejecución de la sentencia; 2. Doce años después...; II. Los problemas que evidenció el caso *Mendoza*; 1. Derechos colectivos, legitimación activa y el problema de la representación; a. Derechos colectivos y legitimación activa; b. Crítica al modelo de representación adoptado; 2. Los problemas de legitimación pasiva; D. Conclusiones.

## **A. Introducción**

A diferencia de la mayoría de los derechos reconocidos tanto en el ámbito constitucional como en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho al ambiente sano asegura a sus titulares el disfrute de un bien público. Estos bienes tienen características específicas que los diferencian de los bienes privados. Una vez que un bien público existe todos los miembros del grupo pueden disfrutar de él, sin que el disfrute por parte de uno afecte la oportunidad de los demás de disfrutarlo (no rivalidad), y sin que nadie pueda ser excluido de su goce (imposibilidad de exclusión). (Samuelson, 1954, p. 29), (Musgrave, 1959; R. A. Musgrave, 1959, p. 10, nota 11).

Estas características de los bienes públicos generan profundos problemas de arquitectura jurídica para un sistema legal que históricamente fue concebido para la protección de bienes privados (Boyle, 2012, p.

628).<sup>1</sup> En efecto, la imposibilidad de exclusión hace que estos bienes no puedan estar sujetos a un régimen de propiedad privada, que está organizado en base a la idea de que los recursos son objetos separados y que cada uno de ellos pertenece a un individuo en particular, que puede decidir sobre su suerte y excluir a otros de su uso (Ingram, 1994, 28). Sobre estos bienes, entonces, se establecen sistemas de propiedad colectiva o propiedad comunitaria, o son considerados directamente como *res nullius* (Waldron, 1990, p. 40).

El derecho de daños clásico también debe adaptarse para dar respuestas a la afectación de los bienes públicos. En efecto, el derecho de daños típicamente opera en el contexto de relaciones particulares y localizadas y se concentra en la asignación de derechos y responsabilidades entre dos partes (Kysar, 2018, p. 52). A diferencia de los supuestos clásicos del derecho de daños, el daño al ambiente afecta a todos los individuos que comparten el ecosistema, cada uno de los cuales puede sufrir una afectación individual y diferenciada en sus derechos. Sin embargo, esas afectaciones, si bien similares a las que tradicionalmente aborda el derecho de daños, presentan complejidades propias, ya que en la mayoría de los casos se alejan del supuesto básico en el que "A causa un daño anti-jurídico a B" e involucran relaciones de causalidad y responsabilidad mucho más complejas.<sup>2</sup>

En efecto, los daños ambientales pueden permanecer latentes por muchísimos años; con frecuencia es difícil rastrear su origen, identificar a los afectados o probar la relación de causalidad entre el daño que sufre el individuo y la actividad contaminante.<sup>3</sup> No obstante, el desafío más

---

<sup>1</sup> En igual sentido, Sax señala que existen profundas diferencias entre el derecho al ambiente sano y los derechos reconocidos en el ámbito internacional: "If we seek guidance from the established tradition of human rights, we find profound differences between ay proposed environmental rights and other recognized fundamental rights" (Martín Mateo, 1991, p. 145; Sax, 1990-1991, p. 94).

<sup>2</sup> Sobre este punto pueden verse Abelkop (2013, p. 399 y ss); Kysar (2018, p. 53).

<sup>3</sup> Para una discusión sobre las características del daño ambiental puede verse Abelkop (2013); Abraham (2001); Faure (2014).



difícil que presentan los problemas ambientales es su dimensión colectiva. La naturaleza expansiva del daño ambiental hace que estos casos tengan una dimensión geográfica y jurisdiccional que sobrepasa los límites de una demanda tradicional y que incluye a una multiplicidad de actores que exceden por mucho a las partes del proceso (Kysar, 2018). En la mayoría de los casos ambientales existirán múltiples víctimas con afectaciones diferenciadas y múltiples contaminadores cuya contribución al daño individual será difícil de determinar.<sup>4</sup> Asimismo, los remedios que tradicionalmente se utilizan en el derecho privado presuponen que lo que se afectó fueron derechos individuales, es decir, derechos que una persona tiene contra otra (Ripstein, 2007, pp. 12-13). Pero aun si todos los afectados participaran del proceso y fueran compensados de forma adecuada por sus daños individuales, todavía faltaría dar respuesta al daño ocasionado al ambiente como bien público.

El derecho argentino ha buscado canalizar esta dimensión colectiva de los problemas ambientales a través de dos grupos de acciones diferenciadas: i) acciones por daño al ambiente como bien público y ii) acciones por daños individuales ocasionados por el daño al ambiente. Luego de introducir las particularidades de cada una de estas acciones, el trabajo se focalizará en el análisis de la causa *Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros*, que es el primer caso de daño al ambiente aceptado por la Corte Suprema argentina. Este análisis permitirá identificar los desafíos que se plantean al poner en práctica el marco normativo existente. Señalaré dos problemas particulares que se hicieron evidentes durante el transcurso del proceso: i) los problemas de agencia que generan las actuales reglas de legitimación activa y el modelo representativo adoptado por la Corte Suprema y ii) las dificultades para constituir el "polo pasivo" de la relación procesal, cuando ésta involucra un gran número de potenciales responsables. Concluiré proponiendo posibles soluciones.

---

<sup>4</sup> Sobre este punto puede verse Abelkop (2013, p. 402 y ss).

## **B. Las acciones colectivas ambientales en el derecho argentino**

En 1994, con la reforma de la Constitución Nacional se incorporó el artículo 43, que reconoció estatus constitucional a la acción de amparo y la puso al mismo nivel que los derechos que busca proteger (Gelli, 2011). Además de regular el amparo individual o clásico, que ya estaba reconocido en el derecho argentino,<sup>5</sup> se incorporó el llamado amparo colectivo. El segundo párrafo del artículo 43 dispone que

podrán interponer [la acción de amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (Constitución Nacional, artículo 43).

De este modo, la reforma creó el género de los "derechos de incidencia colectiva en general" (que incluye al derecho al ambiente sano) y concedió una legitimación amplia para su defensa en cabeza del afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que tengan entre sus objetivos estatutarios la protección de esos derechos.

Con base en el artículo 43, la jurisprudencia de la Corte Suprema delineó dos categorías de derechos de incidencia colectiva: i) los que tienen por objeto bienes públicos y ii) los referentes a intereses individuales homogéneos (CSJN, 2009a).<sup>6</sup> En la primera categoría se encuentra el

---

<sup>5</sup> Primero, pretorianamente, mediante los precedentes de la Corte Suprema en *Siri y Kot*; luego, por la Ley 16.986.

<sup>6</sup> En *Halabi* el tribunal distinguió dichas categorías de los derechos individuales clásicos. Señaló que los derechos individuales son ejercidos por su titular, y que eso no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas. En estos casos, el actor debe probar una lesión a su derecho para que se configure una cuestión justiciable, que puede tramitar por la vía del amparo

derecho al ambiente sano.<sup>7</sup> A diferencia de los derechos individuales, el derecho a un ambiente sano es, en opinión de la Corte Suprema, un "derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien público".<sup>8</sup> La Corte entiende que esta característica llevó a los constituyentes a conceder una legitimación extraordinaria para reforzar su protección en cabeza del Defensor del Pueblo, las asociaciones de defensa del ambiente y los afectados (CSJN, 2009a). La sentencia que se dicte se centrará en la prevención o recomposición del ambiente dañado, pero no acarreará un beneficio directo para quien ostenta la legitimación. En efecto, si bien la afectación al ambiente puede tener repercusiones en el patrimonio individual, la Corte considera que las acciones de quienes vean afectada su salud o su patrimonio como consecuencia de la degradación del ambiente le corresponden al titular de dichos derechos y son concurrentes con la acción colectiva de daño ambiental (CSJN, 2009a).

La segunda categoría está conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos e incluye los derechos personales y patrimoniales derivados de la afectación del ambiente, los derechos de sujetos discriminados y los de consumidores y usuarios (CSJN, 2009a, considerando 12).<sup>9</sup> En este caso, señala el tribunal, se afectan derechos individuales enteramente divisibles, pero existe un hecho único o continuado que provoca la lesión de todos ellos y, por tanto, es identificable una causa fáctica homogénea (CSJN, 2009a). La demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, con excepción del daño que individualmente sufre cada uno

---

tradicional. El tribunal destacó que tal vía está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y que se caracteriza por la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados (CSJN, 2009a, considerando 9).

<sup>7</sup> Lorenzetti señala que también entrarían en esta categoría la competencia en el mercado, el trato antidiscriminatorio, el patrimonio cultural, y la salud pública. (R. L. Lorenzetti, 2010).

<sup>8</sup> En otro lugar he criticado esta clasificación, véase Saulino (2015) y Saulino (2016).

<sup>9</sup> Lorenzetti sostiene que estas acciones no serían admisibles cuando se trate de intereses individuales homogéneos de carácter patrimonial, excepto aquellos provenientes de las relaciones de consumo (caso en el cual la acción colectiva está regulada por el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor) o cuando haya una afectación en el acceso a la justicia (R. L. Lorenzetti, 2010, p. 127).

de los actores. Esta homogeneidad fáctica y normativa es lo que lleva al tribunal a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada, salvo en lo que hace a la prueba del daño individualmente sufrido.

Los problemas ambientales pueden afectar a ambas categorías de derechos. Cuando ocurre un daño al ambiente puede (o no) repercutir en daños al patrimonio, la calidad de vida o la salud de los individuos que habitan el ecosistema afectado. Si esto sucede, generalmente existirá una multiplicidad de individuos afectados, por lo que puede configurarse una afectación a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, además de la afectación al ambiente como bien público.

El derecho argentino ha canalizado estas dimensiones colectivas del daño ambiental a través de dos grupos de acciones diferenciadas. El primer grupo se centra en los daños producidos a los individuos por el daño al medio ambiente, cuya reparación se obtiene a través de las acciones de clase creadas pretorianamente para los casos de daño a intereses individuales homogéneos. Un segundo grupo de acciones se focaliza en el daño al ambiente como bien público e incluye el amparo colectivo, el amparo por cese del daño ambiental y la acción de daño ambiental colectivo. Analizaremos a continuación ambos grupos de acciones.

## **I. Acciones colectivas por daños a los individuos derivados del daño al ambiente: la acción de clase**

Tal como señalé en la sección anterior, la Corte Suprema identificó en el segundo párrafo del artículo 43 una categoría de derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto intereses individuales homogéneos, entre los que se encuentran los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente (CSJN, 2009a, considerando 12). En opinión del tribunal, el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de acciones apropiadas para la defensa de estos intereses colectivos, con

prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en la Constitución o en las normas procesales vigentes (CSJN, 2009a, considerando 19). En efecto, en *Halabi*, la Corte señaló que la vía para la protección de estos derechos no es únicamente el amparo *strictu sensu*, sino que puede extenderse a otro tipo de vías procesales de carácter general: "es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan [...] una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano" (CSJN, 2009a, considerando 19).<sup>10</sup>

Dado que no existe en el derecho argentino una legislación que regule las acciones de clase,<sup>11</sup> la Corte Suprema fijó ciertos parámetros que deben observarse al llevar a cabo procesos colectivos que tengan por objeto la protección de intereses individuales homogéneos, hasta que se sancione una ley que regule la materia (CSJN, 2009a). En primer lugar, debe existir un hecho único o complejo que cause una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. En segundo lugar, la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en la petición de cada uno de los individuos. En tercer lugar, la Corte exige que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de la demanda;<sup>12</sup> excepto que la naturaleza de los derechos exceda el interés de cada parte, como ocurre cuando se trata del "ambiente, el consumo, la salud o se afecta a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos" (CSJN, 2009a, considerando 13).

---

<sup>10</sup> Más aún, tal como señala Salgado, la configuración de un conflicto colectivo que se ajuste a los requisitos de un proceso de amparo es excepcional, ya que este tipo de procesos no es adecuado para la producción de prueba compleja, ni permite al tribunal recabar información sobre las soluciones propuestas por las partes o las consecuencias económicas del conflicto (Salgado, 2011, pp. 57-58).

<sup>11</sup> Aunque esta figura sí está regulada dentro del derecho del consumo, no existen normas procesales para otro tipo de acciones de clase.

<sup>12</sup> Lorenzetti señala que esto ocurre cuando los individuos no tienen posibilidades de contratar abogados en forma aislada y los créditos son homogéneos. (R. L. Lorenzetti, 2010, p. 125)

Con base en la experiencia recogida de otros sistemas jurídicos, la Corte entendió que para la admisión formal de una acción colectiva en estos supuestos se requiere: i) la identificación precisa del grupo o colectivo afectado;<sup>13</sup> ii) la idoneidad de quién pretenda asumir la representación,<sup>14</sup> la cual debe controlarse durante todo el trámite del proceso (CSJN, 2013c, considerando 16),<sup>15</sup> y iii) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo (CSJN, 2009a, considerando 17). Asimismo, el tribunal destacó que resulta esencial que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de forma que se les asegure la alternativa de optar por quedar fuera del pleito o comparecer en él como parte o contraparte. Por último, señaló que resulta necesario que se implementen medidas adecuadas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto, a fin de evitar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Francisco Verbic señala que en *Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra* la Corte rechazó la demanda por entender que el universo de situaciones y procesos que se pretendían tutelar eran excesivamente vastos y heterogéneos, lo cual impedía resolver la cuestión planteada con efectos expansivos en el marco de un único proceso. (Verbic, 2019a) El tribunal destacó que "la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte [...] Sólo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva". (CSJN, 2012b considerando 9o.).

<sup>14</sup> Este requisito fue tomado del modelo federal de acciones de clase estadounidense.

<sup>15</sup> En "PADEC c. Swiss Medical", la Corte volvió a referirse al trámite de los procesos colectivos y destacó la necesidad de controlar durante todo el trámite que el legitimado colectivo sea un representante adecuado del grupo que busca defender (CSJN, 2013c, considerando 16). Sobre este punto véase Verbic (2013).

<sup>16</sup> Es importante destacar que en el caso *Kersich* la Corte Suprema afirmó que esta interpretación resulta obligatoria incluso para los jueces locales (CSJN, 2014b). En este caso la Corte dejó sin efecto la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires por considerar que "los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas por esta Corte Suprema en el caso 'Halabi'". Sobre este punto, puede verse Verbic (2019a).

De esta forma, el tribunal comenzó a delinear pretorianamente los contornos de la acción de clase, con base en el modelo estadounidense previsto en la Regla Federal de Procedimiento Civil No 23 (Verbic, 2019a). La jurisprudencia sentada en los precedentes de la Corte se vería luego cristalizada a través del dictado de la Acordada de la Corte Suprema No. 32/2014 que creó el "Registro Público de Procesos Colectivos", y en la Acordada No. 12/2016 que aprobó el "Reglamento de actuación para procesos colectivos".<sup>17</sup> De esta forma, el tribunal ejerció su competencia reglamentaria para llenar el vacío normativo generado por la inacción del Congreso Nacional, y estableció las reglas para llevar adelante este tipo de procesos.<sup>18</sup>

## II. Acciones colectivas para la protección del ambiente como bien público

Las acciones colectivas destinadas a la protección del ambiente como bien público transitan por un carril diferente al de las acciones de clase. Como señalé anteriormente, la Corte Suprema ha distinguido las acciones colectivas ambientales de aquellas que protegen intereses individuales homogéneos (como los de los individuos afectados en sus derechos personales o patrimoniales por un problema ambiental).

Esta diferenciación parte de la decisión de la Corte Suprema de considerar al derecho al ambiente sano un derecho colectivo, pese al texto en apariencia claro de la Constitución Nacional.<sup>19</sup> En el caso *Mendoza, Beatriz*

<sup>17</sup> Disponibles en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar). Cabe destacar que el Reglamento de Actuación para procesos colectivos excluye expresamente las acciones colectivas para la protección del ambiente como bien público, que quedan regidas por la Ley General del Ambiente 25.675, esto se desarrollará en el apartado siguiente.

<sup>18</sup> Verbic señala que éstas Acordadas han avanzado sobre competencias reservadas al Congreso de la Nación con la excusa de la falta de accionar del cuerpo deliberativo en este campo. (Verbic, 2019a).

<sup>19</sup> El artículo 41 de la Constitución Nacional establece que "[t]odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...". El artículo utiliza la misma fórmula que el 14, que reconoce derechos típicamente individuales: "[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de

y otros c. *Estado Nacional* (CSJN, 2006b), el tribunal señaló que el ambiente sano es "un bien colectivo, que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes" (CSJN, 2006b).<sup>20</sup> El tribunal destacó que "la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual" (CSJN, 2006b, considerando 18). Estas características diferencian al derecho a un ambiente sano de los derechos sobre bienes jurídicos individuales,<sup>21</sup> en los que existe un "un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular" (CSJN, 2009a);<sup>22</sup> y de los derechos que tienen por objeto intereses individuales homogéneos —como los derechos de usuarios y consumidores— en los que "derechos individuales enteramente divisibles" son afectados por un mismo hecho que provoca la lesión de todos ellos (CSJN, 2009a).

De esta forma, la Corte excluye la existencia de derechos individuales sobre bienes públicos y en particular niega la existencia de un derecho individual al ambiente sano. El razonamiento en que se apoya tal decisión parece centrarse en dos preocupaciones: *i*) la inexistencia de un "derecho de apropiación individual" sobre los bien públicos<sup>23</sup> y *ii*) la

---

entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender."

<sup>20</sup> En igual sentido, véase la sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 1.b (CSJN, 2008).

<sup>21</sup> En su voto en disidencia en *Mujeres por la vida*, el ministro Lorenzetti señala que esta categoría incluye derechos tales como "el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio" (CSJN, 2006e) ("*Mujeres por la Vida c. Estado Nacional*", 2006).

<sup>22</sup> Esta teoría fue anticipada en la disidencia de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones*" (CSJN, 2006f).

<sup>23</sup> Disidencia del ministro Lorenzetti en *Mujeres por la Vida* (considerando 10). ("Halabi, Ernesto / P.E.N," 2009)2009a, considerando 11). En el voto en disidencia de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986*, explican que "el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio, incluyen obligadamente la de ejercer de modo voluntario las acciones para su protección. Asimismo, su art. 19 consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen".



incapacidad del individuo de disponer del derecho como desee, es decir, de ejercer de modo voluntario las acciones destinadas a su protección y de realizar transacciones que ponga fin a dichas acciones.<sup>24</sup>

Sin embargo, no es posible concebir la idea de un derecho subjetivo sin que éste exista en cabeza de alguien (ya sea un individuo, ya sea un grupo de individuos), es decir, no es posible hablar de derechos subjetivos sin hablar de un titular de estos derechos. Dado que el tribunal ha descartado la posibilidad de un derecho individual a un ambiente sano, sólo queda pensar que la Corte Suprema ha decidido enrolarse en la línea doctrinaria que concibe este derecho como un derecho de grupo o colectivo.<sup>25</sup> Estos derechos requieren, entre otras particularidades, de mecanismos específicos para su ejercicio, ya sea a través de procedimientos para la adopción de decisiones por parte de los miembros del grupo; ya sea a través de mecanismos representativos.

Como veremos a continuación, para los casos que involucran una afectación al ambiente como bien público, el derecho argentino prevé tres tipos de acciones ambientales: *i*) el amparo colectivo, *ii*) el amparo por cese y *iii*) el proceso de daño ambiental colectivo. Estas acciones presentan importantes modificaciones que las distinguen de los procesos individuales y que buscan dar respuesta a las particularidades del derecho al ambiente sano. Como se verá en la sección siguiente, se reconoce una

<sup>24</sup> Disidencia del ministro Lorenzetti en ("Mujeres por la Vida c. Estado Nacional," 2006)(considerando 9). (considerando 11). En otro lado he criticado estas decisiones y he sostenido que la titularidad individual debe preferirse, Saulino (2016).

<sup>25</sup> Tanto la doctrina como los instrumentos nacionales e internacionales que reconocen este derecho se encuentran divididos entre aquellos que lo consideran un derecho individual y los que lo consideran un derecho colectivo. En efecto, mientras que la Carta Africana de Derechos Humanos concibe al Derecho al Ambiente Sano como un derecho de los "pueblos", el protocolo de San Salvador a la Convención Americana lo reconoce como un derecho de los individuos. Algo similar ocurre a nivel constitucional: basta repasar las constituciones de la región para encontrar ejemplos de uno u otro enfoque. Marlies Galenkamp señala que, a nivel doctrinario, tampoco se ha dado una respuesta uniforme respecto a la pertenencia del derecho al ambiente sano dentro de una u otra categoría (Galenkamp, 1993). Para un análisis de las distintas posturas sobre la titularidad del derecho al ambiente sano en Argentina y la región puede verse Saulino (2016).

legitimación muy amplia, se abren las puertas del proceso a los terceros que quieran incorporarse y se le otorga efectos *erga omnes* a la sentencia que se dicte (López Alfonsín, 2019, p. 240).

## 1. El amparo colectivo

### *a. Legitimación activa*

Como mencioné anteriormente, la reforma de la Constitución amplió los límites del amparo tradicional, para que pueda ser utilizado también para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, entre ellos, los que protegen al ambiente (López Alfonsín, 2019). Este nuevo proceso de amparo se aleja del modelo bilateral clásico y otorga una legitimación extraordinaria para accionar en defensa de estos derechos al afectado, al Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa del medio ambiente.<sup>26</sup> Analizaré a continuación cada una de estas categorías.

El término "afectado" ha sido sujeto de múltiples debates doctrinarios, ya que no formaba parte del ordenamiento jurídico antes de la reforma. La mayoría de la doctrina actualmente entiende que debe acreditarse un mínimo de interés razonable y suficiente para que se le reconozca legitimación (López Alfonsín, 2019; Sabsay & Manili, 2010, p. 572). En este sentido, María Angélica Gelli señala que dado que quien sufre una lesión a sus derechos subjetivos está legitimado para promover el amparo individual, "el afectado" debe entenderse como aquel que sin padecer un daño concreto es "tocado, interesado, concernido, vinculado por los efectos del acto u omisión lesiva" (Gelli, 2011). No obstante, la Corte Suprema ha señalado que la condición de afectado implica justificar "un

<sup>26</sup> La Corte Suprema ha admitido también la utilización de la acción de amparo por parte del Estado nacional contra una provincia, con el objeto de obtener la información necesaria para evaluar los efectos de la construcción de una represa en territorio provincial que tendría un posible impacto interjurisdiccional. El tribunal sostuvo que "no podía pensarse que los jueces nacionales careciesen de jurisdicción para amparar a los agentes del Presidente de la República en el desempeño de comisiones, pues quedaría desarmado el poder nacional para el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales" (CSJN, 2010).

agravio diferenciado respecto de la situación en la que se hallan los demás ciudadanos" y no puede fundarse la legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes (CSJN, 2013b, Considerando 7).<sup>27</sup>

Además del afectado, el artículo 43 prevé la posibilidad de que el amparo colectivo sea interpuesto por el Defensor del Pueblo. Esta legitimación extraordinaria se explica por el papel que la reforma constitucional le otorga al Defensor en la defensa y protección de los derechos humanos y en el control de la administración pública, funciones para las cuales el artículo 86 de la Constitución Nacional le otorga expresamente legitimación procesal. En igual sentido, es posible agregar a la lista de legitimados del artículo 43 al Ministerio Público, dado que el artículo 120 de la Constitución Nacional le reconoce legitimación para accionar en defensa de los intereses generales de la sociedad (Gelli, 2011). María Carlota Ucín señala que dicho artículo "es claro al constituirlo como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, cuya función es promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República" (Ucín, 2011, p. 22). No obstante, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países,<sup>28</sup> en Argentina, el Ministerio Público no ha tenido un papel muy activo en la defensa del derecho al ambiente sano.

Finalmente, en cuanto a las asociaciones no gubernamentales de defensa del ambiente, la Corte Suprema ha sostenido que las asociaciones constituidas de acuerdo con la ley pueden promover este tipo de acciones, aun cuando no se ha creado el registro al que se refiere el artículo 43 (CSJN, 1997). En *Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional*, el tribunal entendió que para participar en el proceso las asociaciones debían acre-

<sup>27</sup> De esta forma, la Corte busca asegurar el cumplimiento del requisito de que exista un "caso o controversia", que permita su intervención en la causa.

<sup>28</sup> Sobre la experiencia brasilera, puede verse Ucín (2011, p. 9).

editar que de sus estatutos surgía que su objeto era la protección del medio ambiente y que, por tanto, ejercían "el derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación" (CSJN, 2006d). En este sentido, destacó que este requisito asegura que las asociaciones accionen en el interés legítimo en que se preserve un derecho de incidencia colectiva, y no en defensa del interés general y difuso en que se cumpla con la Constitución y las leyes (CSJN, 2006d). De esta forma, se busca asegurar que exista un "caso o controversia" que justifique la intervención del tribunal.

No obstante, esta manera de entender la legitimación activa de las asociaciones puede resultar problemática, dado que los casos ambientales son multidimensionales, por lo que es posible que asociaciones dedicadas a la protección de otros derechos tengan interés en participar del proceso y puedan aportar valiosos puntos de vista para la resolución del conflicto. De hecho, en *Mendoza* la decisión de la Corte implicó excluir a algunas organizaciones que venían trabajando en la situación del Riachuelo desde hacía ya muchos años, desde perspectivas no estrictamente ambientales (CSJN, 2006d).<sup>29</sup>

### *b. Justificación de la legitimación amplia*

La legitimación amplia establecida en el artículo 43 se justifica en el carácter de bien público del ambiente y en los problemas de acción colectiva que puede acarrear su efectiva defensa.<sup>30</sup> En efecto, dado que la existencia de un ambiente sano sin duda redundará en el beneficio de quienes comparten el mismo ecosistema, uno podría asumir que el grupo actuará en su propio interés y demandará la protección del ecosistema o la recomposición del ambiente dañado (Hardin, 1982, p. 2). Sin

---

<sup>29</sup> La Corte excluyó a la Fundación Metropolitana y a la Poder Ciudadano porque de sus estatutos no surgía la necesaria vinculación entre los objetivos estatutarios y la pretensión de los actores.

<sup>30</sup> Estos problemas también están presentes en algunos supuestos de intereses individuales homogéneos, por ejemplo, la no discriminación o los casos de defensa del consumidor que involucran montos menores.

embargo, demandar a cada contaminador tiene un costo muy alto para los individuos afectados —quienes sólo obtendrían un beneficio relativamente menor si cesa la actividad de las empresas—, por lo que cada individuo buscará beneficiarse de las demandas iniciadas por los demás, en lugar de iniciar por sí mismos un proceso judicial (Sunstein, 1990, p. 49). El resultado es que, en muchos casos, las víctimas de la contaminación no iniciarán acciones para limitar los efectos nocivos de dichas actividades en el ambiente.

Para dar respuesta a estos problemas, la Constitución otorga legitimación a los afectados, al Defensor del Pueblo y las asociaciones ambientales. En palabras de la Corte Suprema, se trata de una "legitimación anómala o extraordinaria que se caracteriza por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legitimadas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial" (CSJN, 2013b).<sup>31</sup> Se establece así un mecanismo representativo para la tutela de los derechos de incidencia colectiva (Verbic, 2019a). Tal como señala Francisco Verbic, este tipo de mecanismo "descansa sobre la ficción de considerar presentes en el debate a los integrantes del grupo a través de un representante" (Verbic, 2019a).

Sin embargo, como analizaré en los apartados siguientes, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto intereses individuales homogéneos, existen controles mucho menores al accionar de los representantes. En efecto, para la tutela del derecho al ambiente sano no se requiere el control de idoneidad de quien pretende asumir la representación, ni la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio. Tampoco se les otorga a los habitantes del ecosistema la posibilidad de optar por quedar fuera del pleito o comparecer en él como parte o contraparte. Por el contrario, se adopta un modelo en el que se permite que cualquier

---

<sup>31</sup> Puede verse, en igual sentido, CSJN (2007a).

miembro del grupo ejerza el derecho en nombre del resto, lo cual incrementa el riesgo de que dicho ejercicio esté desvinculado por completo de los intereses del grupo afectado, como se verá al analizar el caso *Mendoza*.

### *c. Casos en los que procede*

La acción de amparo colectivo esta pensada para casos en los que la afectación al derecho es manifiesta y en los que se requiere una respuesta urgente de los tribunales (López Alfonsín, 2019). Por tanto, no es el medio más idóneo para aquellos supuestos en que se requiere mayor amplitud de debate y prueba. En efecto, en muchos casos ambientales será necesario llevar adelante una gran cantidad de actividades probatorias, no sólo para acreditar el daño sino también para probar la relación de causalidad y poder responsabilizar al demandado.<sup>32</sup> Para estos casos, deberá recurrirse al proceso ordinario por daño ambiental colectivo, que analizaré en la sección "3. La acción por daño ambiental colectivo".

Sin embargo, la acción de amparo colectivo sí es el medio idóneo para discutir la interpretación del derecho aplicable, el cumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento vigente, o la adopción de decisiones ilegales y arbitrarias por parte del Estado nacional, provincial o municipal. Así, por ejemplo, en *Martínez c. Agua Rica*, la Corte Suprema consideró que el amparo colectivo era la vía adecuada para discutir la ilegalidad de la resolución que había aprobado un estudio de impacto ambiental sin cumplir con los requisitos establecidos por el ordenamiento vigente (CSJN, 2016a). En igual sentido, en *Pueblo Wichi Hoktek T'Oi*, señaló que el superior tribunal local había incurrido en un exceso de rigor formal al sostener que las cuestiones relativas a las autorizaciones de deforestación requerían mayor amplitud de debate y prueba ya que "a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respe-

---

<sup>32</sup> Véase López Alfonsín (2019), capítulo 4.

tado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional establecida para dicha actividad" (CSJN, 2002).

## 2. El amparo por cese del daño ambiental

La Ley General del Ambiente (LGA)<sup>33</sup> define el daño ambiental como "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes y valores colectivos" (LGA, artículo 27). De esta forma, se sigue la definición amplia de ambiente del artículo 41 de la Constitución Nacional que prevé expresamente en su texto que las autoridades proveerán lo conducente a la "preservación del patrimonio natural y cultural." La LGA adiciona a lo previsto por la Constitución a los "valores colectivos", frase que podría dar pie a que también se indemnice el daño moral colectivo que se genera a la comunidad como consecuencia del daño al ambiente.<sup>34</sup>

Si bien la ley no define qué constituiría una "alteración relevante", entiendo que la intención del legislador fue excluir daños insignificantes, para centrarse en aquellos que afectan el equilibrio ecológico, los servicios que prestan los ecosistemas y su capacidad de regenerarse.<sup>35</sup> Para

<sup>33</sup> La reforma de la Constitución Nacional de 1994 estableció un régimen espacial para la legislación ambiental. El artículo 41 de la Constitución establece que corresponde a la nación dictar las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas. Esta facultad de complemento permite a las provincias elevar el piso mínimo nacional o legislar en cuestiones no alcanzadas por la legislación nacional. Esta ley establece disposiciones sustantivas sobre daño ambiental que no pueden ser complementadas por las provincias, porque se entiende que forman parte del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC). Asimismo, las normas del derecho civil se aplican supletoriamente para todo aquello que no esté regulado por la LGA. La LGA contiene además disposiciones procesales, que sí son pasibles de ser complementadas por la legislación provincial, porque se entiende que son parte de la legislación de piso mínimo prevista en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

<sup>34</sup> En este sentido, puede verse R. Lorenzetti (2003). En el caso "Municipalidad de Tandil c. T.A. la Estrella", la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul reconoció el daño moral colectivo producido por un accidente de tránsito que dañó una escultura emplazada en un lugar público de Tandil; y otorgó una indemnización dineraria que debía destinarse al goce estético de residentes y habitantes de la ciudad. (CACC, 1996)

<sup>35</sup> En este sentido, puede verse Di Paola (2010, p. 222). Por su parte, Pizarro propone leerlo juntamente con el artículo 2238 del Código Civil y Comercial de la Nación que habla de la normal tolerancia Pizarro. (Pizarro & Vallespino, 2017, p. 448)-

especificar qué daño cuenta como relevante sería entonces conveniente que el legislador estableciera estándares de calidad ambiental que contribuyan a distinguir alteraciones tolerables, del daño ambiental propiamente dicho. Lamentablemente, en muchos casos el regulador federal está en mora en la reglamentación de las leyes de presupuestos mínimos, por lo que estos parámetros no existen en el ámbito nacional.

La LGA establece que toda persona puede solicitar la cesación de la actividad generadora del daño ambiental colectivo mediante acción de amparo. De esta forma, se reconoce una legitimación amplísima para la acción de amparo, cuando ésta tenga por objeto el cese de un daño ambiental que ya se está produciendo.<sup>36</sup> En estos casos, el trámite por medio del amparo "asegura que la consecución de sus fines se logre de una manera rápida y eficaz" (CSJN, 2013a).

#### *a. Casos en los que procede*

La Corte Suprema ha señalado que esta pretensión sólo puede ser receptada por el tribunal

cuando por ese camino procesal, rápido y simple, se pueda llegar a un conocimiento adecuado de la situación, y se vislumbre la posibilidad de hacer cesar y revertir de manera inmediata las causas generadoras de la afectación que se invoca; entendida dicha inmediatez como la posibilidad de lograr el fin expuesto en el menor tiempo posible (CSJN, 2013a).<sup>37</sup>

En ese sentido, recalcó que cuando existen "múltiples factores y actividades industriales que contribuirían en su configuración, como asimismo complejos aspectos técnicos en los que debería introducirse el

---

<sup>36</sup> Sagüés destaca que la LGA no contempló la amenaza de daño al ambiente dentro del amparo de cese. Por tanto, si existiera una amenaza cierta, se podría recurrir al amparo previsto en el artículo 43 de la Constitución, aunque la legitimación es menos amplia (Sagüés, 2018. p. 291).

<sup>37</sup> En igual sentido, CSJN (2014).



juzgador para dirimirla, [...] la cuestión planteada no puede ser esgrimida por el camino [del amparo por cese]" (CSJN, 2013a).

Es claro entonces que esta acción está destinada sólo a aquellos casos en los que la actividad generadora del daño ambiental sea fácilmente identificable y el juez pueda tomar un adecuado conocimiento de la situación en los tiempos breves de la acción de amparo. Mientras que cuando se requiera una mayor amplitud de debate y prueba deberá recurrirse a la acción por daño ambiental colectivo que trataré en la sección siguiente.

### 3. La acción por daño ambiental colectivo

En los artículos 27-34, la LGA establece pautas para el proceso de daño ambiental colectivo que está orientado a lograr la recomposición del ambiente dañado. Sin embargo, como veremos a continuación, esta reglamentación carece de la sistematicidad típica de los mecanismos procesales (Verbic, 2015, p. 2; Valls, 2012, p. 126). La LGA sólo establece algunas reglas tendientes a ampliar la legitimación activa, establecer la competencia judicial, garantizar el acceso a la jurisdicción y ampliar las facultades de los tribunales, pero no ha regulado en profundidad las características de este proceso colectivo (Valls, 2012, pp. 126-127).

#### *a. La recomposición como objetivo*

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece "que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer". De esta forma, se deja de lado la lógica reparativa y se establece la obligación primaria de restablecer el ambiente a su estado anterior a la ocurrencia del daño (LGA, artículo 28) (López Alfonsín, 2019, p. 234). En el caso *Mendoza* la Corte Suprema estableció que la prevención del daño ambiental tiene una prioridad absoluta (CSJN, 2006b).<sup>38</sup> Una vez producido

<sup>38</sup> Jurisprudencia reiterada en CSJN (2016a, considerando 8).

el daño, debe perseguirse primero la recomposición, y sólo cuando se esté en presencia de daños irreversibles se tratará el resarcimiento.<sup>39</sup> Esta secuencia no es disponible para las partes, por lo que el resarcimiento siempre deberá esperar a que se culmine el proceso de recomposición.<sup>40</sup>

Es decir que lo que determinará la opción entre restablecimiento al estado anterior o indemnización será siempre la factibilidad técnica. La indemnización aparece, entonces, en un lugar subsidiario a la recomposición y, dado el carácter de bien público del ambiente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental creado por la LGA (López Alfonsín, 2019, p. 243). Este fondo es administrado por la autoridad de cada jurisdicción y se dedica a garantizar la calidad ambiental, prevenir y mitigar efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, atender a emergencias ambientales y conservar o compensar a los sistemas ecológicos y al ambiente (LGA, artículo 34).<sup>41</sup>

Sin embargo, más allá de recoger la obligación constitucional de recomponer, el marco normativo existente no establece parámetros para determinar cuándo dicha recomposición es técnicamente factible, establecer prioridades o fijar la indemnización sustitutiva. Esta falta de regulación ha generado diversos problemas para los tribunales a la hora de aplicar la norma, especialmente en aquellos casos en los que no existe una regulación nacional que establezca estándares de calidad o parámetros objetivos para la protección del ambiente o alguno de sus componentes.

<sup>39</sup> "tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, [...] En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará el resarcimiento" (CSJN, 2006b).

<sup>40</sup> Esta es una consecuencia de la decisión de la Corte Suprema de considerar al derecho al ambiente sano como un derecho colectivo.

<sup>41</sup> Di Paola (2010, p. 230) señala que "[e]l derecho brasilero también establece que los montos provenientes de las indemnizaciones por daño ambiental deben destinarse a fondos conformados por el Consejo Federal o de los Estados, destinados a preservar y reparar el medio ambiente." No obstante, cabe destacar que el Poder Legislativo nacional no ha sancionado aún la ley para regir el funcionamiento de este fondo.

### *b. Legitimación activa*

La LGA establece una legitimación muy amplia para iniciar la acción que busca obtener la recomposición del ambiente dañado. El artículo 30 otorga legitimación i) al damnificado directo por el daño acaecido en su jurisdicción; ii) al afectado; iii) al defensor del pueblo; iv) a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, y v) al Estado nacional, provincial o municipal.<sup>42</sup>

En este aspecto, la LGA sigue de cerca el texto del artículo 43 de la Constitución, al que adiciona la posibilidad de que la demanda la inicie el Estado nacional, provincial o municipal. Esta adición tiene sentido si se considera que, en la mayoría de los supuestos, los estados cuentan con poder de policía para hacer cesar las acciones u omisiones que de forma actual e inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos que protegen al ambiente, por lo que no les resultaría necesario recurrir al amparo colectivo. Sin embargo, sí necesitarán recurrir a la justicia cuando el daño ya se ha producido y se deba obligar al demandado a recomponer el ambiente dañado o a pagar una indemnización sustitutiva; o cuando la afectación a los derechos ambientales ocurrida en un territorio tenga origen en otra jurisdicción.<sup>43</sup> Para estos casos, además de la acción por daño ambiental colectivo, los estados podrían recurrir al amparo por cese, analizado en la sección anterior.

De esta forma, la LGA mantiene el mecanismo representativo referido al hablar del amparo colectivo. Este mecanismo se basa en la ficción de que todos los afectados están representados en el proceso a través de los

<sup>42</sup> En *Universidad Nacional de Salta c. Salta, Provincia de*, la Corte Suprema de Justicia dejó en claro que las universidades nacionales no tienen legitimación para accionar en ejercicio de la atribución conferida por la LGA al Estado nacional (CSJN, 2013b).

<sup>43</sup> Pueden pensarse distintos supuestos como dos municipios de la misma provincia (cuando el derecho público local no prevea otro mecanismo), el Estado nacional contra una provincia y viceversa, etcétera.

legitimados extraordinarios que se enumeran en el artículo 30, e implica una seria limitación a la autonomía individual de los sujetos afectados, ya que les impide tener la posibilidad de ser escuchados de forma directa por el tribunal (Verbic, 2019a).

Sin embargo, los problemas de representación se acentúan en el caso de la acción por daño ambiental. A diferencia de lo que ocurre con las acciones de clase, en las cuales las reglas establecidas por la Corte Suprema buscan asegurar la idoneidad de quien asuma la representación del colectivo afectado (CSJN, 2009a), la LGA opta por premiar al primer legitimado que la interpone con la exclusividad del ejercicio de la acción, independientemente de su idoneidad. Según establece el artículo 30, una vez deducida la acción por cualquiera de los legitimados, el resto sólo tiene derecho a participar del proceso como tercero.

En el caso *Mendoza*, la Corte dejó en claro que estos terceros no pueden modificar el contenido objetivo y subjetivo dado por el demandante a la pretensión promovida. Al evaluar la solicitud del Defensor del Pueblo para ampliar la demanda contra 14 municipios, respecto de los cuales los actores no habían dirigido reclamo de ninguna especie, el tribunal destacó que

la condición de demandante como único titular activo de la relación jurídica procesal le confiere la absoluta disponibilidad de su pretensión, constituyendo las decisiones discrecionales que adoptare [...] un límite infranqueable que desecha de plano todo intento —de parte del tribunal o de cualquier tercero— de imponerle coactivamente la obligación de litigar contra un sujeto que deliberadamente no ha escogido o por un objeto que es ajeno a su interés declarado (CSJN, 2006c).

En este sentido, destacó que la gestión procesal reconocida a un tercero no permite la facultad de interferir en la voluntad del demandante y de modificar los elementos constitutivos de la su pretensión (CSJN, 2006c).

Por tanto, quien inicie la acción, sin importar su idoneidad, será el único titular activo de la relación jurídica procesal, podrá disponer discrecionalmente de la pretensión<sup>44</sup> y no será posible para los terceros ampliar el objeto de la demanda o incluir a otros sujetos pasivos. Esta decisión es problemática, ya que profundiza los problemas de agencia y representación. En efecto, podría ocurrir que quien asuma la representación no cuente con idoneidad suficiente para llevar adelante la acción. Algunos autores señalan que incluso podría darse lugar a situaciones reñidas con la buena fe, en las que un "afectado" actuando en connivencia con el contaminador introduce una demanda "tapón" que impide la presentación de otras acciones mejores fundadas (Pizarro & Vallespino, 2017, p. 472). Esto es especialmente problemático si se tiene en cuenta que la sentencia que se dicte tendrá efectos *erga omnes*, salvo que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias y que, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de clase, no existe la posibilidad de excluirse de sus resultados (LGA, artículo 33).

Pero aun suponiendo la buena fe del primer legitimado, este modelo de representación incrementa el riesgo de que el ejercicio del derecho esté desvinculado por completo de los intereses del grupo afectado, ya que no es posible hablar siquiera de un intento del agente por representar los intereses del grupo, ni de algún mecanismo de control del grupo sobre la conducta del representante. En este sentido, McDonald señala que

[e]l riesgo para los intereses de la comunidad se incrementa si los miembros individuales pueden ejercer los derechos [colectivos] por sí mismos sin acuerdo previo de la comunidad. Las posibilidades de que ocurra un ejercicio erróneo o incluso malicioso de derechos se incrementan si el poder de ejercerlos no está sujeto al control del beneficiario [...] Existe un deslizamiento desde *lo*

<sup>44</sup> No obstante, esta posibilidad de disponer de la pretensión está limitada ya que el tribunal ha sostenido que el ambiente "está tutelado de una manera no disponible para las partes, [...] primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento" (CSJN, 2006b).

*nuestro a lo mío* que debería ser resistido (McDonald, 1991, p. 232)  
(la traducción es mía, cursivas en el original).

En efecto, el legislador parece asumir que hay una única forma de "recomponer" el ambiente y que los afectados, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y el Estado tendrán los mismos intereses y estarán de acuerdo en el curso de acción a seguir. Sin embargo, si bien el resultado final puede ser el mismo, el proceso de recomposición ambiental suele ser particularmente largo, requiere la adopción de diversas decisiones y en muchos casos las prioridades de los afectados pueden no estar alineadas. ¿Qué debería hacerse primero, la relocalización de las familias afectadas o la limpieza del río? ¿Qué es prioritario, la reimplantación de especies autóctonas o la instalación de una planta de tratamiento de efluentes? Estas tensiones se ven con claridad en el caso *Mendoza*, que analizaré en la sección "C. El proceso de daño ambiental colectivo en la práctica: el caso de la contaminación del Riachuelo".

### *c. Acceso a la justicia y facultades del juez*

El artículo 32 de la LGA establece que "el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie".<sup>45</sup> Asimismo, se le otorga al juez amplias facultades a la hora de ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso y se le permite disponer medidas de urgencia aún sin petición de parte (LGA, artículo 32). De este modo, se busca proteger de forma efectiva el interés general involucrado en la preservación del ambiente como bien público. La Corte Suprema ha destacado que la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población y que justamente de esta circunstancia deriva "la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos los mandatos constitucionales" (CSJN, 2006a).

---

<sup>45</sup> Algunos tribunales han invocado esta norma para eximir a los actores del pago del depósito previo previsto en la legislación local o para utilizar la caución juratoria en lugar de exigir una contracautela pecuniaria (Valls, 2012, pp. 150-151)

Cámpora y Prada señalan que este papel activo del juez parece conjugarse con los mandatos de prevención y precaución que exigen una tutela judicial anticipatoria y dinámica (Cámpora & Prada, 2013, p. 941).

La Corte Suprema ha sostenido que en asuntos concernientes a la tutela ambiental

las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, [...] en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (CSJN, 2006a).<sup>46</sup>

En igual sentido, resaltó que "un examen cerradamente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego" (CSJN, 2006a).

No obstante, esto no implica que dichos criterios hermenéuticos puedan "entronizarse en una fuente de naturaleza superior que autorice a privar al demandado de ejercer apropiadamente su garantía de defensa, y por su intermedio, tutelar derechos amparados por otras cláusulas constitucionales" (CSJN, 2006a). El tribunal ha señalado que estas facultades ordenatorias e instructorias del juez deben ejercerse con rigurosidad, ya que la morigeración de ciertos principios del proceso adversarial civil y de las formas rituales,

no configura fundamento apto para permitir [...] la introducción de peticiones y planteamientos en apartamiento de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir [al] proceso judicial en una actuación anárquica en la

<sup>46</sup> Esto llevó al tribunal a no exigir una contracautela real antes de otorgar la medida cautelar solicitada por los actores (CSJN, 2021).

cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se persigue (CSJN, 2006c; 2009b).

### **C. El proceso de daño ambiental colectivo en la práctica: el caso de la contaminación del Riachuelo**

En esta sección analizaré los problemas que presenta la acción por daño ambiental colectivo, a partir del análisis del caso *Mendoza*. Pondré especial foco en las reglas sobre legitimación activa, legitimación pasiva y participación de terceros. Este caso es de particular importancia porque es la primera vez que la Corte Suprema argentina interviene en instancia originaria en un caso de daño al ambiente como bien público; y muestra con total claridad las limitaciones de las normas procesales vigentes para dar respuesta a problemas ambientales complejos.<sup>47</sup>

#### **I. El caso *Mendoza*, *Beatriz c. Estado Nacional***

La cuenca Matanza-Riachuelo, que se ubica en el límite entre la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires, es considerado uno de los sitios más contaminados del mundo (Biello, 2013). Su degradación responde a una multiplicidad de causas: i) el vertido de efluentes por parte de las industrias ubicadas en sus márgenes;<sup>48</sup> ii) el tratamiento inadecuado que reciben los efluentes cloacales que se vierten en sus aguas;<sup>49</sup> iii) la falta de servicios cloacales que redundan en la construcción de pozos negros y en el vertido ilegal de efluentes cloacales sin tratar (Nápoli, 2009); y iv) los basurales a cielo abierto, formados como consecuencia de la disposición ilegal de residuos domiciliarios, industriales y de escombros (Nápoli, 2009).

<sup>47</sup> En este sentido, puede verse Verbic (2019a)

<sup>48</sup> Dichos vertidos son responsables de los elevados niveles de arsénico, cromo, mercurio y plomo que actualmente se registran en las aguas del Riachuelo (Lebensohn, 2014).

<sup>49</sup> El tratamiento no toma en cuenta las particularidades del curso de agua ni el volumen de carga orgánica que es capaz de diluir (Nápoli, 2009).



El estado de degradación de la cuenca tiene impactos importantes en los dos millones de habitantes que viven en sus márgenes (Nápoli, 2009). Distintos reportes han vinculado los altos niveles de contaminación del Riachuelo con problemas de salud, que incluyen afecciones respiratorias, asma, enfermedades en la piel, intoxicación con plomo y trastornos intestinales (Lebensohn, 2014)<sup>50</sup> Asimismo, una porción importante de la población de la cuenca vive en asentamientos precarios, con infraestructura inadecuada, no tiene acceso a agua potable, cloacas o a una vivienda digna.<sup>51</sup> Esta situación, sumada a la desnutrición, el hacinamiento, el acceso limitado a vacunas y medicamentos, y la exposición al frío vuelve a estos grupos más vulnerables a los impactos de la contaminación.<sup>52</sup>

En *Mendoza*, un grupo de vecinos de Villa Inflamable y profesionales del Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito demandaron al Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires y a 44 empresas por los daños y perjuicios derivados de la contaminación de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (CSJN, 2006b).<sup>53</sup> En lo que hace al daño individual, solicitaron la reparación de la incapacidad sobreviniente, los gastos por tratamientos médicos, gastos por la nueva radicación, daño moral, daño psíquico sufrido, daño futuro y pérdida de valor locativo de los inmuebles. Además, requirieron que se implementen medidas para la atención inmediata de la salud de la población riverense.

<sup>50</sup> Sin embargo, la autora señala que no hay información confiable relativa a los problemas de salud de la población de la Cuenca Matanza-Riachuelo.

<sup>51</sup> El 55% de la población de la cuenca carece de servicios cloacales y el 35% no tiene acceso a agua potable (Lebensohn, 2014) (Nápoli, 2009). De acuerdo con el relevamiento de organizaciones de la sociedad civil, existen 280 asentamientos precarios en la cuenca (Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Fundación Ciudad, Foro de Periodismo Argentino, Unión Europea, & Garagelab, 2015).

<sup>52</sup> "La precariedad habitacional y el hacinamiento extremo, sumados a la inexistencia de abastecimiento de agua por red, cloacas y regularidad en la recolección de basura, incrementan aún más la exposición al riesgo de la población que vive sobre el curso de agua contaminada" (Agencia de Protección Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires, 2008, p. 124).

<sup>53</sup> La cuenca Matanza-Riachuelo constituye el sistema hídrico más importante del área metropolitana de Buenos Aires. Ubicado en el límite entre la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires, el Matanza-Riachuelo es un río típico de llanura. Su cuenca está formada por 232 afluentes y ocupa una superficie aproximada de 2240 km<sup>2</sup> (Nápoli, 2009). En sus 75km de longitud media, el Matanza-Riachuelo atraviesa la región más densamente poblada de nuestro país, que incluye a la Ciudad de Buenos Aires y a 14 municipios del conurbano bonaerense (Nápoli, 2009).

Por otra parte, en lo que hace al daño ambiental colectivo, solicitaron i) la recomposición del ambiente dañado, para lo cual pidieron al tribunal que fije una indemnización destinada a crear un fondo de recomposición para solventar los gastos, de como mínimo 500 millones de dólares, y ii) respecto al daño irreversible, reclamaron una indemnización por daño moral colectivo que repare la disminución en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado, a través de la realización de una obra que implique un disfrute para la comunidad.

Al abordar las pretensiones de las partes, el tribunal las dividió en dos grupos. Consideró que en lo que respecta al daño ambiental colectivo, la causa correspondía a la competencia originaria de la Corte Suprema.<sup>54</sup> En cambio, no ocurría lo mismo con el daño individual sufrido por los actores, que se debía tramitar ante los juzgados de primera instancia de la nación, la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires según correspondiera, porque involucraban la responsabilidad de los respectivos estados. El tribunal señaló que estos daños individuales "eventualmente podrían ser calificados como intereses individuales homogéneos" (CSJN, 2006b). A partir de esta decisión, algunos afectados promovieron una acción de clase frente a la Justicia Federal de La Plata, en la que demandaron a un grupo de empresas, al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires y a la autoridad de cuenca por los daños y perjuicios producidos a su salud y a su propiedad (Justicia Federal la Plata, 2007).

Pese a no contar con datos actualizados, en su primera intervención en el caso, la Corte Suprema requirió a los estados parte la presentación de un Plan Integrado para el Saneamiento del Riachuelo (PISA), sin siquiera dar traslado de la demanda ni abrir el proceso a prueba (CSJN, 2006b, considerando 19). El PISA debía contemplar: i) un ordenamiento ambiental

---

<sup>54</sup> Dado que se trataba de un daño interjurisdiccional, resultaba competente para entender en la causa la justicia federal, y al estar demandada la Provincia de Buenos Aires correspondía que el caso fuera examinado por la Corte Suprema en instancia originaria.

del territorio; ii) el control de las actividades antrópicas; iii) el estudio de impacto ambiental de las empresas demandadas; iv) un programa de educación ambiental, y v) un programa de información pública (CSJN, 2006b, considerando 19).

Dos años más tarde, y luego de varias audiencias, informes y presentaciones, la Corte Suprema dictó una primera sentencia que sólo se enfocó en la prevención y recomposición del daño ambiental y no tomó ninguna decisión sobre el resarcimiento, que el tribunal dejó pendiente para luego de culminado el proceso de recomposición. La sentencia condenó a los tres estados demandados a llevar adelante un plan de recomposición del ambiente dañado, pero omitió todo pronunciamiento respecto de las empresas. Hasta la actualidad, los únicos condenados han sido los estados, sin que los agentes contaminantes solventen los costos de dicha recomposición (Verbic, 2019b). Verbic señala que esta decisión es sorprendente si se tienen en cuenta que las empresas son las principales responsables de la contaminación, mientras que los estados fueron condenados por no controlar la actividad de las empresas y permitirles contaminar (Verbic, 2019b). Volveré a este punto al tratar los problemas de legitimación pasiva.

En lo que hace a la recomposición, el tribunal reconoció los problemas que existían en el PISA y en su implementación. Las audiencias y dictámenes habían dejado en evidencia que el plan no era más que una "reedición de documentos que existían con anterioridad y que databan de varios años" y habían demostrado las inconsistencias existentes entre sus distintas versiones y la falta de datos objetivos, públicos y mensurables sobre la situación de la cuenca (CSJN, 2008). En opinión de la Corte, se requería de "un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de resultados y una amplia participación en el control" (CSJN, 2008). A partir de la información recopilada por el tribunal y de los informes presentados por la Universidad de Buenos Aire y la Autoridad de Cuenca, el

tribunal ordenó la realización de determinadas acciones y estableció plazos para su cumplimiento y sanciones diarias para asegurar que dichos plazos se respetasen (CSJN, 2008).

Sin embargo, a poco de notificada la sentencia, los estados parte informaron al tribunal que les resultaría imposible cumplir con los plazos establecidos.<sup>55</sup> La Corte, sin embargo, se negó a modificarlos o extenderlos (CSJN, 2008). Éste fue el primer síntoma de los problemas que acarrearía la ejecución de la sentencia. En efecto, la amplitud de las metas establecidas por el tribunal dificultó el control de su cumplimiento. El programa aprobado en la sentencia de julio de 2008 no contiene metas intermedias, indicadores de cumplimiento ni un objetivo final, por lo que no resulta claro hasta qué punto hay que recomponer el riachuelo o cuándo estaría cumplida la sentencia.<sup>56</sup>

## 1. La ejecución de la sentencia

En la sentencia de 2008, la Corte se apartó de la ejecución del fallo y le delegó la tarea al juez federal de Quilmes.<sup>57</sup> Para ello, amplió la competencia asignada por ley a dicho juzgado y lo convirtió en el revisor de todas las decisiones de la Autoridad de Cuenca y en el único foro para resolver todas las controversias relativas a la ejecución del PISA, sin importar la jurisdicción en la que ocurriesen. El objetivo era evitar que la implementación de la sentencia se trabara en sus inicios con cuestiones de competencia, dadas las diferentes jurisdicciones judiciales con competencia en el territorio (CSJN, 2012).

---

<sup>55</sup> En este sentido, puede verse el escrito presentado por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo sustentable en el expediente, a fs. 2013.

<sup>56</sup> En este sentido, Merlinsky señala que los objetivos del fallo de la Corte "no tienen un correlato en objetivos y metas intermedias, que son precisamente las necesarias para implementar una política pública" (Merlinsky, 2013, p. 129).

<sup>57</sup> Si bien el Juzgado no se encuentra ubicado dentro de la Cuenca, el tribunal señaló que la reciente creación del juzgado permitía que los recursos humanos con los que contaba se abocasen a la ejecución de esta sentencia (CSJN, 2008).

Asimismo, la Corte dejó en claro que correspondía declinar la intervención de toda otra sede. Las decisiones finales que tomara el magistrado serían consideradas como dictadas por el superior tribunal de la causa y sólo serían impugnables ante la Corte Suprema por medio del recurso extraordinario, si se cumplían los requisitos legales para su revisión. El tribunal ordenó la acumulación de todos los litigios relativos a la ejecución del plan ante dicho juzgado y declaró que el proceso producía litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sea diferente el legitimado activo y la *causa petendi*. De esta forma, la Corte eliminó las instancias intermedias, dificultó la apelación de las decisiones del juzgado de ejecución y creó un fuero de atracción que llevó a que todas las causas relacionadas con el plan de saneamiento o con el Riachuelo fueran decididas únicamente por el juez de Quilmes. Esta decisión generaría serios problemas que se volverían evidentes con el correr de los años.

Por otra parte, el tribunal creó un mecanismo de control de la ejecución en dos frentes: i) el Defensor del Pueblo y las ONG que intervinieron en la causa conformarían un "cuerpo colegiado" que estaría a cargo de supervisar la ejecución del plan por parte de la autoridad de cuenca y canalizar la participación ciudadana, y ii) la Auditoría General de la Nación llevaría un control específico de la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria del plan. Este mecanismo de control y representación también resultó problemático, como se verá en la sección II "Los problemas que evidenció el caso 'Mendoza'"

## 2. Doce años después...

La Corte Suprema siguió interviniendo esporádicamente en la causa, para supervisar la ejecución de la sentencia a través de audiencias públicas. Sin embargo, todavía continúa pendiente la formulación de un plan de recomposición a escala regional, que establezca una estrategia coherente con los mandatos judiciales. En efecto, si bien se avanzó en en la

construcción de una planta de tratamiento de efluentes y en la limpieza de los basurales, las márgenes del río y la basura existente en el cuerpo de agua; el plan integral de saneamiento cuenta con un "bajo nivel de implementación" (CSJN, 2018) (Cané, 2021, p. 12).

En su resolución del 12 de abril de 2018, la Corte Suprema advirtió dos deficiencias estructurales que persisten desde la primera audiencia y que constituyen impedimentos básicos para el cumplimiento del PISA: el funcionamiento estructural de la autoridad de cuenca y el sistema de medición de cumplimiento de la sentencia (CSJN, 2018). En este sentido, destacó la subejecución presupuestaria del organismo, la falta de continuidad en la ejecución de los proyectos y la inestabilidad de los cargos directivos (CSJN, 2018). Asimismo, remarcó que el sistema de medición de cumplimiento resultaba insuficiente, ya que carecía de una métrica de ponderación de resultados, remitía a datos desactualizados y no podía ajustarse a la dinámica de su evolución (CSJN, 2018).

Respecto al cumplimiento del plan de saneamiento, el tribunal subrayó que sólo se reconvirtió el 36% de los establecimientos industriales declarados agentes contaminantes históricos, se reinsertaron los basurales a cielo abierto y continúa la debilidad del sistema de recolección de residuos; el plan de expansión de la red de agua potable y cloacas continúa sufriendo demoras, y el cumplimiento del plan de relocalización de villas y asentamientos precarios es extremadamente bajo, ya que sólo el 22% de los habitantes fueron relocalizados. En lo que respecta al Plan Sanitario de Emergencia, la Corte destacó que después de 10 años seguía pendiente la confección de un mapa de riesgo ambiental y se habían relevado menos del 6% de los barrios afectados (CSJN, 2018).

En este sentido, Santiago Cané destaca que no se han registrado mejoras significativas en la calidad de vida de los habitantes de la cuenca ni ha mejorado la calidad del agua y el aire en la cuenca baja (Cané, 2021, p. 11). La regulación de efluentes líquidos presenta serias falencias que llevan a que no se haya logrado acreditar reducciones en el vertido, dis-

posición y emisión de cargas contaminantes (Cané, 2021, p. 20). Tampoco existe una política eficiente para controlar los vertidos de efluentes de las industrias, ni la conformación de basurales a cielo abierto (Cané, 2021, p. 15). Los resultados en materia de expansión de cobertura de agua potable y saneamiento son limitados (Merlinsky, 2013, p. 31) y el derecho a la salud de los habitantes de la cuenca —que había motivado la demanda en un primer momento— sigue siendo vulnerado (Bazán, Rossi, & Sigal, 2021, p. 38)

## II. Los problemas que evidenció el caso *Mendoza*

### 1. Derechos colectivos, legitimación activa y el problema de la representación

#### *a. Derechos colectivos y legitimación activa*

Al definir el derecho al ambiente sano como un derecho "colectivo", los vecinos que habían iniciado la causa dejaron de ser considerados titulares de un derecho cuya lesión debía ser reparada por el tribunal.<sup>58</sup> Por el contrario, a decir de la Corte Suprema, sólo eran "legitimados extraordinarios para la defensa de un bien colectivo". Las lesiones y padecimientos sufridos como consecuencia del daño ambiental no formaron parte del proceso, sino que fueron desplazados a los tribunales de primera instancia. En estos nuevos procesos, los actores recibirían una indemnización si lograban acreditar un daño a su salud o a su propiedad y podían probar la relación de causalidad entre la contaminación y el daño. En la práctica, esto implicó correr a los vecinos del centro de la escena y dejar

---

<sup>58</sup> La indemnización como remedio a la violación de derechos que no necesariamente tienen contenido económico es frecuente en el caso de los derechos "personalísimos". Así, por ejemplo, la violación del derecho al nombre o a la imagen generalmente genera la obligación de compensar económicamente a quien padeció la violación aunque estos derechos no tengan normalmente un contenido patrimonial y la indemnización no pueda destinarse a reparar el daño. En otro lugar, he criticado esta decisión de la Corte Suprema y he argumentado a favor de considerar al derecho al ambiente sano un derecho individual (Saulino, 2016).

de lado la narrativa particular del daño sufrido por los demandantes, para concentrarse en el daño al "bien colectivo" (Puga, 2012, p. 77).

En su resolución del 20 de marzo de 2007, la Corte declaró integrado el "frente activo" con los demandantes y los terceros que se habían presentado hasta la fecha y dejó en claro que no haría lugar a ningún nuevo pedido de incorporarse como terceros (CSJN, 2007b). En efecto, invocando las facultades ordenatorias que le concede la LGA, y "a fin de esterilizar la introducción de nuevas presentaciones que dilatarían el trámite de [la] causa", el tribunal consideró que en la *litis* se encontraban suficientemente representados los afectados e interesados, por lo que anunció que rechazaría toda petición para incorporarse como tercero en el expediente. De esta forma, se cerró la posibilidad del resto de los vecinos de la cuenca de participar de la causa y de cuestionar las decisiones del tribunal que los afectaban directamente.

El desplazamiento de los actores y la limitación a la presentación de nuevos terceros tuvo consecuencias en la sentencia que aprobó el plan de saneamiento y en su posterior ejecución. El plan no dio prioridad a la realización de estudios epidemiológicos, ni a las acciones sanitarias requeridas en la demanda original, sino que estas peticiones quedaron rezagadas frente a otras acciones, como la limpieza de márgenes o la construcción de muros perimetrales (CSJN, 2007b). En este sentido, algunas organizaciones de la sociedad civil criticaron las prioridades de la autoridad de cuenca:

[n]osotros siempre hemos criticado que se empiece por el final del plan de saneamiento. Con el remanente del crédito del BID ahora se está haciendo una parte de tres obras de saneamiento cloacal en La Matanza, que es importante, pero deberían empezar con la contención de la gente que vive en los márgenes del Riachuelo, que es más importante aún (Tapia, 2009).

Asimismo, como mencioné anteriormente, el tribunal estableció que el control del cumplimiento del plan de saneamiento debía ser organizado



mediante la identificación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado y designó en ese papel al Defensor del Pueblo de la Nación (Mendoza, 2008, considerando 19). Le encomendó conformar un "cuerpo colegiado con los representantes de las organizaciones no gubernamentales que interv[enían] la causa y coordinar su funcionamiento". Entre las misiones del cuerpo colegiado estaría canalizar la participación ciudadana, recibir información actualizada y formular planteos concretos ante la autoridad de cuenca. Sin embargo, el propio Defensor del Pueblo señaló en más de una oportunidad que su papel como coordinador del cuerpo colegiado no implicaba la representación promiscua de los afectados en el curso de la ejecución de la sentencia, ni el patrocinio letrado de las personas que alegan afectaciones a sus derechos.<sup>59</sup>

Dada la extensión territorial de la cuenca, la magnitud de la problemática, y la cantidad de población afectada, la decisión de canalizar la participación social sólo a través del cuerpo colegiado no permitió atender adecuadamente las demandas de todos los habitantes de la cuenca (Bazán et al., 2021, p. 43). En este sentido, la relatoría del encuentro organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires y el Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad de Lanús (*Informe de Relatoría*) destacó que el hecho de que todas las instituciones que conforman el cuerpo colegiado se ubiquen en la Ciudad de Buenos Aires generó un déficit de representatividad ostensible (Bazán et al., 2021, p. 43). Al mismo tiempo, la falta de capacidades técnicas y de recursos de las ONG para llevar adelante el monitoreo de la implementación de la causa, las mediciones de impacto, el análisis de protocolos y la evaluación de políticas públicas que presentan complejidades técnicas también conspiró contra la función encomendada (Bazán et al., 2021, p. 43).

---

<sup>59</sup> Defensor del Pueblo de la Nación, escrito presentado el 8 de abril de 2014 en la causa Mendoza, disponible en [www.dpn.gov.ar](http://www.dpn.gov.ar). Postura que el Defensor mantiene en posteriores presentaciones sobre la participación de los vecinos.

A esto se sumó que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación permanece vacante hace más de diez años, por lo que el organismo solo pudo continuar actuando en el expediente a través de los defensores adjuntos hasta que el mandato del último de ellos venció en diciembre de 2013 (Verbic, 2019b). En su pronunciamiento del 1 de noviembre de 2016, la Corte Suprema señaló que hasta tanto se designe Defensor del Pueblo, el cuerpo colegiado quedará integrado por las cinco ONG que fueron aceptadas como terceros y deberá deliberar y adoptar sus decisiones por mayoría absoluta. De esta forma, el organismo perdió la coordinación que originalmente llevaba adelante el Defensor del Pueblo (CSJN, 2016b).

### *b. Crítica al modelo de representación adoptado*

La ejecución de la sentencia mostró consistentemente las dificultades del modelo de representación adoptado por la Corte. Si bien los 5 millones de habitantes de la cuenca podían estar de acuerdo en que había que limpiar el Riachuelo, existían serios desacuerdos en cómo llevar a cabo la limpieza o cuáles debían ser las prioridades. A diferencia de la jurisprudencia que la Corte Suprema ha establecido para las acciones de clase, en este caso no se aseguró la idoneidad del representante, ni se supervisó que esa idoneidad se mantenga a lo largo del proceso. Al mismo tiempo, la concepción del derecho al ambiente sano como "derecho colectivo" contribuyó a que se deje de lado la jurisprudencia de la Corte que sostiene la existencia de un derecho constitucional a intervenir en el proceso como parte o contraparte.<sup>60</sup>

Además de los actores originales, las decisiones sobre la recomposición del Riachuelo tuvieron un impacto importante en la vida del resto de los habitantes de la cuenca. Su carácter de "no parte", sin embargo, les im-

---

<sup>60</sup> En este sentido, véase Verbic (2021, p. 55). En *Halabi* la Corte estableció requisitos para la admisión formal de la acción colectiva como forma de resguardar el derecho de defensa en juicio "de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar." (CSJN, 2009a, Considerando 20)

pidió cuestionar las decisiones sobre la ejecución de la sentencia, que muchas veces los afectaban directamente. Así, por ejemplo, las relocalizaciones de los vecinos que vivían en las orillas del río fueron ordenada sin que fueran consultados sobre el lugar al que se planeaba trasladarlos o sobre las condiciones de las viviendas que les serían asignadas.<sup>61</sup>

Esta situación se agravó por la imposibilidad de excluirse de la sentencia, que les impidió llevar sus reclamos a otros tribunales. En *Pajares de Olivera, María c. GCBA*, un grupo de habitantes de un asentamiento precario de la Ciudad de Buenos Aires demandaron al Gobierno de la Ciudad y al Instituto de Vivienda frente a los tribunales locales. Solicitaron que se fijara un procedimiento que garantizara el proceso de relocalización de las viviendas en la zona ribereña de la cuenca, y el acceso a una vivienda digna y adecuada, y que se dictara una medida cautelar que evite los desalojos hasta tanto se resuelva el fondo del asunto (CSJN, 2010b). La Corte Suprema —por remisión al dictamen de la procuradora— recordó que el Juzgado Federal de Quilmes era competente para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución de la causa *Mendoza* y para la revisión de las decisiones de la autoridad de cuenca, por lo que le otorgó competencia y excluyó al tribunal local en el que se había presentado originalmente la demanda.

El juez de Quilmes denegó muchos pedidos de intervención de los afectados, argumentando que no eran "actores" en la causa. Los reclamos de los vecinos por participar en las decisiones que los afectaban incluyeron manifestaciones afuera de la sala en la que los jueces de la Corte llevaban a cabo una audiencia pública de seguimiento del fallo. Finalmente, después de varios años, algunos vecinos lograron articular sus reclamos con el apoyo de la Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires (Puga, 2012, p. 91) y en la sentencia del 19 de diciembre de 2012 la Corte estableció

---

<sup>61</sup> Muchos de los vecinos de Villa Inflamable no estaban de acuerdo con el lugar en el que la autoridad de cuenca había decidido relocalizarlos y propusieron otros 16 lugares que fueron rechazados sin darles ninguna respuesta (Pilo & Garone, 2015).

que "en todos los casos deberá asegurarse la debida participación de quienes invoquen, conforme a derecho, la calidad de afectados" y destacó que el juez a cargo de la ejecución "deberá supervisar[] el traslado de los vecinos de Villa Inflamable, resguardando su derecho a participar en las decisiones que las autoridades encargadas adopten en el curso del proceso de reubicación" (CSJN, 2012).

Territoriale y Royo señalan que si bien a partir de esta decisión de la Corte los afectados han tenido relativamente más peso en el proceso de ejecución, su situación procesal sigue siendo informal y precaria (Royo & Territoriale, 2021, p. 64). Un informe del Defensor del Pueblo destaca que

persisten las dificultades para abordar conflictos de múltiples escalas, que involucran a sujetos que exceden a quienes ostentaron la calidad de parte o terceros interesados en el juicio originario. Si bien se consolidó un criterio amplio para la recepción de manifestaciones [...] también es cierto que no se estableció un proceso ágil que garantice el tratamiento y resolución de las peticiones presentadas por los interesados. Ante esta ausencia, la utilización de un criterio selectivo, no explicitado, en el análisis de las presentaciones, limita los pronunciamientos judiciales. Ello en un contexto procesal particular, donde –además– están acotadas las posibilidades para recurrir y propiciar su revisión (Defensor del Pueblo de la Nación, 2015, pp. 17-18).

Asimismo, Cané resalta que las violaciones a los derechos humanos de los afectados tramitan en forma incidental y con escasa conexión con el expediente principal: aún hoy resulta muy difícil para los habitantes de la cuenca presentarse en la causa, y esto ha provocado que en la discusión del expediente principal no estén presentes sus reclamos (Cané, 2021, p. 16). La consecuencia sigue siendo la misma que al comienzo del proceso: existe un desfasaje entre las racionalidades y aspiraciones de la autoridad de cuenca y las de los vecinos (Cané, 2021, p. 16).

## 2. Los problemas de legitimación pasiva

En lo que respecta a la legitimación pasiva, como señalé anteriormente, la falta de inclusión en la causa de los municipios de la cuenca ha generado importantes complicaciones en la ejecución de la sentencia. En efecto, el *Informe de Relatoría* señaló que esta deficiencia en el polo pasivo generó enormes dificultades en el proceso de urbanización de las villas y asentamientos precarios (Bazán et al., 2021, p. 40). Los municipios son los encargados de la ejecución del plan de urbanización, pero al no ser parte en el expediente no es posible cuestionar sus decisiones ante los juzgados de ejecución de la sentencia (Bazán et al., 2021, p. 40). Al mismo tiempo, si se intenta una respuesta judicial autónoma, esta puede ser rechazada por su vinculación con la causa *Mendoza* (Bazán et al., 2021, p. 40).

Por otra parte, a casi 15 años de aceptada la competencia de la Corte Suprema, el polo pasivo de la relación procesal sigue sin terminar de conformarse. Los actores habían demandado sólo a 44 empresas, de las miles que se encuentran ubicadas en los márgenes del Riachuelo. Sin embargo, como mencioné anteriormente, la sentencia de 2008 sólo condenó al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad de Buenos Aires a llevar adelante el plan de saneamiento establecido. Recién el 19 de febrero de 2015 el tribunal desestimó las excepciones de defecto legal interpuestas por las empresas al contestar la demanda y el 29 de diciembre de 2016 ordenó sustanciar las defensas y planteos introducidos por los demandados y dio traslado de los pedidos de citación de terceros (CSJN, Mendoza, 2016). Para ese entonces, ya habían transcurrido más de ocho años desde la sentencia que ordenaba a los estados recomponer el ambiente dañado y más de 10 desde que la Corte había aceptado la causa en su competencia originaria.

En la resolución el 7 de junio de 2018 el tribunal admitió que "la citación de terceros es una cuestión de compleja decisión en el caso". Verbic señala que esta intervención es ineludible, ya que el daño ambiental

genera responsabilidad solidaria y para poder lograr la contribución del resto de las empresas de la cuenca, las 44 que fueron demandadas necesitan que el resto intervengan en el proceso (Verbic, 2021, p. 54)).<sup>62</sup> El tiempo transcurrido, sin embargo, hace que la situación de las industrias radicadas en la cuenca (incluidas las 44 demandadas) se haya modificado por fusión, compra o erradicación (CSJN, 2018). Asimismo, hubo sucesivos cambios en la nómina de las industrias calificadas como agentes contaminantes por la autoridad de cuenca (CSJN, 2018). Para sortear estos problemas, la Corte ordenó a la autoridad de cuenca que informe la nómina de empresas que integran la lista de agentes contaminantes y el listado de empresas sujetas a control diferenciado o de mayor relevancia ambiental. Con base en esa información, la Corte decidirá la conformación del polo pasivo.

Verbic destaca que el principal problema de aceptar los pedidos de citación de terceros no es sólo la incertidumbre sobre las empresas radicadas en la cuenca, sino que dicha situación podría implicar sumar a la causa a miles de industrias que operan en el territorio. En este sentido, destaca que "este es un problema que la Corte no puede resolver, ya que, lógicamente, si ordenan esas citaciones, el proceso se torna imposible de gestionar" (Verbic, 2021, p. 54). Una posible solución sería la generación de una clase o varias subclases pasivas (Verbic, 2018). Este vehículo procesal ha sido utilizado, si bien de forma infrecuente, en Estados Unidos (Simpson y Perra, 2000, p. 1319)<sup>63</sup> donde la Regla 23(a) establece que "uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como representante de todos" (United States Supreme Court, 2019). Lo atípico de estos casos es que la parte actora es quién elige al representante de la clase

<sup>62</sup> En efecto, el Art. 31 de la LGA establece que "[s]i en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable."

<sup>63</sup> Los autores analizan las demandas interpuestas por gobiernos municipales contra fabricantes de armas, y señalan otros ejemplos que incluyen casos de patentes, mercado de capitales, y demandas contra empleadores.

pasiva y debe demostrar que el representante elegido protege de forma justa y adecuada los intereses de la clase (Simpson y Perra, 2000, p. 1328).

## **D. Conclusiones**

Como señalé a lo largo del trabajo, el derecho argentino ha buscado canalizar la dimensión colectiva del daño ambiental a través de dos grupos de acciones: *i*) las acciones para el daño al ambiente como bien público y *ii*) las acciones por daños individuales ocasionados por el daño al ambiente. Para el primero existe el amparo colectivo, el amparo de cese y la acción por daño ambiental colectivo. Para el segundo, la Corte Suprema ha creado pretorianamente la acción de clase.

Esta diferenciación parece tener su origen en la decisión de la Corte Suprema argentina de considerar al derecho al ambiente sano como un derecho colectivo, para cuya protección se crea una legitimación extraordinaria en cabeza del afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones que propendan a la defensa del ambiente. Si bien esta legitimación amplia se justifica por los problemas de acción colectiva que genera la protección de bienes públicos —que no son diferentes a los que puede generar la protección de los consumidores y usuarios—, al no existir un "derecho individual" al ambiente sano, la Corte Suprema considera que la acción de clase y sus requisitos no son aplicables a estos casos.

Al considerar al derecho al ambiente sano un derecho colectivo, la Corte opta entonces por un modelo representativo con un grado de control mucho menor que el que establece para los intereses individuales homogéneos. De esta forma, el tribunal parece suponer que en los casos ambientales existe una única solución posible, o que todos los habitantes del ecosistema tendrán los mismos intereses. Si bien esto puede ser cierto en el caso del amparo por cese de la contaminación, o del amparo colectivo que persigue el respeto del marco normativo existente o ataca una decisión ilegal o arbitraria; no ocurre lo mismo con los procesos que

tienen por objeto la recomposición del ambiente dañado. Estos últimos involucran múltiples variables, que en muchos casos resultarían en visiones diferentes y hasta contrapuestas sobre cómo debe llevarse adelante la recomposición o cuáles deben ser sus prioridades.

Este panorama se agrava por la decisión del legislador de premiar al primer actor con la exclusividad en el ejercicio de la acción de recomposición, sin corroborar su idoneidad o representatividad. El marco normativo tampoco requiere la adecuada notificación a todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, ni les otorga la posibilidad de optar por quedar fuera del pleito o comparecer en él como parte o contraparte. Este modelo representativo incrementa el riesgo de que el ejercicio de la acción esté desvinculado por completo de los intereses del grupo afectado, ya que no es posible hablar siquiera de un intento del agente por representar los intereses del grupo, ni de algún mecanismo de control del grupo sobre la conducta del agente.

El análisis del caso *Mendoza* muestra con claridad las limitaciones de este modelo y de las normas procesales existentes para enmarcar las acciones colectivas ambientales. Si bien los 5 millones de habitantes de la cuenca podrían estar de acuerdo en que había que limpiar el Riachuelo, existen serios desacuerdos sobre cómo llevar a cabo la limpieza o cuáles debían ser las prioridades. Además de los actores originales, las decisiones adoptadas por los tribunales tuvieron un impacto importante en la vida del resto de los habitantes de la cuenca. Sin embargo, su carácter de "no parte" les impidió cuestionar las decisiones sobre la ejecución de la sentencia, que muchas veces los afectaban directamente. Al mismo tiempo, al no poder optar por excluirse de la causa, quedaron alcanzados por la sentencia y no pudieron llevar su reclamo a otros tribunales.

A lo anterior se sumaron los problemas de legitimación pasiva. La falta de inclusión de los municipios entre los legitimados pasivos generó dificultades para cuestionar las decisiones sobre la relocalización de los vecinos que estaban a su cargo. Por otra parte, las deficiencias en la legislación



procesal llevaron a que a 15 años de aceptada la competencia de la Corte Suprema, el polo pasivo de la relación procesal siga sin conformarse por las dificultades para incluir a las miles de empresas que potencialmente contribuyeron a la situación de deterioro de la cuenca.

En este contexto, es importante que el Congreso establezca una regulación detallada de los procesos colectivos. En el caso específico de las acciones destinadas a la protección del ambiente, una futura reforma debería establecer reglas que aseguren el control de idoneidad de quien inicia la acción. Asimismo, resulta claro que es necesario establecer algún mecanismo de control que evite que los miembros del grupo se vean perjudicados por las decisiones adoptadas en un proceso judicial del cual no participaron. En este sentido, la regla 23(a) de Estados Unidos requiere que quien promueva la demanda pueda proteger de forma justa y adecuada los intereses del grupo que busca representar. Este requisito fue requerido pretorianamente para las acciones de clase en *Halabi* y debería utilizarse también para los procesos colectivos ambientales.

Finalmente, dada la complejidad de los casos ambientales, que pueden involucrar una multiplicidad de actores, pero también una multiplicidad de demandados, es necesario que la futura legislación contemple mecanismos adecuados para la conformación del polo pasivo de la relación procesal, que podrían seguir el modelo de las clases pasivas utilizado en Estados Unidos.

## **Fuentes**

Abelkop, A. D. K. (2013). Tort Law as an Environmental Policy Instrument. *Oregon Law Review*, 92, 381-469.

Abraham, K. S. (2001). The Relation Between Civil Liability and Environmental Regulation: An Analytical Overview. *Washburn Law Journal*, 41, 379-398.

Agencia de Protección Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires. (2008). *Plan estratégico 2008-2012*.

Bazán, L., Rossi, J., & Sigal, M. (2021). Reflexiones a 10 años de la sentencia del caso "Mendoza/Riachuelo". Relatoría de encuentros coorganizados por el CDH-UBA y IJDH-UNLA. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 11(24), 33-49.

Biello, D. (2013). The World's 10 Most Polluted Places. *Scientific American*. Retrieved from «<http://www.scientificamerican.com/slideshow/10-most-polluted-places-in-the-world/>».

Cámpora, M., & Prada, M. (2013). El amparo ambiental. In J. R. (h), J. S. Elias, L. S. Grosman, & S. Legarre (Eds.), *Tratado de los Derechos Constitucionales* (Vol. III). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (CACC, 1996), "Municipalidad de Tandil c. T.A. la Estrella", disponible en [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar) (22 de octubre)

Cané, S. (2021). Un problema integral que demanda soluciones integrales. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 11(24), 11-19.

Congreso de la Nación Argentina, Ley 25.675 del 28 de noviembre de 2002, B.O. 30036.

Constitución de la Nación Argentina, disponible en: [www.infoleg.mecon.gob.ar](http://www.infoleg.mecon.gob.ar).

CSJN (1997), Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Provincia de Buenos Aires, Fallos: 320:690, (22 de abril).

CSJN (2002), Comunidad del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi c. Secretaría de Medio Ambiente, Fallos 325:1744 (11 de julio).

CSJN (2006a), Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. YPF, Fallos: 329:3493.

CSJN (2006b), Mendoza, Beatriz y Otros c/ Estado Nacional y Otros, Fallos: 329:2316 (20 de junio).

CSJN (2006c), Mendoza, Fallos: 329:3445 (24 de agosto).

CSJN (2006d), Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional, Fallos: 329:3528, (30 de agosto).

CSJN (2006e), Mujeres por la Vida c. Estado Nacional, Fallos: 329:4593. (31 de octubre).

(2006f), Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones, Fallos: 329: 4542, (31 de octubre).

CSJN (2007a), Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional, Fallos:330:2800, (26 de junio)

CSJN (2007b), Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional, Fallos: 330:1158, (20 de marzo)

CSJN (2007c), Pipet Luis A. y Otros c. Shell CAPSA y Otros. Expediente FLP 402/2007.

CSJN (2008), Mendoza ( 8 de julio).

CSJN (2009a) Halabi, Ernesto c/ P.E.N, Fallos: 322:111 (24 de febrero).

CSJN (2009b), La Pampa c. Provincia de Mendoza, Fallos: 332:582 (17 de marzo).

CSJN (2010a), Estado Nacional c. Provincia de Corrientes, Exp. E.172. XLVI, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) , (12 de noviembre).

CSJN (2010b) Pajares de Olivera, María y otros c. GCBA, Expediente: Comp. 546. XLVI.

CSJN (2012), Mendoza, (19 de diciembre).

CSJN (2012b), Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía, Fallos: 338:40 (10 de febrero)

CSJN (2013a), Fundación Ambiente y Desarrollo c. Tucumán, Exp. F225.XLVIII., disponible en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), (17 de septiembre).

CSJN (2013b), Universidad Nacional de Salta c. Salta, Provincia de, Exp. U.11.XLIV, disponible en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) (6 de agosto).

CSJN (2013c), PADEC c. Swiss Medical S. A., Fallos: 336:1236 (21 de agosto).

CSJN (2014), Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/Santa Cruz", Exp. A.931.XLVIII, disponible en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), (6 de marzo).

CSJN (2014b), "Kersich c. Aguas Bonaerenses", Fallos:337:1361, (2 de diciembre).

CSJN (2016a), Martinez c. Agua Rica", Fallos: 339: 201, (2 de marzo).

CSJN (2016b), Mendoza, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) (1 de noviembre).

CSJN (2016c), Mendoza, disponible en: «[https://www.cij.gov.ar/adj/expedientes\\_riachuelo/24.pdf](https://www.cij.gov.ar/adj/expedientes_riachuelo/24.pdf),». (29 de diciembre).

CSJN (2018), Mendoza, (7 de junio).

CSJN (2021), Saavedra c. Administración de Parques Nacionales, Fallos 344:174, (25 de febrero).

Defensor del Pueblo de la Nación. (2015). *Informe especial del Cuerpo Colegiado, coordinado por la Defensoría del Pueblo de la Nación a siete años del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que persigue mejorar la calidad de vida de la población, recomponer el ambiente y prevenir nuevos daños en la cuenca Matanza Riachuelo*. Retrieved from [www.dpn.gob.ar](http://www.dpn.gob.ar).

Di Paola, M. E. (2010). Daño Ambiental. In D. Sabsay (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina* (Vol. 2). Buenos Aires: Hammurabi.

Faure, M. G. (2014). The complementary roles of liability, regulation, and insurance in safety management: theory and practice. *Journal of Risk Research*, 17(6), 689-707.

Fundacion Ambiente y Recursos Naturales, Fundación Ciudad, Foro de Periodismo Argentino, Unión Europea, & Garagelab. (2015). Qué pasa, Riachuelo? Retrieved from «<http://quepasariachuelo.org.ar/>».

Galenkamp, M. (1993). *Individualism versus Collectivism. The Concept of Collective Rights*. Rotterdam: Erasmus Universiteit, Faculteit der Wijsbegeerte.

Gelli, M. A. (2011). *Constitución Comentada*. Buenos Aires: La Ley.

Halabi, Ernesto c/ P.E.N (CSJN 2009).

Hardin, R. (1982). *Collective Action*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Justicia Federal de la Plata (2007), "Pipet Luis A. y Otros c. Shell CAPSA y Otros", Expediente FLP 402/2007.

Kysar, D. A. (2018). The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism. *European Journal of Risk Regulation*, 9, 48-65.

Lebensohn, F. D. (2014). *Un Análisis del Ejercicio de Funciones Regulatorias por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina a través del Estudio del Caso Matanza Riachuelo*.

López Alfonsín, M. A. (2019). *Derecho Ambiental* (segunda edición ed.). Buenos Aires: Astrea.

Lorenzetti, R. (2003). La nueva Ley ambiental argentina. *La Ley*, 2003-C.

Lorenzetti, R. L. (2010). *Justicia Colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Martín Mateo, R. (1991). *Tratado de Derecho Ambiental* (Vol. I). Madrid: Trivium.

Merlinsky, G. (2013). *Política, derechos y justicia ambiental*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Mujeres por la Vida c. Estado Nacional (CSJN 2006).

Musgrave. (1959). *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*. New York: McGraw Hill

Musgrave, R. A. (1959). *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*. Tokyo: McGraw Hill Kogakusha.

Nápoli, A. (2009). Una política de estado para el riachuelo. In F. A. y R. Naturales (Ed.), *Informe Ambiental Anual*. Buenos Aires: FARN.

- Pilo, S., y Garone, N. (2015) *Entrevista sobre la causa "Mendoza"/Interviewer: F. Saulino*.
- Pizarro, R., & Vallespino, C. (2017). *Tratado de la Responsabilidad Civil* (Vol. 1). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Royo, L., & Territoriale, A. (2021). A 12 años de la sentencia en la causa "Mendoza". El tránsito de la contaminación de la cuenca a la desigualdad en el territorio. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 11(24), 57-75.
- Sabsay, D., & Manili, P. (2010). Amparo Colectivo. In D. Sabsay (Ed.), *Constitución de la Nación Argentina* (Vol. 2). Buenos Aires: Hammurabi.
- Salgado, J. M. (2011). *Tutela Individual Homogénea: Astrea*.
- Samuelson, P. A. (1954). The pure Theory of Public Expenditure. *The Review of Economics and Statistics*, 36(4).
- Saulino, M. F. (2015). Carlos Nino y la Titularidad del Derecho a un Ambiente Sano. *Análisis Filosófico*, XXXVI(1), 257-273.
- Saulino, M. F. (2016). *El derecho al ambiente sano como derecho a la provisión de un bien público: Problemas de titularidad y rol de los poderes del Estado en su efectiva garantía*. (Doctora en Derecho Constitucional). Universidad de Buenos Aires,
- Sax, J. L. (1990-1991). The Search for Environmental Rights. *Journal of Land Use & Environmental Law*, 6.
- Sunstein, C. R. (1990). *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ucín, M. C. (2011). ¿Por qué el Ministerio Público?, Un análisis del rol que le cabe en la defensa del interés público. *RD*, 2.

Federal Rules of Civil Procedure, 23 C.F.R. (2019).

Valls, M. F. (2012). *Presupuestos Mínimos Ambientales*. Buenos Aires: Astrea.

Verbic, F. (2013). La decisión de la CSJN en 'Padec c. Swiss Medical'. Ratificación de 'Halabi' y confirmación de las bases para un modelo de tutela colectiva de derechos en Argentina. *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 2013-B.

Verbic, F. (2018). La causa "Mendoza" y algunos de los serios problemas evidenciados en la sentencia del 7 de junio de 2018.

Verbic, F. (2019a). Implicancias, Evolución y Perspectivas de los Procesos Colectivos: El Art. 43 de la Constitución Nacional y su Interpretación Jurisprudencial y Normativa. In R. Gargarella & S. Guidi (Eds.), *Comentarios a la Constitución Nacional* (Vol. 1). Buenos Aires: La Ley.

Verbic, F. (2019b). Procesos Estructurales en Argentina: Una Lectura Crítica de los Principales Precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. In Luís Alberto Reichelt & M. F. Jobim (Eds.), *Coletivização e unidade do direito*. Porto Alegre: Thoth Editora.

Verbic, F. (2021). Cuestiones Procesales y problemas del remedio estructural del caso "Mendoza". *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 11(24), 49-57.



## **Autores**

---



### **Carlos de la Rosa Xochitiotzi**

*Coordinador de la obra*

Es abogado por la UNAM, maestro por la universidad de Yale y candidato a doctor por la misma universidad. Es profesor de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Se desempeñó como investigador jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales y, actualmente, es Titular de la Unidad de Programas Académicos de la Escuela Federal de Formación Judicial del Consejo de la Judicatura Federal. Publicó *Derecho de daños*, de la Colección Cuadernos de Jurisprudencia, editado por la SCJN.

### **María Guadalupe Martínez Alles**

Doctora en Derecho por la Universidad de Yale y profesora de Derecho en IE University de Madrid. Sus áreas de especialización son el derecho privado, la teoría del derecho de daños y el derecho privado comparado. Ha sido profesora de Derecho en la Universidad de San Andrés en

Argentina y ha ocupado puestos académicos visitantes en la Escuela de Derecho de Yale, el Instituto Max Planck de Derecho Privado Comparado e Internacional, la Westfälische Wilhelms-Universität Münster y la Universidad de Oxford.

### **Edgardo Muñoz**

Tiene una maestría en Derecho de la Universidad de Liverpool, una segunda maestría en Derecho de la Universidad de California Berkeley, y un doctorado en Derecho, *summa cum laude*, de la Universidad de Basel, en Suiza. Actualmente se desempeña como profesor de Derecho de la Universidad Panamericana en Guadalajara, México. Ha sido profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad Columbia, la Facultad de Derecho de la Universidad McGill y la Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel 1.

### **Alberto Pino Emhart**

Profesor Asociado de Derecho Civil en la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile. Doctor en Derecho (D.Phil.) por la Universidad de Oxford, Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Duke, Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile.

### **Carlos Pizarro Wilson**

Doctor y maestro en derecho por la Universidad Paris II Panthéon-Assas y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como profesor de derecho civil en la Universidad Diego Portales y en la Universidad de Chile. Ha fungido como abogado integrante de la Corte Suprema por el periodo 2015-2018 y como director de Posgrado y Educación Continua en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

## **María Florencia Saulino**

Abogada y doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Realizó una maestría en Derecho con orientación en Derecho Ambiental en New York University School of Law, donde también obtuvo una beca de investigación posdoctoral en el Center for Environmental and Land Use Law. En la actualidad se desempeña como profesora de Derecho y directora del Centro de Estudios en Derecho Público de la Universidad de San Andrés, y como Global Clinical Professor of Law en New York University. Fue consultora de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, y del Banco Mundial.

## **Sandy Steel**

Cuenta con un doctorado en derecho por Corpus Christi College, Cambridge. Actualmente se desempeña como profesor asociado de derecho en la Facultad de Derecho de Oxford donde también es *Sir Man Kam Lo Fellow de Lee Shau Kee* en Derecho en Wadham College. Ha sido profesor visitante en la Universidad de Hong Kong, la Universidad Nacional de Singapur y la Universidad de Münster. Recibió el Premio Wedderburn del *Modern Law Review* por su artículo “Justifying exception to proof of causation in tort law”, el cual aparece traducido en esta obra. Su trabajo ha sido citado por la Suprema Corte de Reino Unido, la Suprema Corte de Canadá y la Suprema Corte de Australia.

## **Rodolfo Vázquez Cabello**

Licenciado en Derecho con mención honorífica por la Universidad Panamericana y candidato a maestro en Derecho de la Empresa por la misma universidad. Fue investigador asistente en el programa de fomento a la investigación de la misma casa de estudios. Actualmente es asociado en la firma Ramos-Castillo Abogados, su práctica se centra en las áreas de derecho administrativo, litigio constitucional y amparo y asesoría

corporativa. Es miembro activo de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y coautor del libro *El Renacimiento del derecho de daños en México, un análisis comparativo*.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Octubre de 2021.

Durante la última década, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha modificado de forma profunda los contenidos y alcances del derecho de daños en México. Derivado de estas decisiones, ha habido una redefinición de la reparación del daño y un renovado interés por el tema. El libro que tiene ante sí tiene el propósito de responder a nuevos interrogantes a partir de textos de un grupo diverso de autores, nacionales y extranjeros, reunidos por el Centro de Estudios Constitucionales, que invitan a entablar una conversación profunda sobre diversos aspectos del derecho de daños.

Las autoras y autores de esta obra abordan, desde una perspectiva de derecho comparado, el resurgimiento del derecho de daños en el país por la vía judicial; los desafíos de la cuantificación de la indemnización; las implicaciones de la constitucionalización del derecho de daños; la idoneidad de la incorporación de la figura de daños punitivos en sistemas de tradición civilista; la función expresiva de la reparación del daño; las posibles excepciones al nexo causal en el derecho de daños y la vinculación de la reparación del daño con las acciones colectivas en materia ambiental.

Un entendimiento agudo sobre los alcances del derecho de daños entre la comunidad jurídica mexicana tiene el potencial de contribuir a garantizar una efectiva reparación del daño en la práctica y, en última instancia, un mayor acceso a la justicia para todas y todos. Por ello, desde el Centro de Estudios Constitucionales consideramos que el estudio del derecho de daños hoy es más necesario que nunca.

