

Los daños punitivos en el Derecho comparado. Un largo camino recorrido y por recorrer. Juicios a las tabacaleras por daños a la salud.¹

Autores: FAMES, Agustín Javier, Abogado por la Universidad Católica de Córdoba, Escribanía en curso, (UCC), integrante Comisión de Jóvenes Abogados en Colegio de Abogados de Córdoba; BATTISTELLO, Luciana, Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, escribanía en curso (UNC); CONTRERAS, Cynthia Belén, Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, Escribana por la Universidad Siglo XXI, Mediadora (UNC), maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Adscripta de la Cátedra de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Coordinadora del Seminario de Investigación y Lectura: Justicia Correctiva y Responsabilidad Extracontractual, Programa de Ética y Teoría Política, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, (UNC); GAFFOGLIO, Gisella Gimena, Universidad Nacional de Córdoba, ayudante en la cátedra de Derecho Penal II (UNC); KYSHAKEVYCH, Gretel, Abogada por la Universidad de la Cuenca del Plata (UCP); OTAOLA, María Agustina, Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), maestranda en Derecho y Argumentación jurídica (UNC), becaria de postgrado en CONICET, Asistente en investigación SECyT, Diplomada en Responsabilidad Civil y Seguros, adscripta de derecho privado VII en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Directora del Seminario de Investigación y Lectura: Justicia Correctiva y Responsabilidad Extracontractual, Programa de Ética y Teoría Política, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC); VILLEGAS, Candela, Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), maestranda en Derecho y Argumentación jurídica (UNC), becaria de postgrado en CONICET, adscripta en Derecho Internacional Privado (UNC), escribanía en curso (UNC), Directora del Seminario de Investigación y Lectura: Justicia Correctiva y Responsabilidad Extracontractual, Programa de Ética y Teoría Política, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC); YANZI ASPELL, María Cecilia, estudiante avanzada de derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Ayudante en la materia Derecho Procesal Civil; ZAMAR RABAJILLE, Carolina, licenciada en ciencias jurídicas y Sociales, abogada por la Universidad Gabriela Mistral de Chile, profesora titular de derecho civil en la Universidad Nacional Andrés Bello de Santiago de Chile y profesora titular de derecho civil de la Universidad Mayor de Santiago de Chile, profesora guía de derecho civil y procesal.

¹ Este trabajo presenta las discusiones abordadas en el "Seminario sobre justicia correctiva y responsabilidad extracontractual", realizado durante el segundo semestre del año 2014 en la Universidad Nacional de Córdoba, en el marco del Programa de ética y Filosofía Jurídica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC dirigido por el Prof. Dr. Hugo O. Seleme, como así también la ponencia presentada por la Ab. Carolina Zamar Rabajille y Ab. María Agustina Otaola, el día 12 de Noviembre de 2014, en el Seminario "Temas modernos de Derecho Privado", en la Universidad Andrés Bello de Chile, Facultad de Derecho.



Resumen

Los daños punitivos son una herramienta gestada en el common-law, que consisten en un plus, una suma de dinero que excede el daño efectivamente sufrido por la víctima. Su mayor desarrollo se dio en Estados Unidos, país donde se han aplicado condenas multimillonarias en concepto de punitive damages. Es por ello que en el presente artículo abordamos la experiencia de este país, y el especial supuesto de los juicios a las empresas tabacaleras por daños a la salud. Siendo estos últimos casos, objeto de estudio en ese país y de cuantiosos reclamos por daños punitivos. Latinoamérica no ha sido ajena a la discusión respecto de la necesidad de legislar e incorporar dicho instrumento a los distintos ordenamientos jurídicos. Argentina fue el país pionero –y el único hasta el momento- en incorporarlos a su Ley de Defensa del Consumidor en el año 2008; mientras que Chile avanza en el mismo sentido. Es por ello que en el presente trabajo incorporamos la experiencia de dichos países; en el convencimiento de que la experiencia adquirida en distintos estados, es de gran utilidad para avanzar en el desarrollo de los daños punitivos.

Palabras clave

Daños punitivos- Responsabilidad- Productos elaborados- Juicios del tabaco- Derecho Comparado



Introducción

El presente trabajo incorpora las principales discusiones y jurisprudencia en materia de daños punitivos en Estados Unidos, Argentina y Chile.

La decisión de abordar la experiencia en Estados Unidos, obedece a que es éste el país donde los daños punitivos alcanzaron su mayor desarrollo, tanto doctrinario como jurisprudencial; como así también es éste el país donde comenzaron a gestarse los principales reclamos contra las empresas tabacaleras por daños a la salud, condenándose a éstas a pagar sumas exorbitantes en concepto de daños punitivos.

El tratamiento del mismo en el Derecho Argentino, obedece a ser éste el primer país en Latinoamérica en incorporar esta figura punitiva a su derecho positivo, en el año 2008 para la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

Finalmente, abordamos la experiencia en el régimen de responsabilidad extracontractual de Chile, donde recientemente su Presidenta Michelle Bachelet firmó un proyecto de ley que prevé la posibilidad para el Servicio Nacional del Consumidor, de aplicar daños punitivos a fin de brindar una mayor protección a los consumidores. Estos estados, es de gran utilidad para avanzar en el desarrollo de los daños punitivos.

La culpa lucrativa que merece una sanción ejemplar. Un caso paradigmático de la jurisprudencia de Estados Unidos.

Como manifestamos, Estados Unidos es el país donde los daños punitivos han alcanzado su mayor desarrollo, y donde se han dictado las sentencias más populares y controvertidas en esta materia.

Es por ello que decidimos tratar en primer lugar, un caso emblemático que resume con total claridad cuál es el tipo de conductas que evidencian esta necesidad de incorporar otras funciones al régimen de responsabilidad extracontractual, a la par de la estricta reparación del daño. §Se trata del caso: “Grimshaw c. Ford Motor Company”.

En el año 1968, la Compañía Ford comenzó a diseñar un nuevo automóvil que sería el “Ford Pinto”. Lee Iacocca, por entonces vicepresidente de la compañía, estuvo a cargo del proyecto. El objetivo fue claro: se debía construir un automóvil de no más de 2.000 libras que debía ser vendido a no más de US\$2.000. Ordinariamente, los estudios preliminares de ingeniería preceden el diseño de una nueva línea de automóvil. Sin embargo, Pinto fue un proyecto apresurado en el cual el diseño precedió las decisiones de ingeniería. Una de las decisiones que apuntaron al diseño fue la colocación del tanque de combustible por detrás del eje trasero del vehículo con el objetivo de ofrecer un baúl más espacioso. Por otro lado,



el paragolpes fue diseñado de un tamaño y calidad menores que el de cualquier otro automóvil americano producido hasta el momento. También carecía de defectos en su estructura trasera, demasiado frágil, lo cual convirtió al Pinto en un auto de escasa resistencia ante cualquier colisión.

Durante las pruebas de choque, se advirtió que el sistema del combustible del Pinto, tal como fue diseñado, no podía cumplir con el estándar exigible de 20 millas por hora. Los prototipos mecánicos, al ser golpeados por la parte trasera, causaban que el tanque de combustible sea impulsado hacia adelante y perforado, generando fugas de combustible. Los ingenieros del proyecto, al advertir los defectos, convocaron a una reunión con los altos mandos de la empresa. Los cambios de diseño que podrían haber mejorado la seguridad del vehículo, tendría el costo total de US\$15.3 por vehículo. Sin embargo, Ford decidió producir y vender el Pinto al público sin realizar nada respecto de los defectos advertidos.

Se indagó respecto de la probabilidad de ocurrencia de accidentes por año y las posibles lesiones y muertes resultantes de los mismos. A su vez, se indagó el valor de las indemnizaciones que se deberían abonar en concepto de daños y perjuicios. El resultado de dicho estudio fue el siguiente: era más económico abonar las respectivas indemnizaciones por lesiones graves y muertes antes que rescatar todas las unidades y repararlas.

El accidente ocurrió, en mayo de 1972, Lily Gray viajaba junto a Richard Grimshaw de 13 años de edad en un Ford Pinto, cuando su coche fue golpeado por otro que viajaba, aproximadamente, a treinta kilómetros por hora. El choque ocasionó, como era de esperarse, un incendio en el vehículo, que provocó quemaduras graves en los dos pasajeros. Lily Gray murió por problemas cardíacos generados por las quemaduras, mientras que Richard sobrevivió pero fue sometido a numerosas cirugías reconstructivas y a injertos de piel. Además, perdió porciones de dedos y parte de su oreja izquierda. Grimshaw y los herederos de la señora Gray demandaron a Ford Motor Company. Después de un juicio de seis meses, los veredictos fueron a favor de los demandantes. Grimshaw recibió 2.516.000 dólares por daños compensatorios y \$ 125 millones por daños punitivos, los Gray recibieron 559.680 dólares en compensación por daños.

Este caso refleja la indignación que causa el grave menosprecio hacia la vida y la indemnidad de las personas, y a su vez es una clara descripción de las conductas que merecen una sanción, algo más que la mera indemnización del daño causado.

Responsabilidad por productos elaborados: los medicamentos.

La inmensa mayoría de supuestos donde se plantea la necesidad de aplicar daños punitivos, es en el ámbito de las relaciones de consumo, principalmente en lo atinente a la



responsabilidad por productos elaborados potencialmente riesgosos.

Un supuesto particular que deseamos abordar es el caso de la responsabilidad por los daños derivados del uso de determinados medicamentos, ya que este tema plantea algunas aristas que lo diferencian de otros productos. En primer lugar, debemos tener en cuenta que el consumo de medicamentos generalmente responde a necesidades de salud; esto implica que muchas veces no se trata de un consumo voluntario como podría serlo la adquisición de un bien de confort o de mero placer.

Por otro lado, la producción de medicamentos implica un procedimiento altamente costoso en términos económicos, de tiempo y científicos.

Diseñar y comercializar un medicamento cuesta más de 800 millones de euros y tarda un tiempo aproximado entre 12 y 15 años, para el laboratorio farmacéutico que lo fábrica. A su vez, generalmente los medicamentos están limitados a una estructura molecular concreta, que impide diseñarlos de manera más segura, y muchos de ellos causan efectos secundarios².

Es necesario tener en cuenta también, el riesgo desarrollo que se refiere a la nocividad del producto que, al tiempo de su comercialización era considerado inocuo, pero que investigaciones posteriores demuestran su dañosidad. Se trata de un riesgo incognoscible al momento de la elaboración del producto.

Otro punto a considerar, es el régimen de responsabilidad civil al que están sujetos los laboratorios farmacéuticos por los daños que causan los medicamentos que comercializan. Así frente al régimen general de corte culpabilístico de los EE.UU, que condena al fabricante sólo cuando el medicamento cuestionado pudo haberse diseñado de forma más segura y a un coste razonable, la Unión Europea, desde la Directiva 85/374/CEE, cuenta con un régimen de responsabilidad objetiva por defecto del producto, que condena al fabricante cuando la seguridad del -diseño- medicamento es inferior a lo esperado-legítimo o razonablemente- por el consumidor.

Por su parte, en Argentina, la ley 16.463 en su art.1, estipula que quedan sometidos a la ley la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito de medicamentos.

La importancia del régimen de responsabilidad al que se encuentra sometido el fabricante de medicamentos, radica en el hecho de que imponer responsabilidades en base a un factor objetivo de atribución, puede incrementar los costos en la elaboración de los mismos al punto de desalentar la producción de un producto sumamente necesario para la sociedad. A su vez, la posibilidad de sancionar con daños punitivos en este ámbito, tornaría extremadamente costoso el proceso de desarrollo del medicamento.

² RAMOS GONZÁLEZ, S. (2004), Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones, Thomson-Civitas, Madrid, 2004. Ver también RAMOS GONZALEZ, S. Responsabilidad civil por medicamentos. El defecto del Diseño, Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com).



El sector farmacéutico es, uno de los más intensamente regulados e intervenido por agencias gubernamentales, nacionales, que controlan la seguridad del medicamento antes y después de su comercialización

El medicamento, presenta características únicas que lo diferencian de cualquier otro producto de consumo.

Muchos no pueden ser efectivos, si no son lo suficientemente fuertes como para ser potencialmente dañosos. Esta es la cara y cruz del medicamento: están diseñados para curar enfermedades y aliviar el dolor- utilidad social no compartida por ningún otro producto de consumo (GREEN 1999, P.210; en contra; CUPP 1994, p.83)-, pero es potencial e inevitablemente nocivo para la salud de quien lo consume (GREEN 1999, P.211; PASQUAU LIAÑO 1995, P.109).

El sector farmacéutico es, uno de los más intensamente regulados e intervenido por agencias gubernamentales, nacionales, que controlan la seguridad del medicamento antes y después de su comercialización.

En la Argentina, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), controla, fiscaliza y vigila la sanidad y calidad de los productos y vela por el cumplimiento de las disposiciones legales en la materia.

A las particularidades de los medicamentos frente a los productos de consumo hay que sumar las de sus defectos, los cuales pueden agruparse del siguiente modo:

- I. DEFECTO DE FABRICACIÓN:** No afecta necesariamente a todos los productos de la misma serie. resulta de comparar la seguridad real ofrecida por el medicamento, con la seguridad esperada que proporcionan los restantes productos de la misma serie.
- II. DEFECTO DE INFORMACIÓN:** Resulta de comparar la información suministrada por el fabricante sobre los riesgos del medicamento, y la información adecuada y razonable que proporciona el estado de conocimiento de la ciencia.
- III. DEFECTO DE DISEÑO:** Afecta a todos los productos de la misma serie y la deficiencia tiene que ver con la manera en que se ideó el producto, con la elección de una composición química particular. Por lo tanto, la consideración judicial o extrajudicial de un diseño defectuoso, implica su retirada.

La valoración sobre la existencia de un defecto de diseño, implica un juicio sobre la razonabilidad de la conducta del fabricante, y además sobre la actuación de la agencia reguladora (en Argentina la ANMAT).

El caso de la Talidomida: origen y efecto Social.

La talidomida, que fue desarrollada por la compañía farmacéutica alemana Grünenthal, es un fármaco que fue comercializado entre los años 1958 y 1963 como sedante y como calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo (hiperémesis gravídica).



Como sedante tuvo un gran éxito popular ya que, en un principio, se creyó que no causaba casi ningún efecto secundario y, en caso de ingestión masiva, no resultaba letal. Sin embargo, este medicamento provocó la denominada "catástrofe de la talidomida", se produjeron miles de nacimientos de bebés afectados de focomelia (anomalía congénita que se caracterizaba por la carencia o excesiva cortedad de las extremidades),

La talidomida afectaba a los fetos de dos maneras: bien que la madre tomara el medicamento directamente como sedante o calmante de náuseas, o bien que fuera el padre quien lo tomase, ya que la talidomida afectaba al esperma transmitiendo los efectos nocivos desde el momento de la concepción.

Muchos neonatos murieron a los pocos días de nacer. Otros sobrevivieron y ahora que traspasan el medio siglo de vida arrastran secuelas, que van más allá de estas malformaciones evidentes, daños continuos y dificultades para integrarse en la sociedad a causa de su minusvalía.

Una vez comprobados los efectos nocivos del medicamento (que provocaban malformaciones congénitas), éste fue retirado en los países donde había sido comercializado bajo diferentes nombres. España fue de los últimos, pues lo retiró en 1963.

Además, la alarma social que provocaron los severos efectos secundarios hizo que los responsables de Sanidad de muchos países empezaran a hacer un control estricto de los medicamentos antes de su comercialización. En efecto, después de la catástrofe, muchos países paulatinamente empezaron a promulgar leyes de control de los medicamentos y también la exigencia que éstos sean sometidos a ensayos farmacológicos y probados en animales, además de ensayos clínicos en personas antes de su comercialización.

La Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE), planteó una demanda a fines de obtener una indemnización por el padecimiento espiritual y patrimonial que les generó el medicamento. En otros países europeos como en Alemania, hay 2900 víctimas, 500 en Gran Bretaña y 300 en Italia.

A pesar del tiempo transcurrido, en base a estas secuelas posteriores, un juzgado de Madrid entendió que aún se estaba a tiempo de condenar a Grünenthal a indemnizar a las víctimas a razón de 20.000 euros por punto de minusvalía reconocida. La sentencia otorgó este derecho a los únicos 24 afectados por talidomida que en España están reconocidos como tal por el Ministerio de Sanidad, en base a un decreto del año 2010, pero dejó la puerta abierta a que otros talidomínicos que pudieran demostrar serlo, reclamasen dicha indemnización.

Esta victoria judicial, de las víctimas contra la farmacéutica alemana duró poco. La Audiencia Provincial de Madrid resolvió a favor de Grünenthal, con el argumento de que el caso había prescrito, pues esos daños de aparición tardía de la talidomida están aún por investigar científicamente. Sin embargo, expedirse sobre la prescripción de dichas causas judiciales no implica adentrarse en lo atinente a la culpa en que pudo haber incurrido la



empresa al fabricar la talidomina. Por esta decisión de los magistrados, los afectados preparan el recurso al Tribunal Supremo.

En cambio, en Alemania se ajustó cuentas con las víctimas de Grünenthal. Hace décadas, en 1968 se inició el llamado proceso “Contergan” y dos años después los afectados alemanes negociaron una indemnización.

Los grandes laboratorios farmacéuticos, están haciendo frente a un número creciente de demandas, la mayoría de ellas en EE. UU y en España.

En el caso de la talidomida, en particular en España, la ley contempla desde el año 2000 la posibilidad de que un grupo de personas reclamen a una misma empresa por daños similares o que sean consecuencia de una misma causa.

Esto es lo que realizó la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE), donde pudo demostrar, la actuación culposa en la fabricación de los medicamentos, la que es extensible a la entidad que distribuyó el producto en España. Además, le es atribuible a la entidad Grünenthal Pharma S.A un comportamiento negligente absolutamente propio, a sabiendas de los posibles efectos adversos del medicamento, optó por “no informar a los médicos españoles del motivo de la interrupción de las ventas” y por dar los “colabores externos una información parcial y no toda la información”. Es decir, conociendo los efectos nocivos del medicamento que ya estaba en el mercado y su gravedad, se optó por no ponerlo en conocimiento de los profesionales médicos y por informar “parcialmente” a los colaboradores externos, que son, precisamente, los que tratan con los médicos y farmacéuticos en el proceso de distribución y venta para el consumo.

Consideramos que las madres que consumieron la talidomida, no previeron, ni mucho menos estaban en conocimiento del efecto secundario (no deseado) que produjo un medicamento para paliar las náuseas.

Si bien no siempre es posible conocer acabadamente los riesgos del producto, existen medidas preventivas y de seguridad que deben adoptarse. Es por ello, que tanto las empresas deben cumplir con su deber de información, y nosotros como consumidores debemos informarnos de aquello que estamos incorporando a nuestro organismo, sea un medicamento bajo receta médica o uno de venta libre. En el escalofriante caso de la talidomida, tal vez no resulte suficiente la estricta reparación del daño, y estos son los supuestos que alientan a algunos países a incorporar los daños punitivos como mecanismo de disuasión y sanción. Si bien debemos ser cautelosos al momento de establecer las reglas de responsabilidad, tratándose de productos de particulares características como los medicamentos, hay supuestos que ameritan mayor rigurosidad, sobre todo cuando se trata de la vida humana y la indemnidad psicofísica. Decidimos abordar el caso de la talidomida, antes de ingresar a los juicios a las tabacaleras, porque evidencia cómo la nocividad de determinados productos puede generar consecuencias dañosas en miles de personas y en tiempos y lugares distintos. Es por ello que el derecho del consumo cobra cada vez más



fuerza en los diferentes ordenamientos jurídicos; y es el ámbito más fértil de discusión de los daños punitivos.

Juicios a las tabacaleras: "final anunciado". Introducción en la temática.

Sabemos que el Tabaco es una planta descubierta en América, que es consumida hace miles de años por la sociedad principalmente a través de su combustión, que in natura contiene un alcaloide llamado "nicotina", que genera un alto grado de adicción, siendo por tanto una de las drogas legalizadas en la actualidad.

Pero la problemática que trataremos aquí, es el de las Tabacaleras, que son quienes han llevado a cabo la industrialización del tabaco, alterando y agravando sus efectos nocivos en la salud, ello a través de la introducción de entre 3000 o 4000 sustancias químicas, generando mayor adicción, responsables del nacimiento de nuevas enfermedades fruto de sus alteraciones en el tabaco y siendo las principales responsables de que en la actualidad, el tabaquismo en números, sea la primer causa de muerte evitable, en el mundo.

Las Tabacaleras, se han transformado en un enemigo poderoso para la salud mundial, siendo sus principales víctimas, los países subdesarrollados con políticas blandas para dicha actividad, gente que ignora sus efectos nocivos y menores de edad (a temprana edad se adquiere mayor grado de adicción al tabaco).

Desarrollo en el plano Jurídico

Analizaremos puntualmente los juicios llevados a cabo en Estados Unidos, cuna de las mayores tabacaleras del mundo y donde hubo mayor litigiosidad contra las mismas.

Antes de 1950, no había estudios que demuestren nexo de causalidad, entre enfermedades y el tabaquismo, por tanto se desconocía su potencial dañoso. Luego de 1950 comienzan a descubrirse, a través de estudios, los riesgos y daños que produce el tabaco y con ello la aparición de los primeros juicios, que tomaban como base las teorías de negligencia y violación de garantía implícita. Los productores debían saber los daños que causaba el cigarrillo o debían haberlo sabido y advertido al consumidor³. Además de negligencia de las empresas, fraude, engaño y vicios ocultos. En este comienzo de las arremetidas litigiosas, la jurisprudencia no dio asidero, teniendo en cuenta principalmente la asunción libre y voluntaria de los riesgos del fumador. Además, el triunfo de las tabacaleras se debió a la onerosidad de los procedimientos judiciales, ya que estas poderosas empresas invirtieron grandes sumas en tales litigios, que los hacían inasequible a los demandantes.

³ LOPEZ HERRERA, E. (2008). Los Daños Punitivos. Buenos Aires: Abeledo Perrot.



El punto de inflexión: Caso "Cipollone"

Caso emblemático que establece un quiebre en el triunfo de las tabacaleras, es el de Rose Cipollone⁴ que demandó en 1983 a "Liggett Group Inc.", con base en el incumplimiento expreso de garantía, defectos de advertencia, representación engañosa y fraude, conspiración por mantener una falsa representación de la realidad. La actora muere de cáncer de hígado y continúa el litigio el viudo. En 1988 el jurado consideró que la demandada era responsable de un 20% de los daños, pero la ley de New Jersey exigía un porcentaje mínimo del 50% para permitir indemnización, no condenó pero se otorgó U\$S 400.000 por daños y perjuicios al viudo. Luego apelado y revocado en cámara, llegó a la Corte Suprema, que tomando en cuenta dos leyes, otorga en parte razón a las tabacaleras y el parte al actor y devuelve al juez de primera instancia con ciertos lineamientos. Pero por los gastos de la tramitación y disparidad de recursos, la defensa de Cipollone desistió del proceso⁵.

Factores de Imputación

Las tabacaleras desde sus comienzos han realizado publicidad engañosa, diciendo que el fumar no causaba daño, que era recomendado por médicos, dentistas, además de la utilización de actores para darle un tinte de relevancia de jerarquía al fumar, y hasta asociado a deportes. Con el paso del tiempo se ha restringido cada vez más la publicidad, por televisión y otros medios, producto de las regulaciones que fueron dictando los distintos países.

Amén de que es sabido que el tabaco es dañino para la salud, los consumidores desconocen los miles de químicos insertados en los cigarrillos y por lo tanto tienen una terrible desinformación de su efecto en sus organismos, entre ellos podemos encontrar el alquitrán, el amianto, arsénico, cromo, cadmio, etcétera⁶.

Durante mucho tiempo las tabacaleras negaron los efectos perniciosos de sus productos en los consumidores, pero con varios estudios y particularmente con la publicación del libro "The Cigarette Papers", el cual se redactó en base a documentos internos de una tabacalera llamada "Brown & Williamson Tobacco Company", a su vez esos documentos sirvieron a los demandantes para fundamentar reclamaciones por fraude y comportamiento doloso, por parte de la industria tabaquera con el fin de ocultar información sobre las consecuencias del consumo de tabaco⁷.

⁴ Cipollone v. Liggett Group, Inc (505 US, 504, 1992).

⁵ RUIZ GARCIA, J.A., SALVADOR CODERCH, P. (2002). El pleito Del Tabaco en los Estados Unidos y la responsabilidad civil II- Presupuestos económicos epidemiológicos, culturales y legales. www.lndret.com. Barcelona, pag. 8

⁶ http://www.msal.gov.ar/tabaco/index.php/informacion-para_profesionales/tabaquismo-en-el-mundo-generalidades/ique-hay-en-un-cigarrillo

⁷ RUIZ GARCIA, J.A., SALVADOR CODERCH, Ibid., Pág. 10



Amén de que es sabido que el tabaco es dañino para la salud, los consumidores desconocen los miles de químicos insertados en los cigarrillos y por lo tanto tienen una terrible desinformación de su efecto en sus organismos

El damnificado anónimo: Caso Azafatas- Fumador Pasivo. *Alterum Non Laedere.*

El caso de las Azafatas, hace referencia al primer juicio que se entabla como acción de clase, presentada la demanda en 1991 por Norma R. Broin⁸, y que hacía referencia al daño sufrido por 60.000 auxiliares de vuelo, no fumadores, por inhalación de humo de tabaco o también denominado “humo de segunda mano”. En dicha demanda, se agrupaba a azafatas y demás auxiliares de vuelo, que alegaban haber sufrido daños serios por el humo de los cigarrillos fumados por los pasajeros. No era invocable por parte de las tabacaleras la defensa de asunción de riesgo, puesto que las auxiliares de vuelo, eran fumadoras pasivas y les era imposible evitar el humo. Las tabacaleras se vieron obligadas a transigir.

Con estas acciones de clase las víctimas de las tabacaleras comenzaron a unirse y de ese modo poder hacer frente a los opulentos recursos de las tabacaleras en los litigios.

Los fumadores en su consumo de tabaco, dañan a un número indeterminado de sujetos que son los denominados fumadores pasivos, los cuales sin fumar, pero fruto del humo de la combustión del cigarrillo se ven expuestos a los mismos químicos nocivos, como así también a las enfermedades que ellos traen aparejada, violentando así la regla en el derecho, de no dañar a otro. A su vez dicho humo con nicotina, termina en algunos casos por generar nuevos adictos al tabaco.

Este iter litigioso contra las tabacaleras lleva más de sesenta años, si bien en un primer periodo las mismas han salido airoosas y victoriosas, con la aparición de las acciones de clase agrupando a los damnificados, el reclamo por parte de los estados y medicinas prepagas reclamando el reembolso por los costosos tratamientos oncológicos y otras enfermedades, la balanza de poder se va equiparando y se empiezan a avistar los primeros fallos favorables. Es cuestión de tiempo para el fin de la irresponsabilidad de las tabacaleras, a través de un derrotero legal, conllevando ello la asunción de la responsabilidad por el daño causado a la salud de millones de personas y modificando en definitiva la forma de elaborar su producto. La vida es el bien más valioso para cualquier sociedad y protegerla de este tipo de amenazas, es el deber primordial de los estados y de sus sistemas jurídicos.

Estrategias defensivas con olor a tabaco. La otra cara de la moneda

La hegemónica industria tabacalera ha desarrollado una serie de estrategias relacionadas entre sí. La primera de ellas ha sido la inversión de grandes recursos para influenciar a los legisladores y evitar que se sancionen leyes para el control del tabaco; y ante el fracaso de la primera, recurren al poder judicial empleando los mismos argumentos para atacar la normativa del control de consumo de tabaco.

La litigación contra las industrias tabacaleras particularmente en Estados Unidos, como se

⁸ Norma Broin et. Al. V. Philip Morris Inc, et. Al., 641 Sd 2d 888,892 (Fla, 3d DCA 1994) review denied, 654 So, 2d 919 (Fla 1995)



dijo, surge medio siglo atrás cuando se conocieron los primeros antecedentes científicos que hablaban de la posibilidad de que el tabaco fuera causante de varias enfermedades, mortales algunas como cáncer de garganta y de pulmón, otras graves como obstrucción de las vías respiratorias, ocasionando daños directos a los fumadores, sus familiares y al sistema de salud. Según el Surgeons General Report, se distinguen tres etapas de juicios contra el tabaco, en el que se pone de manifiesto la estrategia legal defensiva de las empresas.

En la primera fase de litigación contra el tabaco (1950-1965): se presentaron casi 150 demandas de particulares, pero sólo diez llegaron a juicio, y en todos los casos los jurados dictaron veredictos favorables a la industria demandada. La estrategia en esta época fue invertir sin reparar en gastos en su defensa, encareciéndose los litigios lo que llevaba a los demandantes de hacer desistir a los demandantes ante la falta de medios.

Las compañías tabacaleras, fueron demandadas por negligencia, fraude y vicios ocultos o teorías de garantía; pero por su parte, se defendieron alegando la imprevisibilidad de los daños, la falta de prueba de relación de causalidad y la asunción voluntaria del riesgo por parte de los fumadores. Rechazaron toda posibilidad de transacción y adoptaron estrategias procesales muy sofisticadas y cuyo coste superaba los recursos disponibles para los demandantes individuales y sus abogados.

La publicación que pone fin a esta etapa es la publicación en 1965, por el American Law Institute², del Restatement (Second) of Torts. Según el § 402 A. del Restatement, dirigidos por el profesor William Lloyd Prosser, en la que se estableció los requisitos necesarios para considerar a un fabricante como responsable de los daños causados por un producto defectuoso, irrazonablemente peligroso para el consumidor; en el que cualquier producto implica necesariamente algún riesgo de daño, aunque sea solo un exceso de consumo. El azúcar ordinaria es un veneno mortal para los diabéticos. Buen tabaco no es excesivamente peligroso simplemente porque los efectos de fumar pueden ser perjudiciales; pero el tabaco que contiene algo así como la marihuana puede ser excesivamente peligroso.

La segunda etapa de litigación contra el tabaco (1983 – 1991): veinte años después las víctimas toman impulso e inician nuevamente contiendas judiciales, basando sus defensas en el test de riesgo de utilidad, responsabilidad estricta y ampliación de los estándares de la negligencia contributiva. A pesar de esto las estrategias defensivas de las compañías se mantuvieron: gastos ilimitados en su defensa, negación de nocividad, y si la hubiere asunción libre de los riesgos que conllevaría el consumo de tabaco.

Las tabacaleras probaban en las contiendas judiciales que no siempre la nicotina causa adicción porque algunos fumadores habían logrado dejar el hábito.

Con el apoyo del Council on Tobacco Research (un organismo investigador creado por la propia industria tabaquera en 1954 con el nombre de Tobacco Industry Research Committee (TIRC), y redenido en 1964 como Council for Tobacco Research) la



industria demandada insistió en negar la relación de causalidad y presentó informes de parte que ponían en duda la relación del tabaco y el cáncer. En sus alegatos, destacaron la forma de vida de los demandantes, para mostrar que quizás el consumo de tabaco no era la causa de los daños que habían sufrido.

El caso *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, como señalamos, pone fin a esta etapa. Los actores vieron que la única manera de obtener un veredicto favorable era superar la defensa de la asunción voluntaria del riesgo, y obtener los fondos necesarios para hacer frente al litigio.

La tercera etapa de litigación contra el tabaco (1994 hasta hoy): *Cipollone v. Liggett Group, Inc.* puso en evidencia la vulnerabilidad de lo inexpugnable, restándole a las víctimas encontrar teorías legales para ganar el caso y financiar los costes de los juicios en condiciones no tan dispares. Las *class actions* permitieron a miles de demandantes individuales conseguir las ventajas de las economías de escala y que habría de permitir superar la estrategia de desgaste tradicionalmente adoptada por las demandadas.

La presentación de documentos internos -como prueba- de las compañías tabacaleras permite superar los problemas de prueba de causalidad y de su interrupción por la asunción de riesgo por parte de los fumadores.

A todo esto se suma los reclamos de los gobiernos de los Estados, para el reembolso de los gastos estatales destinados a la sanidad por los daños relacionados al consumo de tabaco y los intentos de la Agencia Federal de la Alimentación y del Medicamento (Food and Drug Administration) por tratar de regular la venta, distribución, publicidad y promoción del tabaco.

En el litigio del derecho privado, los jurados ya no están unánimemente convencidos de la bondad de los argumentos tradicionales esgrimidos por las compañías demandadas, la mayor parte de las demandas individuales no prosperan. Los frentes de mayor riesgo para las compañías demandadas y los más prometedores para los demandantes son los abiertos, en el derecho privado, por las acciones de clase, y en la litigación que involucra a agentes públicos que persiguen finalidades fiscales o parafiscales, por las demandas presentadas por los Estados de la Unión.

Culpa de la víctima y su conocimiento de los riesgos a la salud.

El tabaco representa dos caras de una misma moneda -tabacaleras vs consumidores-, que hemos escuchado a lo largo de medio siglo, pero ¿si nos ponemos en los zapatos de las compañías tabacaleras?.

Para ellas los consumidores primero que todo tienen derecho a recibir información adecuada, veraz y que proteja su libertad de elección, incluyendo la información que proporciona los fabricantes y los minorista. Siendo el tabaco legal las industrias tienen el derecho y la obligación a dar información verídica acerca del producto que venden.

Actualmente los consumidores reciben la información propicia para el consumo de tabaco y



sus consecuencias, resulta claro que la conducta del consumidor/víctima, quienes actúan en libre albedrío, de consumir tabaco, es la causante del daño, mejor dicho de su propio daño, ya que ellos son conscientes de las consecuencias negativas que acarrea el consumo de tabaco. Esta defensa sería propicia si se prohibiera a las empresas tabacaleras el agregado de sustancias adictivas; y se probara que la decisión de fumar es producto de la libre voluntad del consumidor. De tal modo, la culpa de la víctima en la causación de su daño a la salud interrumpiría el nexo de causalidad entre la actividad de las productoras de tabaco, y el daño al consumidor. Claro está que tratándose de una actividad lícita, no se puede responsabilizar sin más a las empresas por los daños que son conocidos por el consumidor y a su vez, son informados adecuadamente. Todo esto debe ser meritado al momento de determinar la responsabilidad de las empresas; y va de suyo que debe existir buena fe por parte de las industrias tabacaleras y un cumplimiento estricto del deber de información.

El daño punitivo y la industria tabacalera

Los tribunales han impuesto “multas civiles” con un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio a las industrias tabacaleras a fin de disuadir una “conducta reprochable”, escandalosa según lo determina la jurisprudencia debido a los motivos malvados del demandado o su temeraria indiferencia respecto de los derechos de las víctimas.

La procedencia de los daños punitivos a favor de los consumidores de tabaco, debe ser objeto de interpretación restrictiva por parte de los tribunales y jurados, es preciso escuchar y valorar las conductas de ambas partes de la relación; y en caso de considerar la sanción procedente, debe existir un especial ánimo subjetivo en la causación del daño.

La acción de clase en Estados Unidos y su recepción en el derecho argentino

Ante la dificultad de afrontar los altos costos de los litigios contra las empresas tabacaleras, las víctimas aunaron sus fuerzas y encontraron un elemento procesal idóneo para reclamar sus derechos ante la justicia: las class actions, o acciones de clase.

Los procesos colectivos, según revelan los antecedentes de EE.UU, son una buena herramienta para lograr la reparación de daños y perjuicios a gran escala, y para facilitar el acceso a la justicia de todas aquellas personas que no cuentan con los medios económicos para afrontar los gastos de un juicio de gran envergadura.

En Norteamérica como vimos, se pueden distinguir tres oleadas o períodos notoriamente definidos, en cuanto a la litigación contra la industria tabaquera por los daños derivados del consumo de tabaco. La tercera oleada, es la que comienza en el año 1994 y se extiende hasta la actualidad. Lo que de este último periodo nos interesa, y el tema que vamos a



La jurisprudencia norteamericana ha demostrado que es jurídicamente posible que dentro de una acción de clase se demanden daños punitivos, y además su interposición permite a los demandantes aunar recursos humanos y materiales.

desarrollar es el referido a la aparición de las “acciones de clases” o “acciones colectivas indemnizatorias”.

Las acciones de clase en EE.UU. El caso “Castano”.

El derecho estadounidense define a las acciones de clase, como aquellas en que un grupo de personas inicia en nombre de todos los damnificados, un proceso cuya sentencia final hace cosa juzgada respecto de todos y del demandado⁹. Según las reglas federales de procedimiento de EE.UU, para poder entablar una acción de clase deben darse las siguientes condiciones a saber: 1) existir un grupo numeroso, a tal punto que la convocatoria a todos sea impracticable; 2) una controversia que sea común tanto en los hechos como en el derecho, es decir que no puede haber pretensiones antagónicas entre los miembros de la clase; 3) tanto las defensas como el reclamo del representante del grupo deben ser típicas del grupo; 4) también debe existir una honesta y justa representación por parte del grupo representante de los intereses de todos. Esta acción puede tener las siguientes modalidades: ser obligatoria o permitir a las víctimas seguir el proceso individualmente ante otro tribunal. La primera modalidad, se aplica a aquellos casos en que la existencia de fondos limitados hace que la posibilidad de indemnización no llegue por igual a todos los damnificados, por lo que se solicita una certificación por parte del Tribunal. Si dicha certificación es concedida, los damnificados pierden la oportunidad de optar por seguir el litigio en forma individual ante otro Tribunal.

La jurisprudencia norteamericana ha demostrado que es jurídicamente posible que dentro de una acción de clase se demanden daños punitivos, y además su interposición permite a los demandantes aunar recursos humanos y materiales. Lo anteriormente dicho, se relaciona con la tercera oleada o generación de casos contra las industrias tabacaleras. El caso “Castano v. American Tobacco Company”¹⁰, consistió en un juicio que fue financiado por un gran número de estudios jurídicos, en el que intentaron reunir a todas aquellas personas damnificadas por la adicción a la nicotina. Ésta fue la mayor acción de clase hasta ahora interpuesta en EE.UU. Este litigio, fue el primer antecedente norteamericano donde se intentó la acción de clase con fines indemnizatorios, con el objeto de contrarrestar el efecto de la opulencia de recursos de las tabacaleras que atentaba contra los damnificados. En una primera instancia del juicio, los actores lograron la certificación ante el Tribunal, pero luego en una segunda fase esta fue revocada por la Cámara de Apelaciones¹¹. El tribunal de segunda instancia fundó su decisión en que no se cumplía con el requisito de existir una clase homogénea, ya que los distintos Estados de Norteamérica tenían diferentes leyes. A pesar de la decisión desalentadora, los abogados intentaron obtener la certificación de sus representados en cada Estado, y a estos juicios se los conoció como los

⁹ LOPEZ HERRERA, E. (2008). Los Daños Punitivos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 397.

¹⁰ “Castano v. American Tobacco Co.”, 160 F.R.D 544 (E.D La. Feb. 1995)

¹¹ “Castano v. American Tobacco Co.”, 84 F.3d 734 (5° Cir., 1996)



“Hijos de Castano”. Esta estrategia desplegada por los estudios jurídicos en cada Estado, también fracaso.

La recepción de la acción de clase en el derecho argentino. El caso “Halabi”.

La Corte Suprema Argentina el día 24 de febrero de 2009, dicta la sentencia “Halabi”¹², realizando en ella una interpretación del Art. 43 de la Constitución Nacional, por la que se admite y esboza la acción de clase en nuestro país.

En el fallo comentado, el Sr. Ernesto Halabi -abogado-, promovió una acción de Amparo contra el Estado Nacional Argentino para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 (Art. 1 y 2) y del decreto reglamentario 1563/04; ya que entendía que estas disposiciones vulneraban las garantías constitucionales consagradas en los Art. 18 y 19 de la C.N. por autorizar la intervención de comunicaciones telefónicas y por Internet en cualquier caso y sin media justificación bastante. En primera instancia se hizo lugar a la pretensión del actor, y la Cámara confirmó dicha decisión extendiendo los efectos de la sentencia “erga omnes”, como derivación lógica de entender el carácter colectivo de la controversia. El Estado Nacional interpuso Recurso Extraordinario ante la Corte, la que debió pronunciarse con respecto al efecto de la sentencia recurrida.

El Tribunal en este caso primeramente realizó una importante clasificación, se distinguieron tres categorías de derechos a saber: los individuales, de incidencia colectiva que tengan por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva que referentes a los intereses individuales homogéneos. La novedad de estos últimos, es que no se afecta un bien colectivo sino derechos individuales enteramente divisibles; sin embargo hay un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto se identifica una causa fáctica homogénea.

A pesar de no existir en nuestro ordenamiento una norma que reglamente el ejercicio efectivo de las acciones de clase, el alto Tribunal realiza una interpretación dinámica de la Constitución¹³, y diseña los requisitos que deben darse para dicha acción a saber: 1) debe existir un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; 2) la pretensión procesal debe aludir a elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos; 3) el interés individual considerado aisladamente no debe justificar la promoción de una demanda. Este último requisito no es necesario si el derecho afectado es de los que se consideran “débilmente protegidos” (como lo son el ambiente, la salud, etc.). Además establece que recaudos elementales deben observar los jueces a la hora de admitir una acción de clase, a saber: 1) el grupo colectivo debe estar precisamente identificado, 2) idoneidad por quien pretenda asumir la representación, 3) existencia de un

¹² Halabi Ernesto c/P.E.N- Ley 25.873-dto1563/04 s/amparo ley 16.986”, C.S.J.N Fallo H. 270. XLII.

¹³ SAGUES, N. P. (2011). Primera parte de la parte cuarta del “Compendio de derecho procesal constitucional”. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 655-827.



planteo que supere los aspectos individuales y exhiba los elementos comunes y homogéneos a todo el grupo colectivo, 4) establecer un mecanismo notificadorio para las personas afectadas, e 5) instrumentar medidas de publicidad para que no se tramiten dos juicios por la misma causa.

Este fallo es el primer y último antecedente de la acción de clase en Argentina hasta el momento. La cuestión acerca de la posibilidad de lograr una reparación de daños y perjuicios a través de dicha acción se encuentra por el momento sin respuesta, debido a la falta de reglamentación y de que la Corte no se expidió acerca de ese punto.

Realizando un análisis y estudio de los antecedentes de la acción de clase tanto en EE.UU como en Argentina, salen a la luz marcadas diferencias en cuanto a sus presupuestos y trámite. El tema acerca de dichas acciones en Argentina, se encuentra recién en una primera etapa, la cual no tiene aún la madurez suficiente para poder otorgarnos más respuestas. En nuestra opinión, la interpretación del Art. 43 CN. que realiza la Corte en el fallo “Halabi” condiciona la posibilidad de reclamar daños y perjuicios en dicho procedimiento, ya que el diseño de la acción de clase que realiza el Tribunal se desprende de la acción de amparo, que en su génesis no tiene por objeto lograr una indemnización monetaria, ya que la desnaturalizaría. Si los presupuestos de la acción de clase establecidos por la Corte, se hubiesen derivado de otra categoría de derechos y no de los derechos de incidencia colectiva del Art. 43 C.N podría pensarse en la tramitación conjunta de alguna alternativa indemnizatoria. Algunos autores, entienden que los derechos pluriindividuales homogéneos -como los que están en juego en “Halabi”- son derechos accidentalmente colectivos, por los que no debería encuadrárselos o encasillarlos tan rígidamente en la categoría de derechos de incidencia colectiva, dado que son derechos de base individual y no colectiva¹⁴.

Argentina: el pionero en Latinoamérica

La decisión de incorporar los daños punitivos al régimen civil argentino no estuvo exenta de críticas; y aún luego de su incorporación expresa –habiendo transcurrido 6 años desde dicha reforma- el instituto sigue siendo blanco de críticas y reproches. Sin embargo, esta norma perfectible, constituye un gran avance en el reconocimiento pleno de los derechos de la víctima, y es la puerta de ingreso de funciones que deben incorporarse a la responsabilidad extracontractual: la prevención del daño y la sanción de graves inconductas..

Esta suerte de pena privada consiste en un plus que se impone al sindicado responsable en virtud de su actuar con serio menosprecio hacia intereses ajenos o con la especulación de que el costo del resarcimiento será menor que el beneficio obtenido con su actuar

¹⁴ CABRERA ACEVEDO, LUCIO. El amparo colectivo protector del derecho del ambiente y de otros derechos humanos. Editorial: Porrúa 2006. p. 27-28.



antijurídico; este “plus” se justifica porque de otra manera se alienta el cálculo y la especulación, por la inclusión de los montos resarcitorios en una “planilla de costos” cuya resta deja incólumes los réditos¹⁵.

Los daños punitivos fueron incorporados a la ley de Defensa del Consumidor, por medio de una importante reforma en el año 2008. Esta reforma no sólo incorporó los daños punitivos, sino que elongó el concepto de sujeto consumidor, otorgándole mayores prerrogativas para defender sus derechos.

La norma que acoge, dentro de nuestro derecho, los denominados daños punitivos, es el artículo 52 bis, el cual establece que si se produce un incumplimiento del proveedor de bienes y servicios respecto de las obligaciones legales o contractuales que asuma, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar esta multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan¹⁶.

La redacción de la norma se ha prestado a numerosas críticas, ya que en primer lugar, no prevé la necesidad de un elemento subjetivo agravado para atribuir responsabilidad por daños punitivos. De la simple lectura de la norma, se puede concluir que el simple incumplimiento de una obligación legal o contractual puede acarrear una sanción. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia absolutamente mayoritaria exige la concurrencia de un ánimo de dañar agravado.

La mayoría de los casos en los que se impusieron condenas por daños punitivos, se trató de una sanción pecuniaria más bien modesta con respecto a su cuantía.

El primer fallo firme en Argentina: Machinandiarena Hernandez Nicolás c/ Telefónica.

El señor Nicolás Machinandiarena Hernández promovió demanda de daños y perjuicios contra Telefónica Móviles Argentina S.A., en los términos de la ley de defensa del consumidor (arts. 52 y 53). El actor era titular de una línea de teléfono móvil de la empresa demandada, y usaba silla de ruedas para desplazarse a causa de su incapacidad física. En el mes de mayo de 2008 concurrió a un local de Movistar en la localidad de Mar del Plata, donde no pudo acceder al mismo por no contar con rampa para discapacitados. Luego de solicitar ayuda al personal de seguridad, de una espera de varios minutos en la intemperie fue atendido por una empleada de la empresa, con la negativa de poder ayudarlo a ingresar

¹⁵ Matilde Zavala de González “Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Tº 4, Ed. Hammurabi, 1.999, Pág.578.

¹⁶ Art. 52 Bis. *Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*



a las instalaciones del local, siendo atendido al aire libre. Por la atención recibida a la intemperie, la ausencia de rampa y la negativa a ayudarlo, configurando ello -a su entender- un trato indigno, solicitó la aplicación de la multa civil contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 (modif. ley 26.361) y la reparación del daño moral sufrido.

En primera instancia, la acción fue admitida condenándose a la accionada a abonar la suma de \$30.000 en concepto de daño moral y \$30.000 en concepto de daños punitivos, por incumplimiento de las normativas que implementan una medida de acción positiva respecto de la construcción de instalaciones accesibles a personas con movilidad reducida. Apelada esta decisión por la demandada, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata confirmó el fallo.

Para analizar los argumentos, en este caso que fue el primero en nuestro país en sentar precedente de daños punitivos, en cuanto a la multa civil, se valoró tanto su finalidad de prevenir ciertos daños y punir graves inconductas. Por lo que, recogiendo el criterio sentado por la doctrina de los autores según el cual el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad como puede ser el de abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave de derechos individuales o de incidencia colectiva, se consideró aplicable la multa civil por no haberle proporcionado al actor el trato digno que exige el art. 8 bis de la ley 24.240.

El factor de atribución relativo a la obligación de reparar el daño moral fue basado en el art. 1 de la ley 23.592, mientras que el daño punitivo fue fundado en la relación de consumo, conforme a lo normado por el art. 52 bis de la ley 24.240.

Otro caso que merece ser nombrado, pero cuya condena por daños punitivos no llegó a buen puerto, es la causa "Teijeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes".

El actor Sr. Luis Mariano Teijeiro, el día 24 de octubre de 2008 adquirió una botella de gaseosa marca "Pepsi", y cuando se aprestaba a consumirla advirtió que ésta tenía en su interior un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos marca "prime".

La sentencia de primera instancia hizo lugar íntegramente a la acción condenando a la demandada a entregarle al actor una botella de la bebida que adquirió, a abonarle la suma de \$1.500 en concepto de reparación del daño moral y la suma de \$2 millones en concepto de daños punitivos.

Esa resolución fue apelada por la demandada. La Cámara resolvió dejar sin efecto la condena por daños punitivos, decisión ésta que fue confirmada por el Tribunal Superior de la provincia de Córdoba. La decisión de no conceder la suma por daños punitivos obedeció a la falta de prueba de la actitud lucrativa o con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor por parte de la empresa demandada.

En este caso se sostuvo que para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis L.D.C., no bastan las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concorra un



reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose

Esta “multa civil” tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio -de ahí la impropia denominación de “daños punitivos”- y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad

El tribunal entendió, en coincidencia con la doctrina, que “para la procedencia de los llamados daños punitivos es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; 2) el elemento objetivo, esto es una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad”

La situación en el régimen de responsabilidad extracontractual de Chile

La responsabilidad extracontractual del Código Civil chileno es una de las instituciones jurídicas que menos modificaciones legales ha experimentado a lo largo del tiempo. Su regulación es extremadamente breve, considerando los nuevos problemas que se han suscitado y las nuevas tendencias que han aparecido en el derecho de daños, ha generado críticas en cuanto a que el Título XXXV del Libro IV no sería capaz de abarcar las reales dimensiones que implica un sistema de responsabilidad.

Sin embargo, a pesar de las críticas, el derecho chileno no se ha quedado al margen de los cambios y ha respondido a la realidad imperante, a través de legislaciones especiales, a modo meramente ejemplar señalar:

- 1)** La Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores;
- 2)** La Ley N° 16.744, de seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales;
- 3)** También, La Ley de Tránsito N° 18.290.

Con respecto a los daños punitivos, hace un par de años atrás solía pensarse que estaba absolutamente alejado de nuestra idiosincrasia y realidad legislativa. Ello, precisamente porque los daños punitivos son una institución perteneciente a la familia del Common Law; y debido a sus particulares características, siempre ha generado polémicas, principalmente



porque, mirado desde cierta perspectiva, pueden considerarse ajenos a los propósitos que debería tener un sistema de responsabilidad civil en general. Y más aún en un país, en que sólo se reconoce la categoría de daños compensatorios. Y dentro de ellos, se suelen identificar dos grandes grupos:

- 1.- Los daños Patrimoniales; y
- 2.- Los Extra-patrimoniales.

La delimitación de los distintos conceptos involucrados en el tratamiento del daño como elemento de la responsabilidad civil ha sido una actividad desarrollada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, toda vez que nuestro Código Civil, no ofrece una definición de él ni de sus categorías.

Cuando se trata de justificar la distinción entre daños patrimoniales y extra-patrimoniales, el profesor Enrique Barros, en su obra “tratado de responsabilidad extra-contractual” argumenta que ella tiene como fundamento la naturaleza del interés protegido. Señalando que:

Los daños Patrimoniales: “Son aquellos que afectan bienes con un significado económico expresado en un valor de cambio”; mientras que,

Los daños Extra-patrimoniales: “Son aquellos daños que, cumpliendo con los requisitos comunes a todo daño, afectan intereses sin un significado económico capaz de materializarse en un valor de cambio.¹⁷”

Lo que nadie discute, y no cabe duda alguna; es que el daño es esencial en materia de responsabilidad civil extracontractual. En sede civil no puede haber responsabilidad sin daño.

En lo que respecta a Chile, la doctrina se ha mantenido dentro de los márgenes de las definiciones clásicas, de marcada influencia francesa. Es aceptado casi en forma unánime que el daño exige como requisitos, para ser indemnizable: a) que afecte; b) que sea significativo; c) que sea previsible; d) que sea cierto; e) que sea necesario; y f) lógicamente que afecte un interés legítimo.

Sin embargo, todos estos conceptos son obra de una construcción doctrinaria y jurisprudencial, son pautas generales que han sido dadas y que a partir de ellas la cuestión se resuelve en forma casuística. Los daños punitivos, como un caso institucionalizado de montos mandados a pagar por una suma superior al valor de los perjuicios efectivamente causados, no se encuentran regulados en el derecho Chileno.

Tradicionalmente, se ha dicho que ellos son la respuesta a la función sancionatoria de la responsabilidad civil del sistema del Common Law. Lo cual, es ajeno a la función del sistema de responsabilidad civil chileno. Pues, aceptar la posibilidad de que procedan los daños punitivos, requiere aceptar en definitiva una función sancionatoria de la responsabilidad

¹⁷ Barros. E. , Tratado de responsabilidad extra-contractual. En línea http://tutoriasdegrado.cl/wp-content/uploads/2012/12/u_2_imgdate_130329032435.pdf [Consulta: 10 de Noviembre de 2014]



civil. Sin embargo, se encuentra en Chile una evidencia férrea, de esta tendencia en reconocer otras funciones a la par de la reparación propiamente dicha, sobre todo en lo que respecta a la protección de los consumidores.

Un interesante y cada vez más extendido debate es el que se ha estado dando en torno al proyecto de ley de fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor, conocido como “Sernac”, ingresado por el Gobierno a la Cámara de Diputados hace algunos meses.

Es importante referirse brevemente a la historia y evolución del Sernac, para comprender porque se habla del fortalecimiento del mismo.

En el año 1932, y en respuesta a las graves consecuencias de la crisis económica mundial de 1929, se crea el Comisariato General de Subsistencia y Precios. Esta fue la primera institución creada en Chile para enfrentar materias de consumo, la que dio paso en el año 1953 a la Superintendencia de Abastecimiento y Precios (SAP), la que a su vez fue sustituida en 1960 por la Dirección de Industria y Comercio (Dirinco). Este organismo tendría un papel clave en los años siguientes, a través de sus acciones de fijación de precios y la imposición de sanciones a los infractores. Con la instauración del modelo de economía de libre mercado, la Dirinco dejó de tener sentido y en el año 1982 fue reestructurada por completo. Tras variados cambios normativos, en 1990 se crea finalmente el Sernac, el que se complementa con la Ley sobre Protección de los Consumidores del año 1991, que lo faculta para mediar en los conflictos de consumo. Dicha ley además, establece los derechos y deberes de los consumidores y ha sido modificada repetidamente, tratando de ajustar las atribuciones de la institución a la evolución de los mercados. Un hito importante en este sentido es la aparición del Sernac financiero en el año 2012, que demuestra la preocupación de las autoridades por mejorar continuamente nuestra protección al consumidor.

No obstante, esta protección a los consumidores tiene un costo, y se debe al significativo incremento de los reclamos que ha debido gestionar el Sernac, los cuales se triplicaron entre el año 2009 y 2011, y en el año 2013 llegaron a 312 mil, de los cuáles más de la mitad recibieron respuesta satisfactoria de parte de las empresas en contra de las que se interpusieron.

Aun así, la apreciación del actual Gobierno es que el Sernac debía ser fortalecido, y el proyecto de ley hoy en discusión le otorga una serie de atribuciones adicionales que van en esa dirección, entre dichas atribuciones se encuentra precisamente el aumento de las multas en forma significativa, y se agregan daños morales y punitivos en el caso de las demandas colectivas.

Este proyecto de ley considera el aumento de las multas que contempla la Ley, porque hoy los montos no son suficientes para evitar posibles infracciones ni tampoco se condice, en la mayoría de los casos, con la gravedad de las infracciones. En alguno de los casos se aumentan las multas al doble, en otras a 10 veces.

La Presidenta Michelle Bachelet, al firmar el proyecto de ley, cuya actividad se llevó a cabo



en las oficinas de atención del “Sernac” manifestó que, más allá de lo que puede y debe hacer el Estado, la promoción y defensa de los derechos de los consumidores es más efectiva cuando las propias personas organizadas hacen oír su voz.

Reflexión final

“El Derecho Comparado representa uno de los esfuerzos más interesantes para reencontrar en las ciencias jurídicas el sentido de lo universal” R. Rodière

El Derecho Comparado en los últimos años ha cobrado una gran importancia, vinculada al proceso de globalización. Este proceso, en el cual las fronteras tradicionales entre los diversos Estados se van desdibujando para dar lugar al fenómeno que conocemos como “aldea global”. Se manifiesta especialmente en distintos ámbitos comercial, consumo, comunicaciones, ambiente, tecnología, y la universalidad de los derechos humanos. Establece un nuevo modo de relacionarnos entre los Estados y los habitantes de ellos.

La influencia de Estados Unidos es incuestionable, en virtud de su posición económica y política lo que la sitúa como gran potencia. Genera en los demás países una fuerte preponderancia como modelo de sociedad, en todos los órdenes, y el derecho no se encuentre exento de ello.

El Derecho Comparado, así, nos vincula con los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, tornándose inevitable la comparación y la traspolación de institutos jurídicos de un sistema legal a otro.

En materia de Daños Punitivos, Estados Unidos ha sentado precedentes de gran relevancia jurídica, en consecuencia consideramos que estudiar este instituto con previo análisis de la labor que venían realizando otros Estados nos permitiría tener una mirada integral de la problemática. Resulta un presupuesto necesario para la comparación jurídica el estudio del derecho extranjero, su doctrina al respecto y sin duda alguna, su jurisprudencia.

El Dr. Juyent Bas en relación al tema nos explica que el instituto bajo estudio es conocido como "exemplary damages", "non compensatory damages", "aggravated damages", "penal damages", "aggravated damages", y es una figura aplicada desde hace varios años en el derecho anglosajón, y existen desde mediados del siglo XVIII casos judiciales que merecían especial censura. Por ello, las cortes inglesas posibilitaron la aplicación de penas privadas a estos supuestos en los cuales además de la reparación del daño causado (compensatory damages) se buscó reprobar especialmente la conducta del agente dañador en virtud de su gravedad¹⁸.

Los ordenamientos jurídicos de cada sociedad afrontan problemas similares y si bien

¹⁸ JUYENT BAS, Francisco; GARZINO, Ma. Constanza (2011). Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino. Publicado en: LA LEY 19/12/2011, 1 LA LEY 2011-F, 1300. Cita Online: AR/DOC/5622/2011



Los daños punitivos es uno de los institutos que más llama la atención a nivel internacional y nuestro país no ha sido ajeno a este proceso, en el cual, el derecho de daños está cediendo lugar a nuevas funciones.

pueden adoptar diversos criterios para resolverlos, en muchas ocasiones la esencia es la misma, la naturaleza jurídica del instituto coincide.

Bajo esta premisa, es posible que a partir del estudio de los distintos sistemas jurídicos, sus modos de concebir el derecho, elaboración, interpretación y su aplicación de la normativa, nos sirva como fuente de inspiración a los fines de resolver con éxito problemas jurídicos concretos. Es así como la experiencia de otros Estados en la materia puede enriquecer la nuestra y sentar bases legales importantes.

Corresponde a la buena técnica de investigación de un jurista la incorporación de este tipo de análisis en sus investigaciones, especialmente cuando se trata de institutos jurídicos nuevos para nuestro sistema legal. También hace a su buena técnica de análisis, realizar una adecuada contextualización del supuesto jurídico que se estudio.

En este caso específicamente hemos desarrollado los criterios jurisprudenciales mas relevantes, que hicieron lugar, o no a la aplicación de los daños punitivos, centrandó esencialmente nuestra atención en las similitudes y las diferencias con nuestro sistema normativo y analizando la posibilidad de su equivalencia funcional.

El estudio comparado no sólo aporta nuevos argumentos que sirven de inspiración a los legisladores en el proceso de elaboración de las normas, sino que contribuye con criterios novedosos a la labor jurisprudencial de los jueces. El razonamiento de los distintos jueces norteamericanos que se han expedido sobre el tema, sin dudas, colabora en la construcción de los criterios que utilizaran los jueces argentinos.

Como hemos podido observar en los fallos desarrollados supra, los daños punitivos es una institución que por sus características, se ha encontrado siempre acompañada de grandes polémicas, no sólo en el ámbito jurídico, sino que ha tenido un fuerte impacto a nivel social, generando en la población grandes repercusiones.

Los sistemas jurídicos del common law y el continental europeo no resultan tan lejanos ni tan incompatibles. En la actualidad estamos siendo testigos del proceso de conocimiento e intercambio que se está gestando entre ellos, intensificándose desde los albores de la globalización.

Los daños punitivos es uno de los institutos que más llama la atención a nivel internacional y nuestro país no ha sido ajeno a este proceso, en el cual, el derecho de daños está cediendo lugar a nuevas funciones.

El reconocido jurista Molina Sandoval¹⁹ nos explica que el derecho no puede prescindir de institutos que en el derecho comparado han tenido resultados beneficiosos como lo ha sido el denominado daño punitivo en la legislación anglosajona.

Resulta innegable la creciente influencia del common law sobre los ordenamientos de países como Argentina, que por tradición su fuente de inspiración y creación de instituciones jurídicas ha provenido de Europa continental.

¹⁹ MOLINA SANDOVAL (2008), Carlos, Derecho de Consumo, Ed. Advocatus, Córdoba. p. 67



Bibliografía consultada

- BARROS. E. *Tratado de responsabilidad extra-contractual*. En línea http://tutoriasdegrado.cl/wp-content/uploads/2012/12/u_2_imgdate_130329032435.pdf [Consulta: 10 de Noviembre de 2014]
- COLEMAN, J. L. (2002). *Risks and Wrongs*. Oxford: Oxford University Press. Traducción de Diego M. Papayannis, Marcial Pons
- JUYENT BAS, Francisco; GARZINO, Ma. Constanza (2011). *Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino*. Publicado en: LA LEY 19/12/2011 , 1 LA LEY 2011-F , 1300 .Cita Online: AR/DOC/5622/2011
- LOIS CABALLÉ, A. I. (1996), *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*. Madrid: Tecnos.
- LOPEZ HERRERA. E. (2006). *Teoría de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Lexis Nexis.
- MOLINA SANDOVAL, C. (2008). *Derecho de Consumo*. Córdoba: Advocatus.
- OTAOLA, M. A (2013). “*Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al Derecho argentino*”. Revista VIA IURIS, núm. 15, julio-diciembre, 2013, pp. 33-47 . Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá, Colombia
- PAPAYANNIS, D. M. (2009). *Fundamentos económicos de la Responsabilidad Extracontractual*, Buenos Aires: Ad Hoc
- RAMOS GONZÁLEZ, S. (2004), *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Madrid: Thomson-Civitas
- RUIZ GARCIA. J. A. (2003) “*El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil*.” Revista INDRET , Working Paper nº: 103, Octubre de 2002, Barcelona.

Sitios web consultados

- EUROPEAN FEDERATION OF PHARMACEUTICAL INDUSTRIES AND ASSOCIATIONS (2004), *The Pharmaceutical Industry in Figures*, Bélgica, en http://www.efpia.org/6_publ/default.htm
- FARMAINDUSTRIA (2004-2005), “*La industria farmacéutica europea en cifras*”, Revista Farmaindustria, nº 5, en http://www.farmaindustria.es/index_secundaria_publicaciones_mem1.htm
- GRUPO DE RESPONSABILIDAD DE PRODUCTO (Joan C. SEUBA I TORREBLANCA, et al.), “*Guía InDret de Jurisprudencia sobre responsabilidad de producto*”, 4ª edición, InDret 4/2004 (www.indret.com).
- Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com).
- AVITE, en http://www.avite.org/archivos/sentencia_talidomida.pdf.
- La asociación Brasileña, <http://www.members.tripod.com/~abpstalidomida/>



La asociación sueca (<http://www.thalidomide.org>)

<http://es.wikipedia.org/wiki/Talidomida>

<http://www.latribunadeciudadreal.es/noticia/ZD6914B6D-0E0E-0546-1CF4CEBD74C7F91E/20141110/justicia/hijos/talidomida>

http://www.lawyerseekeurope.com/noticia_detalle.php?id=116

http://www.avite.org/recortes/141023_laverdad1.jpg

http://www.avite.org/recortes/141023_laopinion.jpg

http://www.avite.org/recortes/141023_elmundo.jpg

[Colección de artículos publicados en ABC durante los años 1962-1964](#)

-http://www.msal.gov.ar/tabaco/index.php/informacion-para_profesionales/tabaquismo-en-el-mundo-generalidades/i-que-hay-en-un-cigarrillo