



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Díaz, Julio Alberto

Los ilícitos intencionales en el *Common Law*

Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LI, núm. 152, 2018, Mayo-Agosto, pp. 505-536

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.14482/INDES.30.1.303.661>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42771810003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LOS ILÍCITOS INTENCIONALES EN EL *COMMON LAW**

INTENTIONAL OFFENSES UNDER COMMON LAW

Julio Alberto DÍAZ**

RESUMEN: La intención en la responsabilidad civil extracontractual en el *common law* ocupa un lugar de mayor destaque que en los sistemas codificados. En éstos, el elemento más relevante es el daño, existiendo éste, en la gran mayoría de los casos, poco importa si fue causado intencionalmente o no. Al contrario, en el *common law*, la presencia del elemento intencional va a dar lugar a toda una importante categoría: el *trespass*. En esta oportunidad nos proponemos centrar nuestra atención en los cuatro ilícitos intencionales contra las personas existentes: *battery*, *assault*, *false imprisonment* y provocación de daño psicológico (*infliction of mental distress*).

Palabras clave: derecho comparado, *common law*, responsabilidad civil, torts, ilícitos intencionales.

ABSTRACT: *Intention in extra-contractual civil liability under common law occupies a more prominent place than it does in codified systems. In such systems, harm is the most relevant component where, in the vast majority of cases, there is scant regard whether it was caused intentionally or not. On the contrary, under common law, the presence of intent leads to an important category: trespass. In this work we attempt to focus our attention on the four intentional unlawful acts that exist against people: battery, assault, false imprisonment and psychological damage provocation (infliction of mental distress).*

Keywords: *comparative law, common law, civil liability, torts, intentional offense.*

* Artículo recibido el 2 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 14 de diciembre de 2017.

** ORCID: 0000-0002-9900-0208. Doctor en derecho civil (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil), PhD in Law (University of Canterbury, Nueva Zelanda), posdoctorado (University of Ottawa, Canadá), master en derecho empresarial (Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, Brasil), abogado (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina) y profesor de la Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba, Argentina.

SUMARIO: I. *Orígenes de los torts*. II. *Trespass*. III. *Excluyentes de la ilicitud en los torts contra la persona*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. ORÍGENES DE LOS *TORTS*

Hasta la primera mitad del siglo XIX, la responsabilidad civil en el *common law* (*Tort Law*) tuvo muy poca importancia si comparada con su situación actual. McLaren¹ dice que se trataba apenas de “una bolsa de acciones dispersas”, el producto de muchos años de caótico desarrollo, sin una línea o unidad temática o de principios.²

Winfield destaca apenas una monografía significativa, aparecida en Inglaterra en 1860, en que a la materia es atribuido un carácter autónomo: *A treatise on the Law of Torts*, de Addison.³ En los Estados Unidos la cuestión no fue diferente. En 1853, un autor de preeminente reputación no conseguía un único editor capaz de publicar su libro cuyo tema central era el derecho de la responsabilidad (*Law of Torts*). La respuesta de los editores era que “no existía demanda para esa materia y, por tanto, su colocación en el mercado resultaba improbable.”⁴ Seis años más tarde Francis Hilliard parece haber vencido la dificultad y publica, en 1859, en Boston, su obra *Law of Tort or Private Wrongs*.

A pesar de su desarrollo tardío como unidad conceptual o ramo particular del derecho, la expresión *tort* era conocida desde antaño. La palabra deriva del latín *tortus*, y existía también en el francés antiguo del siglo XI reflejando la idea general de *injuria* o de ilícito.

Sin embargo, no es en la palabra *tort* que la génesis del derecho de daños en el *common law* debe buscarse, sino en la de *trespass*, “la madre fecunda de todas las acciones” en la feliz expresión de Maitland.⁵

¹ McLaren, John, *The Convergence of Tort and Contract: A Return to More Venerable Wisdom*, Can. Bar R. 46, 1989, p. 68.

² Es común la afirmación de que la publicación de casos y comentarios no se refería a los *torts* como una materia en sí misma, sino a una especie de atomización, generalmente referida a las formas más comunes de accidentes. Klar, Lewis N., *Tort Law*, Toronto, Carswell, 1991, p. 3.

³ Winfield, Percy H., *The Province of the Law of Tort*, Cambridge, 1931, p. 8.

⁴ *Harvard Law Review*, vol. 30, núm. 8, junio de 1917, p. 247.

⁵ Maitland, William, *Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, p. 48.

Es sabido que el procedimiento inglés se caracterizaba por su riguroso formalismo. Para poder intentar una acción en las cortes del Reino era necesario que el actor estuviese en posesión de un acto del rey: el *writ* (abreviatura de *writing*, que consistía en una orden del rey a la autoridad local para que convocase al demandado para dar satisfacción a la víctima.⁶ Cada *writ* era formulado en función de la especie del caso para el cual había sido concedido. Teóricamente, su número era ilimitado, sin embargo, con el tiempo la frecuencia con que se presentaban determinados tipos hizo que las fórmulas estereotipadas se limitasen a éstos. Establecida una lista restringida de hechos que podían dar lugar a recurso en la justicia, el actor incapaz de adaptar su caso a uno de aquéllos, quedaba desprovisto de acción. Inicialmente, el único tipo de *writ* que los damnificados podían obtener era el *writ of trespass*.

Durante casi tres siglos, los accionantes que pretendiesen demandar por algún otro tipo de ilícito no comprendido en aquellos referidos no conseguirían ser escuchados en los tribunales, simplemente porque cualquier ilícito, no contemplado en ellos, se encontraba excluido de toda protección. En otras palabras, una vez establecida la lista restringida de los hechos que podían dar lugar a un recurso ante el tribunal, el actor incapaz de adaptar su caso a uno de ellos, se encontraba huérfano de acción. En resumen, cuando un sujeto pretendía demandar a otro por un daño sufrido, la pregunta no era “¿ha violado el demandado alguna obligación que tenía en relación al actor?”, sino “¿Tiene el actor alguna forma de acción contra el demandado y, en tal caso, cuál de ellas?”

Esta circunstancia comienza a modificarse en el siglo XIV cuando un nuevo tipo de *writ*, denominado *trespass on the case*, empieza a ser usado en situaciones en que, si bien no estaban contempladas expresamente por un *writ of trespass*, eran lo suficientemente análogas a uno de éstos como para merecer protección. Estos dos tipos de acciones, *trespass* y *trespass on the case*, permanecieron lado a lado durante siglos y ellos constituyen la base fundamental del desarrollo del moderno derecho de daños del sistema del *common law*.

⁶ Potter, Harold, *Historical Introduction to English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1958, p. 21.

II. *TRESPASS*

En el lenguaje común, la expresión *trespass* significa el ingreso no autorizado en el terreno de otro. Sin embargo, desde el punto de vista legal, tiene un alcance mucho mayor ya que es aplicable a las interferencias producidas tanto en los inmuebles, como en los muebles y también en las personas (*quare clausuno fregit, de bonis asportatis y trespass vi et armis*).

En los tiempos de Eduardo I (1272-1307), conocido, quizás con algo de exageración, como “el Justiniano inglés”, la palabra *trespass* comprendía prácticamente todo tipo de ilícito, delito o quase-delito. En un sentido general, cualquier falta era considerada, en primer lugar, como *trespass* o *transgressio*, incluyendo las felonías (delitos), con la dupla ventaja sobre éstas de ser menos rigurosas formalmente y de excluir el detestable “juicio de batallas” (*trial of battle*).

Consustanciado indisolublemente con el *trespass* se encuentra la intencionalidad. La intención en la responsabilidad civil extracontractual en el *common law*, ocupa un lugar de mayor destaque que en los sistemas codificados. En éstos, en la responsabilidad extracontractual, el elemento más relevante es el daño; existiendo éste, en la gran mayoría de los casos, poco importa si fue causado intencionalmente o no. Las excepciones, si las hay, resultan tan insuficientes que tornarían imposible su agrupación en una clase con singular identidad. Al contrario, en el *common law*, la presencia del elemento intencional va a dar lugar a toda una importante categoría: el *trespass*. En esta oportunidad nos proponemos centrar nuestra atención apenas en los ilícitos intencionales contra las personas que son: *battery*, *assault*, *false imprisonment* e *infliction of mental distress*. Lo que éstos tienen en común, además del elemento de la intencionalidad, es el hecho de que deben ser cometidos a través de medios directos.

1. *Trespass contra la persona*

Se ha dicho que las interferencias directas y que implicaban un contacto físico eran acciones utilizadas como instrumento para preservar la paz y el orden en la sociedad, ya que ése era el tipo de conducta con mayor tendencia a alterarla por su potencialidad para provocar el deseo de venganza. La acción era concedida aun cuando no existiese lesión porque se consideraba que el ilícito resultaba no de la circunstancia de haber

causado algún daño físico, sino porque la seguridad de la víctima y, fundamentalmente, la tranquilidad de la sociedad habían sido alteradas.

En cada uno de los ilícitos contra la persona a los que nos estamos refiriendo hay dos elementos: la conducta, como elemento objetivo, y la intención, como elemento subjetivo.⁷

A. *Battery*

Consiste en el contacto directo, intencional e injustificado en otra persona sin su consentimiento. El grado o la intensidad de ese contacto parece ser irrelevante.⁸ Algunas decisiones procuran defender la aplicabilidad del adagio *de minimis non curat lex*,⁹ pero la doctrina, en general, defiende la idea opuesta.¹⁰

El requisito de la comisión directa resulta imprescindible. Para socorrer a las víctimas de daños apenas indirectos surgió, a partir del siglo XIV, un nuevo instrumento: la acción sobre el caso (*action on the case*) donde la víctima, al revés de lo que sucedía en el *trespass*, debía necesariamente probar la existencia de daño. Como hemos mencionado precedentemente, el *writ* de la acción “sobre el caso” no contenía ninguna fórmula estereotipada, como era el caso de los *writ* de *trespass*. Consistía apenas en una exposición sumaria de los hechos sobre los cuales la víctima fundamentaba su requerimiento a la justicia, ya que ninguna fórmula podría haber sido lo suficientemente amplia como para que se aplicase a todas las situaciones potencialmente existentes.

La particularidad singular de la acción sobre el caso es que, al mismo tiempo que exigía la prueba del daño, se constituía en la vía instrumental para introducir la noción de culpa en el derecho inglés, a pesar de tener, paradójicamente, en relación al *trespass*, un carácter puramente residual.

Ni un cierto grado de intensidad en la fuerza aplicada, ni la hostilidad en el contacto representan elementos esenciales de la *battery*. Existe

⁷ Fleming, John, *The Law of Torts*, Sidney, The Lawbook, 1987, p. 16.

⁸ Pollock, Frederick, *Law of Torts*, London, Stevens & Sons, 1951. p. 159.

⁹ *Mulholland v. Barlow*, 1914, 16 D. L. R. 862 (Ont. CA.); *Leadly v. Village of Forest Hill*, 1932, 41 O. W. N. (CA.) 39 Macdonald, en disidencia en *Loverock v. Webb*, 1921, 70 D. L. R. 748 (B. C. C. A.).

¹⁰ Salmond, John y Heuston, Robert, *Law of Torts*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 133; Winfield, Percy H., *op. cit.*, p. 55.

una antigua decisión (*Cole v. Turner*),¹¹ que reproduce las palabras del juez Holt, que continúan siendo frecuentemente repetidas hasta hoy “el mínimo contacto intencionado con otra persona es *battery*, pero si dos o más personas se encuentran en un pasaje estrecho y sin ninguna violencia o intención de daño, una toca a la otra, no lo es”.¹² Eso no significa que la mala intención o la hostilidad sean esenciales al concepto de *battery*. Un beso, o un abrazo no consentido, por ejemplo, también la constituyen. Lo que sucede es que la ley considera elemental un mínimo de tolerancia para los incidentes de la vida cotidiana, para los cuales habría una especie de consentimiento implícito por parte de todo aquel que interactúa en sociedad y, en consecuencia, se expone a alguna forma de contacto físico, como una pequeña palmadita en el hombro para llamar la atención de alguien.

La presunción de consentimiento constituye también la base para tornar legales algunos tipos de contactos físicos, como las lesiones sufridas durante la práctica de ciertos deportes o las operaciones quirúrgicas.

Si bien la protección de la ley se extiende a todas las partes del cuerpo, no es necesario que la piel de la víctima haya sido alcanzada por el contacto. En efecto, la *battery* comprende inclusive el contacto con las ropas que aquélla esté usando, las cuales son identificadas con la víctima misma. Si bien el más típico caso de *battery* se presenta en los golpes de puño o puntapié, el contacto también puede ser realizado a través de alguna extensión del propio cuerpo, como un pedazo de madera,¹³ caño o cualquier otro objeto que estuviere en las manos del autor de la acción ilícita, o lanzados por éste, como un balde de agua, o una piedra.¹⁴ Inclusive hay registros de decisiones en que se considera probada la *battery* por la simple acción que provocó el contacto, como retirar la silla en que la persona se iba a sentar.¹⁵ Más dudoso es el caso de proyección de luz, calor, ruidos o vapores en otra persona de modo a provocar una incomodidad en la persona.¹⁶

El contacto, aun cuando fuese mínimo, puede ser considerado ilícito ya que lo que interesa es el respeto a la dignidad de la persona. Por otro

¹¹ 1704, 6, Mod. Rep. 149.

¹² *Cfr. Campbell v. Samuels*, 1980, S. A. S. R. 389.

¹³ *Fagan v. Metropolitan Police Commissioner*, 1969, 1 Q. B. 439, p. 444.

¹⁴ *Fillipowich v. Nahachewsky*, 1969, 3 D. L. R. (3d) 544 (Sask.).

¹⁵ *Garrat v. Daily* 46 Wash 2d. 197, 1955. *Hopper v. Reeve*, 7 Taunt. 698, 1817.

¹⁶ Winfield, Percy, *op. cit.*, p. 55; Salmond, John y Heuston, Robert, *op. cit.*, p. 135.

lado, insistimos, se trata de un instrumento del Estado que refleja el interés en la preservación de la paz social, pues el ataque podría estimular el deseo de venganza. Por esa razón, el sentimiento de indignación personal despertado ha tenido siempre un considerable valor. En ese sentido, el demandado será responsable, no sólo por los contactos de los cuales resulta alguna lesión, sino inclusive aquellos relativamente triviales pero que son interpretados como ofensivos o insultantes. Así, ya se consideró *battery* como agarrar a alguien por la nariz,¹⁷ quitarle el sombrero,¹⁸ cortar el pelo,¹⁹ arrojarle agua,²⁰ o escupir a otro.²¹ La idea subyacente es que resulta más conveniente admitir acciones por ese tipo de actos, de invasiones aparentemente mínimas, que dejar abierta la puerta para represalias más violentas que pudieren generar en el espíritu de las víctimas.

La mayoría de la doctrina considera que el ilícito se configura aún cuando no haya existido la intención de causar daño ni ofensa con el contacto,²² como ocurre en el caso del beso no consentido, o inclusive en circunstancias de querer auxiliar a otro.²³

El actor deberá probar el elemento intención si pretende tener éxito en su demanda. Es decir, deberá evidenciar que el agresor quería el contacto, o que, al menos, sabía que su accionar muy probablemente llevaría al contacto físico. El simple descuido o la negligencia que apenas crea el riesgo de contacto podrían dar lugar a otra acción, pero no es suficiente para constituir *battery*.²⁴ En ese sentido, el requisito no estará satisfecho si el mismo sólo pretendía asustar al sujeto y el contacto fue meramente accidental.

¹⁷ *Stewart v. Stonehouse*, 1926, 2 D. L. R. 683 Sask CA.

¹⁸ *Seigel v. Long*, 1910, 169 Ala 79, 53 So 753.

¹⁹ *Forde v. Skinner*, 1830, 4 C.&P 239, 172 E. R. 687.

²⁰ *Soon v. Jong*, 1968, 70 D.L.R. (2d) 160.

²¹ *Scoot v. R.*, 1975, 24 C. C. C. (2d) 261 (Fed. CA.), *R. v. Cotesworth*, 1704, 6 Mod. Rep. 172.

²² Trindade, Francis y Cane, Peter, *The Law of Torts in Australia*, Melbourne, Oxford, 1985, p. 31.

²³ *Clayton v. New Dreamland Cane*, Peter, *The Law of Torts in Australia*, Melbourne, Oxford Press, 1985, p. 31. Roller Skating Rink, 1951, 82 A. 2 d. 458, manipulación de un brazo quebrado para enderezarlo. *Donselaar v. Donselaar*, 1982, 2 N. Z. L. R. 97. 110.

²⁴ Prosser, William y Keeton, Robert, *Prosser y Keeton on Torts*, St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1984, p. 41.

No obstante, el requisito de la intencionalidad no necesariamente deberá estar presente al comienzo de la acción, siempre y cuando lo esté en algún momento antes de la finalización de ésta. En *Fagan v. Metropolitan Police Commissioner*, por ejemplo, el demandado accidentalmente pisó con su auto a un policía. Cuando el agente le gritó que moviera el vehículo para liberar su pie, el demandado deliberadamente demoró su acción. El tribunal lo condenó por considerar que el elemento intencional de practicar un contacto ilícito estaba dirigido a una acción en progreso.

Es importante enfatizar que lo único que el actor deberá probar es que el agresor quiso el contacto, no que hubo intención de causar daño o lastimar al otro. La ley considera al contacto en sí mismo como un ilícito, por lo que se podrá accionar por *battery* aun cuando ninguna lesión haya sido sufrida.

Por otro lado, la mayoría de los tribunales interpreta que, en orden a considerar que hubo comisión de *battery*, el demandado debe haber practicado alguna acción positiva y, por tanto, la simple obstrucción del paso, aun cuando pueda constituir otro *tort*, no configura *battery*.

La clase de conducta, el contexto social, la relación entre las partes o los medios de contacto son elementos que pueden influenciar en la determinación de la existencia o no de *battery*. Por ejemplo, las expectativas de una persona en un transporte público repleto de gente naturalmente son diversas de las que la misma persona tendría en otro lugar o circunstancias; la relación entre marido y mujer o entre amigos íntimos podría representar un consentimiento presunto para determinado tipo de contactos, los que resultarían inaceptables entre dos extraños; besar a alguien sin su consentimiento es completamente diferente de tocar el hombro de alguien para llamar su atención, etcétera.

La protección que se concede a la persona por medio de la acción de *battery* es tan importante, que la misma estará configurada aún cuando la víctima sea totalmente inconsciente en el momento de su realización, como en el caso de un beso mientras ésta se encuentra dormida o anestesiada.

La responsabilidad del demandado por el daño resultante se extiende, como en la mayor parte de los *torts* intencionales, inclusive a consecuencias que éste no pretendió, ni pudo razonablemente prever, basados en la natural argumentación de que, en los daños inesperados, es más acorde a los principios de justicia hacerlos recaer en el sujeto que actuó con cierta intencionalidad, que en la víctima completamente inocente.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 152, pp. 505-536.

B. *Assault*

Defínase al *assault* como todo acto que directa e intencionalmente provoque a otro el temor de un inminente contacto físico dañoso u ofensivo a su persona. En otras palabras, el temor de la inminencia de sufrir *battery*.

En la mayoría de los casos un *assault* precede a una *battery*, aunque sea por intervalos muy breves, pero es posible también la existencia de esta última sin el primero cuando la víctima no ha tenido conciencia del peligro que la acechaba, por ejemplo si recibe un ataque por la espalda, o un disparo mientras se encontraba durmiendo. Naturalmente, también es posible la existencia de *assault* sin la subsecuente *battery*, como sucede en los casos en que el agresor no está dispuesto a llevar adelante sus amenazas.

La esencia de este *tort* es, por tanto, la aprehensión producida. Para el análisis de su determinación se considera la que una persona razonable pudiera sentir, es decir, se trata de una evaluación objetiva. Excepcionalmente, la ley protege también a la persona excesivamente temerosa o particularmente susceptible a intimidaciones cuando esa circunstancia es conocida por el agresor, quien actúa en consecuencia.²⁵ El ilícito es singular en la medida en que se trata del único caso en el *common law* en que una mera sensación ofensiva, desacompañada de cualquier síntoma psicossomático que provoque traumas externos, da lugar a una acción de responsabilidad.²⁶ La explicación para esto obedece a que esta transgresión representaba una significativa forma de rompimiento o alteración de la paz social, contra la cual, justamente, se había creado la acción de *trespass* como instrumento para reforzar el derecho penal.²⁷

No es necesario que el autor de la acción pretenda, de hecho, emplear la fuerza o violencia, lo que interesa es la razonable creencia de la víctima de encontrarse próxima a ser objeto de un acto de tal naturaleza. Así, por ejemplo, constituye *assault* apuntar un arma descargada, aun cuando esta circunstancia sea del conocimiento del agresor, siempre que ignorada por la víctima.²⁸

²⁵ *Bunyna v. Jordan*, 1937, 57 C. L. R. 1.

²⁶ Fleming, John, *Introduction to The Law of Torts*, Sidney, Oxford, 1998, p. 3.

²⁷ Street, *op. cit.*, p. 20.

²⁸ *Kennedy v. Hanes R.*, 1940, 461, confirmado en 1941, S. C. R. 384. OR.; *McClelland v. Symons*, 1951, V. L. R. 157.

La conciencia de la amenaza, al revés de lo que ocurre en la *battery*, es esencial. En consecuencia, no constituye *assault* el apuntar un arma a alguien que ignora que está siendo apuntado. Golpear a una persona mientras duerme o desde atrás, es *battery*, pero no puede constituir *assault* debido a la inexistencia de la aprehensión del ataque.

El efecto producido en la víctima no necesariamente debe ser temor, miedo o alarma, sino que es suficiente la aprehensión de sufrir violencia. Si así no fuese, las personas más valientes estarían imposibilitadas de apelar al *assault* por el simple hecho de la ineficacia de la intimidación (entendida ésta como el efecto subjetivo de la amenaza).

Prosser afirma no ser imprescindible la conciencia de que la amenaza tiene su origen en la conducta hostil humana, como sería el caso en que alguien provoca una explosión que coloca a la víctima en situación de temor por su vida o seguridad personal.²⁹

El concepto de aprehensión presupone, indiscutiblemente, la posibilidad de ejecución inmediata de la amenaza. En consecuencia, no habrá *assault* si la distancia entre el sujeto que amenaza y la víctima es lo suficientemente grande como para imposibilitar la concretización de la agresión como, por ejemplo, mostrar amenazadoramente los puños por la ventana de un tren que está partiendo para alguien que se encuentra en la plataforma, o desde la otra orilla de un río ancho y profundo.

Tampoco existirá aprehensión de la inmediatez del ataque si el agresor amenaza con el uso de la fuerza física o violencia en un futuro más o menos distante, como podría suceder con amenazas hechas telefónicamente (a no ser que se encuentre en un lugar muy próximo o que la amenaza consista en la detonación de un explosivo por control remoto).

Una vez generada la aprehensión en la víctima, es irrelevante que el sujeto que amenaza desista voluntariamente sin haber llegado a causar daño. El ilícito se concretiza con la alteración de la paz mental de la víctima, y la desistencia a proseguir la conducta en dirección a la *battery* no obstaculiza la configuración del *assault*.

No hay consenso en relación a si las palabras, desacompañadas de cualquier gesto o movimiento corporal, constituyen o no *assault*. Antiguamente se sostenía que las meras palabras, sin una conducta que señalase que la amenaza iba a ser ejecutada, carecían del contenido de inmediatez

²⁹ Prosser, William y Keeton, Robert, *op. cit.*, p. 44.

imprescindible al *assault*. (*R. v. Meade & Belt*, 1823), pero en *R. v. Constanza*, 1997 esa jurisprudencia parece haber sido modificada.

Por el contrario, está claro que las palabras sí pueden dar a un determinado acto, que en sí mismo es inofensivo, el carácter de ilícito. Por ejemplo, poner las manos en el bolsillo es un acto completamente inofensivo, pero si simultáneamente el sujeto dice que va a tomar un arma y disparar, es *assault*. De igual modo, las palabras pueden neutralizar la ilicitud de un acto que en sí mismo constituiría un acto amenazador. Por ejemplo, si alguien toma un cuchillo y lo dirige a otro habrá *assault*, pero, si al mismo tiempo pronuncia palabras que dejan claro que no hará uso de él, la transgresión no estará tipificada.³⁰ Por el contrario, las palabras que no retiran el contenido amenazador sino que simplemente lo condicionan de algún modo no desconfiguran la existencia de *assault*, como sería el caso de un sujeto que amenaza a otro con “romperle el cuello si no se va de allí”.³¹

Algunas conductas pueden ser dudosas en cuanto a su potencial intimidatorio y dependerá de las circunstancias que la acompañan el poder establecer si hubo o no *assault*. En ese orden, por ejemplo, hay pronunciamientos en el sentido de que seguir una mujer en la calle no configura ilícito si esa conducta no se encuentra acompañada de sugerencias indecentes o amenazas.³²

En el fondo, lo que debe ser analizado es el contexto. Por eso la doctrina enseña que las palabras son siempre pronunciadas dentro de un contexto y es en ese contexto que las mismas pueden provocar aprehensión.³³

En el mismo sentido se ha afirmado que bloquear el paso, permaneciendo parado en una entrada, no constituye *assault*, pues se exige una acción positiva, aunque en realidad esto debe ser interpretado con cuidado. Lo que se requiere es que haya existido alguna señal indicativa de la inminencia del contacto; es decir, que la aprehensión no sea el fruto espontáneo de la víctima sin ninguna circunstancia que la justifique. Si el agresor eligió, como instrumento de la intimidación, instalarse en el medio del camino de brazos cruzados y esa pasividad es percibida e interpretada con el sentido que se quiso dar a la pasividad, no vemos razón para excluirla de la noción de *assault*. De cualquier manera, en ese caso,

³⁰ Linden, Allen, *Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1993, p. 44.

³¹ *Read v. Coker*, 1853, 13 CB 850.

³² *Fodgen v. Wade*, 1945, N. Z. L. R. 724.

³³ Prosser, William y Keeton, Robert, *op. cit.*, p. 44.

la pasividad debe ser analizada en conjunto con la acción positiva anterior de adoptar esa posición para intimidar.

De la misma forma, el silencio, acompañado de otras circunstancias podría ser considerado *assault*. En *R. v. Ireland* (un caso criminal), el acusado realizó una serie de malintencionadas llamadas telefónicas a tres mujeres. Cuando atendían, él permanecía en silencio. Las mujeres, como consecuencia de ello, resultaron con trastornos psicológicos. El acusado fue imputado por la comisión de *assault* causador de daño físico y condenado. La Cámara de los Lores ratificó la condena afirmando que sus llamadas telefónicas silenciosas llevaron a las señoras a creer que irían a ser atacadas por quienquiera que fuese que estuviese al otro lado de la línea. Esto aun cuando existiese algún intervalo de tiempo entre que el acusado abandonase el lugar desde el cual se encontraba haciendo las llamadas y la casa donde ellas estaban.

C. *Detención o privación ilícita de la libertad* (false imprisonment)

La expresión en inglés *false imprisonment* es equívoca en un doble sentido, primero porque no hay nada en ella de “falso” en el sentido de “irreal”, sino que se refiere a la idea de ilícito o ilegal y, en segundo lugar, porque si bien es posible que la figura represente un verdadero encarcelamiento en el sentido de confinamiento en una prisión, ello no representa en absoluto un requisito para la constitución de la transgresión de que se trata. Es verdad que en sus orígenes estaba destinada a conceder compensación por el sufrimiento de prisión o encarcelamiento ilegal, pero esa aplicación estricta ha sido superada hace ya tiempo.³⁴ Lo que se protege es la libertad de movimiento y, en ese sentido, la privación de la libertad puede presentarse en la calle,³⁵ en un automóvil,³⁶ en un tren en movimiento,³⁷ en el ascensor,³⁸ etcétera.

³⁴ *Blundell v. Atk. Gen.*, 1967, N. Z. L. R. 492. En la actualidad, la acción es utilizada con más frecuencia en los casos de detención por autoridad pública, o en la sospecha de hurtos en locales comerciales.

³⁵ *Lukas v. J. C. Penney Co.*, 1963, 233 Or. 345, 378 P. 2d 717.

³⁶ *Burton v. Davies*, 1953, Q. S. R. 26; *Cieplinski v. Severn*, 1929, 269 Mass. 261, 168 N. E. 722.

³⁷ *Ward v. Egan*, 1935, 64 Can. C. C. 21.

³⁸ *Turney v. Rhodes*, 1930, 42 Ga. App. 104, 155 S.E. 112.

La detención ilícita es el acto que intencionalmente provoca la total restricción de la libertad o confinamiento de una persona en un espacio limitado, sin justificación legal. Es esencial para su configuración que el sujeto se encuentre, de hecho, gozando de su libertad y, por tanto, alguien que ya se encuentra en prisión en cumplimiento de una detención legal, no podría accionar invocando la comisión de este ilícito por haberse afectado su “libertad residual”.³⁹

La expresión “detención” representa la idea de restricción dentro de los límites establecidos por una voluntad o poder distinto del propio. La extensión de los límites en los cuales la víctima se encuentra confinada es indiferente, pudiendo ser tan estrecha como el cubículo de un ascensor, o tan amplia como el perímetro de un aeropuerto. El tiempo de la privación de la libertad también es indiferente, por lo que aun el más breve será suficiente. La antigua noción del confinamiento subsiste, sin embargo, en el sentido de que la restricción de la libertad debe ser total, más que la de una simple limitación del derecho de ir a donde la víctima lo desee.⁴⁰ De ese modo, no constituye detención ilícita obstruir el paso de una persona en una única dirección, o impedir el abandono de un área determinada a través de una salida si existe otra vía alternativa que no ofrezca peligro para la vida, o riesgo físico de aquélla.⁴¹ Por el contrario, habrá *false imprisonment* aun frente a la existencia de una vía alternativa de escape, si ésta es desconocida para la víctima.

En *Bird v. Jones*⁴² el actor había sido impedido por el accionado de usar parte de un puente, normalmente usado para transitar, al colocar unas sillas para asistir a una regata que estaba teniendo lugar en el río. Este último le manifestó que podía usar la otra parte del puente, pero el primero se recusó y, cuando pretendió usar la fuerza para desbloquear ese sector, fue detenido por policías que se encontraban en el lugar. Llevado a juzgamiento, el tribunal interpretó que no hubo detención ilícita porque la restricción total de la libertad, necesaria para su configuración, no había existido. En voto disidente, Lord Denman expresó: “En la medida en que yo esté siendo privado de hacer lo que tengo derecho

³⁹ *R. v. Deputy Governor of Parkhurst Prison*, ex p. Hague [1991] A.C. 58, 162-165.

⁴⁰ Cfr. Prosser, *op. cit.*, p. 47; Fleming, *op. cit.*, p. 27. *Williams v. Hursey*, 1959, 103 C. L. R.

⁴¹ Cfr. Pollock, Frederick, *op. cit.*, p. 164. *Balmain New Ferry v. Robertson*, 1906, 4 C. L. R.

⁴² 1845, 7 Q. B. 742.

de hacer, ¿qué importancia tiene que se me permita hacer otra cosa diferente?”

Un aspecto controvertido es el de si resulta necesario que la víctima tenga conocimiento de la privación de libertad de que está siendo objeto. Una importante decisión del juez Atkin afirma que “una persona puede estar prisionera sin su conocimiento, mientras duerme, estando alcoholizado, en estado de inconsciencia o privado de sus facultades mentales”.⁴³

En un caso frecuentemente referido, el actor, por orden de sus patrones, (los demandados) había comparecido al escritorio de éstos que le exigían explicaciones en relación a algunos robos que venían sucediendo, sin saber que tres detectives se encontraban del lado de afuera con instrucciones de impedirle que se alejara del lugar si intentaba hacerlo.⁴⁴

Un fallo más antiguo (considerado por importante sector de la doctrina desde todo punto de vista censurable) contrasta con esa decisión. En *Herring v. Boyle*, el director de una escuela de internado se negó a permitir que la madre de un alumno lo llevase a casa para las vacaciones de Navidad, alegando encontrarse atrasada con el pago de las mensualidades escolares. En la sentencia se expresaba que no era procedente la acción de detención ilegítima porque no resultó probado que el niño había permanecido contra su voluntad o, por lo menos, que la negativa de liberación había sido realizada en su presencia, en otras palabras, que el actor (el niño) no había tenido conocimiento de la existencia de ninguna restricción.⁴⁵

La restricción a la libertad se puede alcanzar por medio del uso de la fuerza, o amenaza de fuerza a la cual la víctima se somete. Es suficiente que ésta sufra una razonable aprehensión del uso de la fuerza derivada de la conducta del agresor aún cuando, de hecho, ninguna fuerza haya sido empleada, ni ninguna amenaza haya sido externalizada.

La presencia de personas con aparente autoridad para efectuar detenciones, como policías uniformados o personal de seguridad, naturalmente

⁴³ *Meering v. Graham White Aviation Co.*, 1919, 122 L. T. 44.

⁴⁴ Por mayoría de dos a uno el Tribunal de Apelación consideró irrelevante la falta de conocimiento. La decisión es criticada por Goodhart en *Restatement of the Law of Torts*, 1935, 83 U. Pa. L. R. 411, 418, pero defendida por Prosser en *False imprisonment: Consciousness of Confinement*, 1955, 55, Col. L. R. 847. El principio fue reafirmado por la Cámara de los Lores en *Murray v. Ministry of Defence*, 1988, 2 All E.R. 521. En los Estados Unidos el *Restatement of Torts* (Second), §42 exige el conocimiento de la privación de la libertad.

⁴⁵ *Herring v. Boyle*, 1834, 1C. M. & R. 377.

provoca en las personas comunes la idea de la obligación de obedecer.⁴⁶ En estos casos, eventualmente podría haber dificultad para establecer los límites entre el consentimiento, por un lado y la pacífica, pero involuntaria sumisión, por el otro. En *Lebrun v. High-Low Foods Ltd.*,⁴⁷ por ejemplo, la víctima había consentido en la búsqueda, en su automóvil, de cigarrillos que habían desaparecido del supermercado en donde acababa de efectuar compras. Su consentimiento derivaba de la creencia de que la negativa iría a derivar en su detención por el guardia de seguridad que exigía la requisa del vehículo.

Del mismo modo, habrá detención ilícita si la víctima acompaña a otro sujeto apenas para evitar una escena vergonzosa,⁴⁸ o si éste retiene algún objeto personal valioso que pertenezca a aquella.⁴⁹

Generalmente, la detención ilegítima se constituye a través de medios positivos, pero también puede ser realizada por medio de omisiones como no liberar al prisionero al final de su sentencia.⁵⁰ Sin embargo, esa cuestión ya fue decidida en sentido opuesto. En un conocido caso resuelto por la Cámara de los Lores (*Herd v. Weardale*), un minero había descendido a la mina a cumplir sus tareas como habitualmente lo hacía, y encontrándose abajo, después de una discusión, se negó a continuar trabajando y exigió ser llevado a la superficie. Los acusados se negaron a facilitarle el uso del elevador que se encontraba libre y tuvo que esperar unos veinte minutos hasta el cambio de turno para poder salir. En esa oportunidad, sin embargo, las razones esgrimidas fueron que se trataba de un caso de aplicación de la regla *volenti non fit injuria*. Se afirmó que cuando alguien ingresa en la propiedad de otro, en cumplimiento de contrato o con autorización, no puede alegar detención ilícita simplemente porque no se le permite salir

⁴⁶ *Campbell v. S. S. Kresge Co.*, 1976, D. L. R. (3d) 717; *Lebrun v. High-Low Foods Ltd.*, 1968, 69 D. L. R. (2d) 433 (B. C. S. C.); *Otto v. Grant Wallace Ltd.*, 1988, 2 W. W. R. 728 (Alta. Q. B.).

⁴⁷ 1968, 69 D. L. R. (2d) 433 B. C. S. C.; *Otto v. Grant Wallace Ltd.*, 1988, 2 W. W. R. 728 (Alta. Q. B.).

⁴⁸ *Sinclair v. Woodward's Store Ltd.*, 1942, 2 D. L. R. 395 (BC); *Conn. V. David Spencer Ltd.*, 1930, 1 D. L. R. 805 (BC); *Chaytor v. London, New York & Paris Assoc. of Fashion Ltd.*, 1961, 30 D.L.R. (2d) 527.

⁴⁹ *Ashland Dry Goods v. Wages*, 1946, 302 Ky. 577, 195 S.W. 2d. 312.

⁵⁰ Distinta es la cuestión de quien acciona por privación ilegítima de su “libertad residual” encontrándose legalmente en prisión: *R. v. Deputy Governor of Parkhurst Prison*, exp. Hague [1991] A. C. 58, 162-165.

de una manera inconsistente con los términos en los cuales entró, o si se le niegan facilidades especiales en un horario no contemplado entre las partes.⁵¹

A una conclusión similar ya se había arribado en *Robinson v. The Balmain New Ferry C. Ltd.*⁵² Una persona había ingresado a los muelles pertenecientes a la compañía pretendiendo cruzar la bahía hasta Balmain. Pagó un *penny* para atravesar el molinete, pero cuando se enteró que el *ferry* acababa de partir y el próximo sólo iría a salir veinte minutos más tarde decidió retornar. A la salida se encontraba otro molinete para el cual había que pagar otro *penny*, que la persona en cuestión se negó a pagar, permaneciendo detenido en el área por un breve período hasta que le fue permitido saltar por encima del molinete.

La sentencia, que declara no haber existido detención ilícita, destaca que los demandados no estaban obligados a permitir la salida de sus instalaciones gratuitamente a las personas que ingresaron en virtud de un contrato que contemplaba el abandono del muelle a través del *ferry* en la dirección opuesta. Es decir que para el tribunal fue fundamental la circunstancia de que el accionante había contratado dejar el muelle por la otra salida.

Winfield se pregunta si podrían haberlo mantenido en aquella condición indefinidamente. El prestigioso autor también plantea la cuestión de las personas que abordan el ómnibus equivocado y a quienes no se les permite descender sin pagar, o del estudiante que entra por error a otra sala y el profesor le prohíbe salir hasta el final de la clase, bajo el argumento de que iría a interrumpirla (aún cuando el esfuerzo en mantenerlo en esas condiciones significase aún más interrupción...), concluyendo que la decisión debe basarse en si el error era razonable y si la condición exigida para la salida también lo era.⁵³

Herd v. Weardale es una decisión de la Cámara de los Lores, y *Robinson v. The Balmain New Ferry C. Ltd.* del Privy Council; es decir, tanto el uno como el otro, de la mayor autoridad. Se ha sugerido; sin embargo, que ambos

⁵¹ Otra explicación puede ser encontrada en la distinción entre actos y omisiones: podría argumentarse que los demandados simplemente omitieron llevar a cabo acciones que condujesen a la liberación del accionante en circunstancias en que no existía el deber de actuar.

⁵² 1906, 4 C. L. R. 379.

⁵³ Winfield, *op. cit.*, p. 62.

proviene de una época en que el principio del *pacta sunt servanda* debía prevalecer sobre cualquier otro. En la actualidad sería difícil de sustentar una decisión que sostuviese que el consentimiento contractual, una vez otorgado no puede ser revocado como se desprende de *Herd v. Weardale*, o que el acreedor puede privar al deudor de su libertad a los efectos de obligarlo a pagar su deuda.⁵⁴

En un interesante artículo, Tan sostiene que el consentimiento para la restricción de la libertad, generalmente puede ser retirado en cualquier momento, siendo ese asentimiento independiente de la voluntad asumida contractualmente y, por tanto, cualquier limitación, con posterioridad a la revocación del consentimiento, debe ser considerada *false imprisonment*.⁵⁵

Finalmente, cabe enfatizar que la detención ilícita no requiere la existencia de daño. No obstante, la restricción de la libertad debe ser intencional, si es causada negligentemente, por ejemplo, encerrando a alguien por descuido en una biblioteca, la víctima deberá probar el perjuicio.⁵⁶

D. *Provocación intencional de angustia mental o daño psicológico* (infliction of mental distress)

En 1896, el juez Wright en *Wilkinson v. Downton*⁵⁷ estableció por primera vez que si una persona voluntariamente provoca daños psíquicos a otra a través de la práctica de un acto calculado para causarlo, debe responder.

El caso analizaba la conducta de un sujeto que, aparentemente con la intención de divertirse, se presentó en la casa de una mujer diciendo que su marido estaba gravemente herido, se encontraba tirado en el suelo, con las dos piernas quebradas y que debía ir inmediatamente con dos almohadas para poder transportarlo a su casa. La historia era completamente falsa y la mujer, que había creído en ella, tuvo un shock nervioso que le provocó vómitos y otras graves y permanentes consecuencias físicas.

⁵⁴ Trindade, Francis y Cane, Peter, *op. cit.*, p. 52, enfatizan que en el caso Robinson se trató de una prisión por deudas. La opinión no toma en consideración la circunstancia de que el molinete aún no había sido atravesado, motivo por el cual todavía no existía ninguna deuda.

⁵⁵ Tan, Keng Fang, *A Misconceived Issue in Tort Law*, MLR, 1981, pp. 44, 161.

⁵⁶ *Sayers v. Harlow U. D. C.*, 1958, 1 W. L. R. 623.

⁵⁷ 1897, 2 Q. B. 57.

Las circunstancias no encajaban en las formas de ninguno de los *torts* existentes en la época. El más próximo era el *assault*, pero no había habido amenaza de daño inminente. Por otro lado, el demandado había apenas hablado y el *trespass* exigía un acto. El daño no había sido infligido directamente (*corpore corpori*), sino indirectamente, a través de la palabra. Pero, no era apenas eso, sino que en 1896 los tribunales no estaban preparados para conceder acciones por shock nervioso.

Wilkinson v. Downton se refiere, en particular, a una afirmación falsa dirigida a producir daño, pero comprende tanto afirmaciones (palabras) como actos y no hay nada en la decisión que sugiera que la afirmación deba, necesariamente, ser falsa para ser procedente.⁵⁸ Lo que interesa es que haya sido realizada intencionalmente para causar daño.⁵⁹

Eso no significa que los portadores de malas noticias se encuentren en una situación de desventaja en función de que la información que se disponen a transmitir pueda poseer en sí misma un alto potencial de dañosidad psíquica. En *Mount Isa Mines v. Pusey*,⁶⁰ se determinó que no hay obligación frente a la ley de transmitir malas noticias de una manera delicada, de modo a minimizar el riesgo de daño psíquico, ni obligación de no hacer nada que produzca malas noticias... a no ser que exista intención de causar *shock* nervioso.⁶¹

Wilkinson v. Downton tuvo aplicación nuevamente en Inglaterra en *Janvier v. Sweeney*.⁶² Un hombre (detective particular que buscaba unas cartas) se presentó en la casa de la señora Janvier diciendo ser inspector de Scotland Yard, que venía en representación de las autoridades militares, y que la estaba buscando por estarse escribiendo con un espía alemán. Las ame-

⁵⁸ Klar, Lewis, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁹ Trindade, Francis, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁰ 1970, 125 C. L. R. 383, 407.

⁶¹ Durante las sesiones para elaborar el proyecto del *Restatement of the Law of Torts*, el profesor Prosser contó la siguiente historia para dar un ejemplo donde el demandado, nítidamente, no sería responsable. La señora Murphy se encontraba durmiendo en su casa una noche mientras su marido trabajaba en el turno de la noche en las minas de carbón de la ciudad. De repente es sobresaltada por un ruido, y se asoma a la ventana. El demandado, uno en un grupo de mineros, grita: “Usted es la viuda de Murphy?”; “Mi nombre es Murphy, pero no soy viuda” —responde—. “¿Quién dice que no?”, su marido había muerto en una explosión en la mina y ésa fue la forma que encontraron sus colegas para informarla. *Proceedings of the American Law Institute*, p. 292.

⁶² 1919, All E. R. 1056.

nazas y las circunstancias le provocaron un fuerte shock nervioso que le significó un largo periodo de enfermedad atribuido a las palabras usadas en aquella ocasión.

La Corte, no apenas ratificó la vigencia de *Wilkinson v. Downton*, sino que dijo tratarse de un caso más extremo todavía, ya que en aquél el demandado pretendía apenas hacer una broma, mientras que en éste hubo la intención de aterrorizar a la víctima con el propósito de obtener, ilegítimamente, un objeto deseado.

Wilkinson v. Downton también ha sido aplicado a actos y no palabras. En *Purdy v. Woznesensky*,⁶³ el demandado había atacado y golpeado violentamente al marido de la accionante en su presencia, lo que le provocó un shock nervioso y daño en su salud. En la sentencia se dice que un hombre razonable debía saber la preocupación y el cuidado intuitivo que una esposa siente por su marido. En consecuencia, debería haber previsto que, obligándola a presenciar un ataque tan imprevisto y violento como el que practicó con su marido, iría a afectar su sistema nervioso de modo a provocarle daño físico.⁶⁴ Si bien el lenguaje utilizado resulta más apropiado para un caso de negligencia que el de un *tort* intencional, a rigor, le fue atribuido al demandado la intención de causarle daño psíquico.

Otra cuestión que ya tuvo oportunidad de ser analizada en el *Common Law* es si las palabras o dichos deben ser dirigidos a la víctima o, por lo menos, realizados en su presencia. En *Bielitski v. Obadiak*,⁶⁵ un sujeto telefonó varias veces a una persona con la noticia falsa de que el hijo de otra señora, que vivía en la misma casa, se había suicidado ahorcándose con una soga. El relato había sido realizado con la seguridad de que la noticia finalmente habría de llegar hasta la señora Bielitski, como de hecho sucedió, y que terminó sufriendo un fuerte impacto emocional que le causó una seria enfermedad. La Corte de Apelaciones de Saskatchewan concluyó que “cualquier persona razonable sabría que la consecuencia natural y probable de divulgar una noticia de esa naturaleza sería que habría de llegar hasta la accionante causándole, con absoluta seguridad, no apenas angustia psíquica sino daño físico”.⁶⁶

⁶³ 1937, 2 W. W. R. 116 (Sask. CA).

⁶⁴ Klar, con razón, afirma que ese lenguaje era mas apropiado para *negligence* y no *Wilkinson v. Downton*. Klar, Lewis, *op. cit.*, p. 54. También véase Fleming, John, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁵ 1922, 65 D. L. R. 627 Sask. CA.

⁶⁶ 1922, 2 W. W. R. 242.

Otro espantoso caso, juzgado por la corte de Iowa, es el de *Blakeley v. Shortal's Estate*⁶⁷ donde un sujeto decidió que sería una buena idea suicidarse cortándose la garganta con un cuchillo de cocina de la actora, en su ausencia. Cuando ésta regresó se deparó con la horrible escena del cuerpo ensangrentado y charcos de sangre por todas partes.

El temor a las falsas denuncias, las dificultades de prueba del sufrimiento mental y la argumentación de la potencialidad de una catarata de acciones hizo que el *Common Law* se autoprotgiese creando una serie de salvaguardias para desalentar las demandas fútiles y establecer un límite, a partir del cual no habría reparación. Éstas sólo tendrán lugar cuando exista una conducta que exceda todos los límites habitualmente tolerados por la sociedad, que sea de una naturaleza especialmente calculada para causar, y que de hecho cause, daños mentales de gravedad.⁶⁸

En primer lugar, debe tratarse de una conducta capaz de alterar las emociones de una persona razonable, es decir, no habrá reparación en el caso de personas particularmente sensibles, o con reacciones impropias de las personas comunes. Una prueba del rigor con que esa exigencia es a veces requerida puede ser constatada en el caso australiano de *Bunyan v. Jordan*.⁶⁹ La actora, una joven de 22 años en la época de los hechos, trabajaba como empleada en la tienda del accionado. El día del incidente, entró a su local de trabajo y encontró a su patrón, aparentemente alcoholizado, sentado frente a una mesa con un revólver y una botella con la inscripción “veneno”. Posteriormente ella lo escucha diciéndole a sus hijos (con el objetivo de ejercer presión sobre ellos) que se iba a suicidar. Inmediatamente después, la joven se aleja hasta un local vecino y escucha un disparo de arma de fuego. El demandado no tenía intenciones de suicidarse y había actuado de esa manera sólo para atemorizar a sus hijos. El incidente provocó a la accionante una grave perturbación de su sistema nervioso.⁷⁰

Las argumentaciones de la sentencia no parecen exentas de crítica: “en el caso de personas normales”, decía, “si una persona dice que va a matar a alguien y después ellas escuchan un disparo, o inclusive ven a la

⁶⁷ 1945, 236 Iowa 787, 20 N. W. 2d. 28.

⁶⁸ Prosser, William y Keeton, Robert, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁹ 1937, C. L. R. 1 (H. C. Aus.). Véase crítica de Williams, “Tort Liability for Nervous Shock in Canada”, *Linden Studies in Canadian Tort Law*.

⁷⁰ 1957, 21 W. W. R. 658 (Man. Q. B.).

persona matarse, o matar a un tercero, pueden perturbarse o incomodarse en diferentes grados, pero no irán a enfermarse como consecuencia de una crisis nerviosa”.⁷¹

Otra importante salvaguardia es que la perturbación emocional debe venir acompañada de daño físico objetivo y substancial, o de consecuencias psicopatológicas. La simple angustia, o el miedo, no son suficientes. En otras palabras, la seguridad emocional como derecho en sí no existe, salvo el caso particular del *assault*.

En *Radovskis v. Tomn*,⁷² por ejemplo, la madre de una niña de cinco años, que había sido violada, no obtuvo reparación por el shock nervioso que aquella había sufrido porque no hubo prueba de consecuencias físicas.

La línea aparece un poco más tenue en *Edmons v. Armstrong Funeral Home*,⁷³ donde se concedió indemnización por la angustia mental sufrida por el autor, cuando los demandados permitieron el ingreso de un médico al recinto de la casa funeraria, donde estaba siendo velada su esposa, para practicar una autopsia en el cadáver, sin su autorización.

En los Estados Unidos, en 1948, hubo una enmienda al *Restatement of Torts* declarando innecesaria cualquier consecuencia física. La conclusión de la doctrina es que, frente a la ausencia de daño físico, la inclinación de los tribunales a partir de entonces fue la de tender a exigir más en el desajuste de la conducta del demandado, como medio para garantizar que la perturbación mental alegada no sea ficticia.⁷⁴

III. EXCLUYENTES DE LA ILICITUD EN LOS *TORTS* CONTRA LA PERSONA

1. *Consentimiento*

Existen ocasiones en que el daño puede ser causado a una persona sin que ésta tenga derecho a indemnización por haberlo consentido o, por lo menos, por haber consentido con la práctica de la acción que lo provocó. El efecto de ese consentimiento o asentimiento resulta correctamente expre-

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ 1931, 1 D. L. R. 676 (Alta S.C.).

⁷⁴ Prosser, William y Keeton, Robert, *op. cit.*, p. 64.

sado por el adagio *volenti non fit injuria*, cuya antigüedad algunos remontan hasta Aristóteles.⁷⁵ En Inglaterra, Bracton en su *De Legibus Angliae*, ya en 1250, utilizó el adagio.

La defensa aparece más vinculada a los daños contra la persona, pero nada impide su aplicación a los daños a la propiedad. De cualquier manera, el fundamento es el mismo: nadie puede reclamar un derecho al cual voluntariamente ha renunciado o abandonado.

Su empleo puede asumir dos formas: el consentimiento en sentido propio, oponible en los *torts* intencionales; o la complacencia de la víctima en correr el riesgo de lesión derivado de una particular fuente de peligro, tradicionalmente denominado aceptación del riesgo, aplicable al daño culposos.

La distinción fue particularmente destacada en *Mc. Namara v. Duncan*⁷⁶ por el juez Fox quien expresó que la aplicación del adagio *volenti non fit injuria* es diferente según se trate de los casos de *trespass* intencional o en los de negligencia, ya que en éstos el consentimiento se refiere al riesgo de daño, mientras que en los primeros el consentimiento es con el *trespass*.

A. El consentimiento en los deportes

El consentimiento es particularmente relevante en los deportes. Un jugador de *rugby* presta asentimiento a los *tackles* que las reglas permiten, pero no a los contactos físicos realizados con el deliberado propósito de provocar lesiones, como un puñetazo en la cabeza o un pisotón en los dedos del rival que se encuentra en el suelo.⁷⁷ Eso no significa que cualquier uso de fuerza física fuera de las reglas de juego serán tratadas como *trespass*, sino apenas la imposibilidad de la extensión del consentimiento a actos del accionado realizados con el conocimiento, real o presumido, de que si practicada tal acción ilícita, el daño o lesión provocados podrían suceder. En otras palabras, una infracción a las reglas, si es cometida dentro de los límites razonables, no constituye *trespass*.

⁷⁵ Beven, Thomas, "Volenti non fit injuria", *Journal of Comparative Legislation*, 1907, p. 185; Ingman, 1981, J. R. 1.

⁷⁶ 1979, 26 A. L. R. 584.

⁷⁷ *Agar v. Canning*, 1965, 54 W. W. R. 302 ataque con el bastón de hockey. *Colby v. Schmidt*, 1986, 37 C. C. L. T. 1 (B. C. S. C.) codazo en la cara.

En *Pallante v. Stadiunos Pty. Ltd*⁷⁸ se determinó que el jugador implícitamente consiente con la violencia ordinaria y razonablemente apreciada como normal o incidental en el deporte a que se refiere, con el requisito adicional de que esa violencia debe ser provocada dentro del espíritu de las reglas de la competencia deportiva.⁷⁹

B. Consentimiento en las prácticas médicas

Cualquier contacto físico con el paciente que no prestó su consentimiento es considerado, *prima facie*, *battery*. El consentimiento no precisa ser por escrito y, en la práctica, frecuentemente habrá de derivarse implícitamente de la conducta del paciente, como en el caso de extender el brazo, sin pronunciar palabra, para que le sea aplicada una inyección.

En las cirugías o tratamientos invasivos es común solicitar de los pacientes la firma de un formulario aceptando la operación o tratamiento así como sus efectos y naturaleza debidamente explicados. En los Estados Unidos, el consentimiento, para ser válido, debe estar basado en todos los hechos relevantes para su formación (consentimiento informado).⁸⁰ En Inglaterra, prevalece la opinión de que el consentimiento no resulta viciado por la omisión del médico en dar al paciente suficiente información. Apenas cuando el consentimiento es consecuencia de dolo relativo a la naturaleza del tratamiento (*fraud or misrepresentation*) puede considerarse la nulidad del asentimiento.⁸¹

La falta de información acerca de los riesgos asociados a un determinado tratamiento, aún cuando esos riesgos sean lo suficientemente serios como para hacer que una persona razonable rechace el tratamiento, no vicia el consentimiento en el caso de una pretendida acción por *battery*. El paciente, en esa circunstancia, no obstante, conserva la acción por negligencia contra el médico por la violación al deber de informar.

La Corte Suprema de Canadá, en *Reibl v. Hughes*,⁸² enfatizó la distinción entre los casos en que la cuestión es la de si existía una obligación de

⁷⁸ (176) V. R. 331.

⁷⁹ Para daños a espectadores véase Siskind, *Liability for injuries to spectators*, 1968, G. Osgoode Hall L. J. 305; *Canterbury v. Spence* (1972) 464 F. 2d. 772.

⁸⁰ *Sidaway v. Governors of Bethlen Royal Hospital and the Maudsley Hospital*, 1984, Q. B. 493; 1984, 1 All E. R. 1098.

⁸¹ *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlen Royal Hospital* [1984] 1 All E. R. 1018-1026.

⁸² 1981, 114 D. L. R. (3d) 1 (S. C. C.).

informar los riesgos de una determinada cirugía o tratamiento, y aquellos en que hubo la realización de estas prácticas, sin la existencia de ningún consentimiento. Los primeros, en opinión de la Corte, debían ser restrictos al ámbito de la negligencia, los últimos a los de la *battery*.

Para los casos de investigaciones se ha sugerido que el voluntario posee el derecho a la más absoluta información acerca de los hechos, probabilidades y opiniones, y que la reserva de información para evitar la preocupación del paciente cuando ese estado resultaría perjudicial para la investigación es inaceptable. En *Halushka v. University of Saskatchewan*,⁸³ un estudiante se ofreció voluntariamente para la realización de pruebas de anestesia con el propósito de investigaciones a ser realizadas por el Departamento de Anestesia de la Universidad. Durante la práctica el estudiante sufrió un paro cardíaco que lo dejó inconsciente por cuatro días y hospitalizado durante diez. El consentimiento firmado por el estudiante fue considerado insuficiente.

Los menores pueden prestar consentimiento sin el asentimiento paterno, si poseen madurez suficiente para comprender la naturaleza y las consecuencias del acto (por ejemplo, tratamiento médico o relaciones sexuales). En *Gillick v. West Norfolk*⁸⁴ la Cámara de los Lores determinó que una menor de 16 años podía consentir con el tratamiento médico que incluía administración de anticonceptivos, y que ese consentimiento producía efectos, no apenas en ausencia de consentimiento paterno, sino aún frente a la negativa de éste. En el caso de menores impúberes el consentimiento paterno, en general, será suficiente para autorizar tratamientos benéficos para ésta.

La Suprema Corte de Australia afirmó en el caso *Marion*⁸⁵ que el consentimiento paterno es insuficiente. La cuestión giraba en torno a la posibilidad de esterilización de deficientes mentales y la respuesta de la Corte fue enfática en el sentido de que las cirugías propuestas, que no se encontraban vinculadas a problemas físicos inmediatos, como podría ser, por ejemplo, una histerectomía para remover el útero afectado por cáncer, requieren la autorización del juez antes que una intervención tan grave, y generalmente de efectos irreversibles, pueda ser practicada. La mayoría

⁸³ 1966, 53 D. L. R. (2 d) 436.

⁸⁴ A. H. A., 1986, AA. C. 112; 1985, 3 W. L. R. 830.

⁸⁵ 1992, 175 C. L. R. 218; 106 A. L. R. 385.

de la Corte afirmó que el test apropiado era el de preguntarse si el objetivo principal del procedimiento era o no terapéutico (en el sentido de tratamiento correctivo de una disfunción o enfermedad).

2. *Legítima defensa*

Durante siglos, el *common law* ha justificado la violencia ejercida contra cualquier persona en los casos en que la víctima, o un tercero, se encuentran amenazados de sufrir un daño. Fallos que se remontan al año 1400 (*Chapleyn of Greys Inn*) dan cuenta que es legítimo hacer uso razonable de fuerza o violencia para protegerse a sí mismo, o a terceros, de un ataque ilegítimo.

La determinación de la razonabilidad de la fuerza empleada, es decir, que no exceda los límites impuestos por las circunstancias, es cuestión a dilucidar en cada caso.⁸⁶ Cuando el uso de la fuerza fuese razonablemente necesario, el hecho que el daño causado haya sido más grave que lo previsto no perjudica la defensa.⁸⁷ La posibilidad de escapar, en vez de reaccionar, es uno de los elementos que el jurado debe considerar al analizar la razonabilidad de la conducta del demandado. Así, en *Fontin v. Katapodis*⁸⁸ la Corte Suprema de Australia consideró que el accionado, en vez de defenderse atacando al actor con un pedazo de vidrio, podría haberse alejado del lugar evitando, de ese modo, nuevos golpes. En consecuencia, la fuerza empleada no fue considerada “razonablemente necesaria”.

El privilegio de la defensa propia emana del razonable temor de agresión física. No es necesario que la persona amenazada sea de hecho atacada, ni tampoco es menester ninguna forma de advertencia previa. La simple provocación que no pone en riesgo la seguridad física, sin embargo, no autoriza el empleo de la fuerza. En *White v. Conolly*,⁸⁹ por ejemplo, el marido traicionado que sorprendió a la mujer en *flagrante delicto* reaccionando contra el amante fue considerado responsable de las heridas causadas.

La utilización de violencia después que cesó la amenaza, excediendo los límites de la defensa e ingresando en el ámbito de la venganza, deja al

⁸⁶ *Roundall v. Brodie*, 1972, 7 N. B. R. (2d) 486.

⁸⁷ *Johnson v. Erickson*, 1941, 1 W. W. R. 626.

⁸⁸ 1962, 108 C. L. R. 177.

⁸⁹ 1927, Q. S. R. 75.

sujeto expuesto frente a una eventual acción por los daños causados. En *McClelland v. Symons* el actor había apuntado un arma y hecho amenazas verbales. El demandado tomó una barra de metal y lo golpeó con tanta fuerza en la cabeza que le provocó fractura de cráneo y contusión cerebral.

En el caso, hubo prueba dudosa de si un segundo golpe habría sido dado cuando el actor permanecía, desarmado e indefenso, en el suelo. En relación a ese eventual segundo golpe el juez Sholl dijo que

...el derecho a reaccionar existe antes del inicio del ataque, pero ese derecho se extiende tan sólo al período en el cual el peligro subsiste. La ley no concede a la persona atacada el derecho de aplicar otro golpe como forma de venganza, ni permite al demandado excusarse bajo la alegación de la excitación del momento, o en razón de la provocación, ni afirmar que sin la existencia de los mismos, los golpes no habrían sido aplicados.⁹⁰

Actos justificados de legítima defensa, por tanto, pueden transformarse en injustificados, si en un raptó de *entusiasmo* la víctima agrede ferozmente a su atacante. De ese modo, resulta perfectamente posible que tanto la víctima original, como su atacante, terminen ambos condenados simultáneamente por *battery*.

Si en el ejercicio de la legítima defensa el demandado no acierta su objetivo y termina hiriendo a un tercero será considerado accidente inevitable (siempre que no haya habido negligencia).⁹¹

Antiguos fallos, que remontan al siglo XVII, legitimaban la acción del sirvo en defensa de su patrón,⁹² así como la del patrón en defensa del sirvo,⁹³ o de un miembro de la familia,⁹⁴ pero excluían la de terceros desconocidos. Al presente tales distinciones son totalmente obsoletas. El *common law* contemporáneo, atendiendo a las exigencias modernas de solidaridad, permite a cualquier persona salir en defensa de un tercero agredido.⁹⁵ No obstante, el grado de proximidad puede llegar a ser relevante a los fines de determinar la razonabilidad de la fuerza o violencia ejercida.

⁹⁰ 1951, V. L. R. 157.

⁹¹ *Stanley v. Powell*, 1891, 1 Q. B. 86.

⁹² *Barfoot v. Reynolds*, 1734, 2 Stra. 953.

⁹³ *Seaman v. Cuppledick*, 1615, Owen 150.

⁹⁴ *Leward v. Basely* (1695) 1 Ld. Raym. 62.

⁹⁵ *People v. Keatly* (1954) I. R. 12; *Goss v. Nicholas* (1960) Tas. S. R. 133.

3. *Necesidad*

Algunos actos provocadores de daño pueden ser justificados si son necesarios para la preservación de la integridad física o protección de la propiedad, independientemente de si la acción alcanza el objetivo previsto.⁹⁶ Existen algunos trazos comunes con la legítima defensa, pero en ésta la amenaza proviene de quien resulta agredido por la acción defensiva, en cuanto que en la necesidad el peligro es derivado de un acto de la naturaleza o de un tercero.

Para que la defensa sea procedente son esenciales dos requisitos: *a)* la existencia de una situación de peligro inminente y real, y *b)* necesidad (y no apenas conveniencia) razonable de los medios empleados para conjurar el peligro.⁹⁷

El *common law* es riguroso en la evaluación de las circunstancias de peligro inminente, ya que, según se expresa: “necesidades menores constituyen apenas una máscara para la anarquía”.⁹⁸ El favor de la ley tampoco procede cuando la necesidad del acto deriva de la propia negligencia del sujeto que la invoca.⁹⁹

La noción de razonabilidad exige un balance de los valores en conflicto. En *Southport Corporation v. Esso Petroleum Co. Ltd.*¹⁰⁰ el juez Devlin dijo que “la seguridad de la vida humana pertenece a una escala de valores diferente de la seguridad de la propiedad. Ellos no pueden ser objeto de comparación y la necesidad por la seguridad de la vida fue, en todos los tiempos, considerada razón suficiente para causar daños necesarios a la propiedad de terceros”.

Es por ello que cuando de proteger la vida o la integridad física de las personas se trata, la destrucción de propiedad ajena, si necesaria para tal propósito, encuentra en la ley plena justificación. Por el contrario, el re-

⁹⁶ *Cope v. Sharpe*, núm. 2, 1912, 1 K. B. 496.

⁹⁷ La evaluación debe ser hecha en relación a las circunstancias del momento de la acción y no después de los hechos.

⁹⁸ Fleming, John, *op. cit.*, p. 88, La perspectiva general fue establecida por Lord Denning en *Southwark London Borough Council v. Williams*, 1971, al afirmar que la necesidad debería ser rechazada como regla general ya que ello representaría el fomento de la anarquía y el desorden.

⁹⁹ *Rigby v. Chief Constable*, 1985, W. L. R. 1242.

¹⁰⁰ 1953, 3 W. L. R. 773; 2 All E. R. 1204.

curso a la figura de la necesidad como defensa contra ataques a la persona son muy escasos.

En el ámbito del transporte público, por ejemplo, hay decisiones que conceden el derecho de uso de la fuerza al capitán del navío contra cualquier pasajero que amenace la seguridad del mismo, o la continuidad del viaje.¹⁰¹ Por analogía, reglas similares son aplicadas a las aeronaves.

Existe absoluto consenso en que nadie tiene el derecho de matar o lesionar a alguien para salvar bienes, con excepción quizás de que ello sea practicado para evitar una destrucción de magnitudes catastróficas como podría ser un desastre nuclear.¹⁰² Para el caso en que el dilema se presente entre lesionar una persona u otra, si el accionar es razonable, hay indicaciones en el sentido de que no habría responsabilidad, como sería el caso en que el conductor de un vehículo, para evitar atropellar a un niño desvía el ómnibus que conduce y lo dirige hacia donde se encuentra un grupo de personas causando lesiones a alguna de ellas.¹⁰³

La cuestión de si existe obligación de indemnizar es incierta. Para algunos, se trata de un privilegio incompleto;¹⁰⁴ es decir, que justifica la invasión de los derechos de terceros obligando a éstos a soportarla, pero que no libera al causador del daño de indemnizar el perjuicio provocado.¹⁰⁵ Para otros, si el acto es legítimo, no puede generar obligación de reparar como si se tratase de acción ilícita. Un tercer grupo, se inclina por asimilar la situación a la responsabilidad objetiva, donde la práctica de una actividad lícita no priva a las víctimas del derecho a ser indemnizadas por el daño sufrido.¹⁰⁶

Dos casos del siglo XIX, *Rv. Dudley v. Stephens*¹⁰⁷ y *US v. Holmes*¹⁰⁸ muestran que el riesgo de la vida propia no justifica eliminar la ajena. En el primero, cuatro naufragos se encontraban a la deriva en el medio del océano, en un bote salvavidas, sin provisiones. Para intentar sobrevivir, tres de ellos decidieron matar al más joven de los cuatro, un marinero de 17 años que

¹⁰¹ *Aldworth v. Stewart*, 1866, 4 F&F 957.

¹⁰² Prosser, William y Keeton, Robert, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰³ *Phillips v. Pickwick Stages, Northern Division*, 1927, 85, Cal. App. 571.

¹⁰⁴ Bohlen, Francis, *Incomplete Privilege*, 1926, 39 Harv. L. R.

¹⁰⁵ O *leading case* é *Vincent v. Lake Erie Tpt. Co.*, 1910, 124 N.W. 221.

¹⁰⁶ Friedmann, Daniel, *Restitution of Benefits*, 1980, 80 Col. L. Rev.

¹⁰⁷ 1884, 15 Cox C. C. 624; 14 Q. B. D 273.

¹⁰⁸ 1842, 1 Wall Jr. 1.

ya se encontraba moribundo. Aún cuando el deceso se habría igualmente producido por muerte natural, los náufragos decidieron anticiparla para preservar la sangre y poder beberla. Finalmente fueron rescatados y tras un controvertido proceso resultaron condenados a una pena mínima, pero el principio del caso, deja sentado que la defensa de necesidad no es aplicable para el homicidio.

En el segundo, unos catorce pasajeros fueron lanzados al mar para aliviar el peso de la carga del bote salvavidas en que se encontraban, tras haberse hundido el barco en el que navegaban. Holmes, un simple marinero pero muy respetado entre la tripulación, que era quien había impartido la orden, fue condenado a una pena mínima de seis meses, pero el precedente sirvió para excluir a la necesidad como defensa en casos similares.

4. *Disciplina*

Otro medio de defensa contra los *torts* intencionales, aunque hoy de uso muy limitado, es el de disciplina.

La defensa de disciplina viene sufriendo en el *common law* una gradual pérdida de significación al punto de ser considerada por algunos un asunto desplazado a la historia del derecho.¹⁰⁹ Sin duda, la idea de que el marido puede castigar a la mujer bajo la alegación del ejercicio del poder disciplinario se encuentra completamente rechazada en el mundo occidental,¹¹⁰ siendo que el uso de la fuerza o el confinamiento resulta inadmisibles aún cuando practicado para evitar el abandono de hogar.¹¹¹ Sin embargo, la cuestión no está despojada de interés en relación a los menores y, ocasionalmente, en el caso de pasajeros en medios públicos de transporte.

El privilegio concedido a los padres de imponer razonables castigos o correctivos a sus hijos, a pesar de las críticas de los especialistas en educación, han subsistido hasta hoy. El *Children and Young Persons Act* 1933, en Inglaterra, el Código Penal de Western Australia (s. 257) y el Código Penal de Queensland (s. 81) reconocen expresamente ese derecho.

¹⁰⁹ Balkin, Rosalie y Davis, Jim, *Law of Torts*, Sidney, Butterworth, 1996, p. 163.

¹¹⁰ *R. v. Reid*, 1973, Q. B. 299; 1972, 2 All E. R. 1350.

¹¹¹ *R. v. Jackson*, 1891, 1 Q. B. 671, o a obligarla a aceptar sus caricias; *R. v. Miller*, 1954, 2. Q. B. 282.

Los tribunales, sin embargo, son enfáticos al afirmar que su uso debe ser moderado, razonable y de acuerdo con la edad física y mental del menor. El poder correctivo se extiende a la privación de la libertad o a la confiscación de bienes del menor cuando fuese razonable de acuerdo con las circunstancias. Se ha sugerido, por ejemplo, que la defensa sería procedente si un padre encierra en el cuarto a su hija de catorce años para evitar los encuentros con un grupo de *Hell's Angels*, en cuanto que idéntica alegación no sería válida para impedir a un menor de diecisiete años hacer un test para ingresar a la universidad.

En gran parte del área del *common law*, los profesores aún conservan (en internados y colegios comunes) el derecho de ejercer uso de la fuerza con fines correctivos.¹¹² El poder correctivo no se limita al ámbito físico de la escuela, si razonablemente relacionado con la disciplina escolar.¹¹³ Como siempre en materia de defensa, la fuerza empleada debe ser razonable de acuerdo con las circunstancias. En su consideración, la naturaleza de la transgresión, la edad del menor, su conducta precedente, los motivos y la posible influencia del ejemplo del menor en la conducta de sus colegas deben ser evaluadas.

Los motivos del castigo deben ser estrictamente correctivos y no producto de sentimientos de rencor, furia, odio o maldad. Si los límites de la moderación fuesen superados, la persona que aplica el castigo responde por el exceso, aún cuando haya sido autorizado por los padres.¹¹⁴

Tradicionalmente, se interpretaba que el poder disciplinario de los directores y profesores de escuela derivaba de una delegación tácita de los padres. Modernamente, se defiende la idea de que, “por lo menos en un sistema de enseñanza obligatoria, el poder de disciplina existe en virtud de la naturaleza de la relación profesor-alumno y de la necesidad de mantener el orden dentro y en relación a la escuela”.¹¹⁵ La distinción es fundamental, ya que permite su ejercicio aun contrariando los deseos paternos. De tal modo, el profesor puede, por ejemplo, confiscar un pa-

¹¹² *Fitzgerald v. Northcote*, 1865, 4 F&F 656; *Ryan v. Fildes*, 1938, 3 All E. R. 517.

¹¹³ *Cleary v. Booth*, 1893, 1 Q. B. 465 (pelea en el camino de la escuela); *R. v. Newport*, 1929, 2 K. B. 416 (Div. Ct.) fumar a la salida de la escuela en actitud desafiadora de prohibición expresa del reglamento de la escuela.

¹¹⁴ *Smith v. O'Byrne*, 1894, 5 Q. L. J. E. 126.

¹¹⁵ *Ramsey v. Larsen*, 1964, 111 C. L. R. 16; *Murdock v. Richards*, 1954, 1 D. L. R. 766.

quete de cigarrillos, aunque los padres no se opongan a que el menor fume.¹¹⁶

IV. CONCLUSIONES

Cualquier jurista con formación en el sistema romanista habrá observado que los ilícitos intencionales del *common law*, en aquel sistema, encuentran guarida en el campo del derecho penal, no en el civil, a no ser que efectivamente haya existido algún daño resarcible. En ese marco, por tanto, se torna difícil para aquellos observadores con esa formación jurídica dilucidar la utilidad que, en el ámbito civil, puedan presentar las figuras ilícitas descritas. Sin desalentar en absoluto la búsqueda de consecuencias de naturaleza práctica, que justifiquen la existencia de la intencionalidad como componente fundamental en esta categoría de la ilicitud, es preciso señalar, que tales razones habrán siempre de ser esencialmente de naturaleza histórica. No obstante ello, es posible identificar al menos tres consecuencias prácticas en relación al tipo de indemnización que resulta exclusiva o al menos mayoritariamente aplicable en este ámbito de la responsabilidad y no en el de la simple negligencia. En primer lugar, en la responsabilidad por culpa, el límite para la compensación normalmente alcanza a los daños razonablemente previsibles, pero en el caso de los *torts* intencionales, esa regla no se aplica y el causante podría tener que responder aún por aquellos daños que resultaran más allá de las consecuencias natural o normalmente derivadas de la acción practicada. Es decir, en función de la mayor reprochabilidad moral o ética de la acción intencional comparada con el simple obrar negligente, se expande el ámbito de la resarcibilidad exigible del autor. En segundo lugar, el autor de un ilícito intencional podrá ser condenado a *nominal damages*, una cuantía puramente simbólica (generalmente U\$1,00 en Estados Unidos o £2,00 en Inglaterra) que refleja el reconocimiento de la existencia de la violación de un derecho, aún cuando no haya habido ningún daño resultante. Finalmente, el reconocimiento de *punitive damages* (indemnización punitiva) es de más fácil obtención en los daños intencionales que en los causados por simple negligencia, en atención, precisamente, a la mayor censura social existente hacia las conductas intencionales que a los simples descuidos.

¹¹⁶ *Craig v. Foster*, 1936, 30 Q. J. P. 140.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BALKIN, Rosalie y DAVIS, Jim, *Law of Torts*, Sidney, Butterworths, 1996.
- BEVEN, Thomas, “Volenti non fit injuria”, *Journal of Comparative Legislation*, 1907.
- BOHLEN, Francis, “Incomplete Privilege”, *Harvard Law Review*, vol. 39, núm. 3, 1926.
- FLEMING, John, *Introduction to the Law of Torts*, Oxford, 1998.
- FRIEDMANN, Daniel, “Restitution of Benefits”, *Columbia Law Review*, vol. 80, núm. 3, 1980.
- KLAR, Lewis, *Tort Law*, Toronto, Carswell, 1991.
- LINDEN, Allen, *Canadian Tort Law*, Toronto, Butterworths, 1993.
- MAITLAND, William, *Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936.
- POLLOCK, Frederick, *Law of Torts*, London, Stevens & Sons, 1951.
- POTTER, Harold, 1958, *Historical Introduction to English Law*, London, Sweet & Maxwell.
- PROSSER, William, *Prosser & Keeton on Torts*, Minnesota, West Publishing, 1984.
- SALMOND, John y HEUSTON, Robert, *Law of Torts*, London, Sweet & Maxwell, 1987.
- SISKIND, Gary, “Liability for Injuries to Spectators”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 6, núm. 2, diciembre de 1968.
- TRINDADE, Francis y CANE, Peter, *The Law of Torts in Australia*, Melbourne, Oxford Press, 1985.
- WINFIELD, Percy, *The Province of the Law of Tort*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931.