

**LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CIVIL LAW Y
COMMON LAW: EL CASO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS**

LINA MARÍA FLÓREZ GUZMÁN

NATALIA VALENCIA RODRÍGUEZ

MONOGRAFÍA PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR POR
EL TÍTULO DE ABOGADO

Asesor

MAXIMILIANO ALBERTO ARAMBURO CALLE

Abogado

UNIVERSIDAD EAFIT

FACULTAD DE DERECHO

RESPONSABILIDAD CIVIL

Medellín

2016

Nota de aceptación

Firma jurado

Firma jurado

Medellín, 26 de Septiembre de 2016

AGRADECIMIENTOS

A nuestro asesor Maximiliano, gracias por su amabilidad, su paciencia y las horas dedicadas a este trabajo. Le estaremos eternamente agradecidas por su acompañamiento durante este aprendizaje.

Lina y Natalia.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. CIVIL LAW Y COMMON LAW: DIVERSIDAD EN LAS TRADICIONES JURÍDICAS

1.1 TRADICIÓN ROMANO-GERMÁNICA: EL CIVIL LAW

1.2 LA HISTORIA DEL COMMON LAW

1.3 RELACIÓN ENTRE EL CIVIL LAW Y EL COMMON LAW

CAPÍTULO 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU FUNCIÓN EN EL CIVIL LAW Y EN EL COMMON LAW

2.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CIVIL LAW

2.2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL COMMON LAW

2.2.1 EL DERECHO DE PROPIEDAD

2.2.2 EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

2.2.3 EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

2.2.4 EL DERECHO DE DAÑOS

CAPÍTULO 3. DAÑO PUNITIVO

3.1 ANTECEDENTES

3.2 CONCEPCIONES DE DAÑO PUNITIVO EN EL CIVIL LAW Y EN EL COMMON LAW

3.2.1 ESTADOS UNIDOS

3.2.1.1 Aspectos Generales

3.2.1.2 Desarrollo Histórico

3.2.1.3 Funciones del daño punitivo

3.2.1.4 Particularidades de los daños punitivos en la regulación estatal

3.2.1.5 Decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos

3.2.1.5.1 Pacific Mutual Life Insurance vs Haslip (1991)

3.2.1.5.2 TXO Production Corp. vs Alliance Resources Corp (1993)

3.2.1.5.3 BMW of North America Inc. vs Gore (1996)

3.2.1.5.4 Browning-Ferris vs State Farm (2003)

3.2.1.5.5 Phillip Morris USA inc. vs Williams (2007)

3.2.2 FRANCIA

3.2.2.1 La discrecionalidad judicial

3.2.2.2 Manifestaciones del daño punitivo en el ordenamiento francés

3.2.2.2.1 Manifestaciones contractuales

3.2.2.2.2 Manifestaciones en el área de propiedad intelectual

3.2.2.2.3 Manifestación en una esfera general

3.2.2.3 Proyectos legislativos

3.2.3 ESPAÑA

3.2.3.1 Las funciones de la Responsabilidad Civil

3.2.3.2 Manifestaciones de los daños punitivos en el ámbito regulatorio

3.2.3.2.1. Manifestaciones en la Ley de protección civil al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen

3.2.3.2.2 Manifestaciones en la Ley de propiedad intelectual

3.2.3.3 Posición de la jurisprudencia española

3.2.4 ACERCAMIENTO A UNA DEFINICIÓN

3.3 EL DAÑO PUNITIVO EN COLOMBIA

3.3.1 FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

3.3.2 POSICIONES DOCTRINARIAS RESPECTO A LOS DAÑOS PUNITIVOS

3.3.3 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

3.3.3.1 Manifestaciones de los daños punitivos en el esquema legislativo

3.3.3.2 Manifestaciones del daño punitivo en la jurisprudencia

3.3.3.3 Proyecto legislativo

3.3.3.4 Críticas en torno al concepto de daño punitivo

3.3.3.4.1 Los daños punitivos y el Derecho Penal

3.3.3.4.2 Los daños punitivos y el Derecho Administrativo

3.3.3.4.3 Los daños punitivos y el principio de reparación integral

CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

En la presente monografía se realizará un análisis comparado entre los sistemas jurídicos del *Civil Law* y del *Common Law*, desde sus inicios como tradiciones jurídicas, abarcando los principios fundantes de las teorías de la Responsabilidad Civil, hasta sus concepciones respecto al caso específico de los daños punitivos.

A lo largo del trabajo se exponen los elementos estructurales del derecho tanto en la familia del *Civil Law* como del *Common Law*, análisis que se perfila a partir de los diversos desarrollos doctrinarios y que contempla la posibilidad de un diálogo entre ambas tradiciones. Además, en virtud de las diferentes concepciones contempladas en ambos sistemas respecto a la institución de Responsabilidad Civil, se establece el alcance y las funciones atribuidas a esta en cada familia, las cuales varían.

Por último, el desarrollo se centra en la figura de los daños punitivos, donde a través de un recorrido por la doctrina, la jurisprudencia y la regulación de los principales países representantes del *Civil Law* y del *Common Law*, se logra esbozar la postura de cada sistema jurídico respecto a la aplicación de dicha figura. Con énfasis en el caso específico colombiano, a partir del estudio de las discusiones adelantadas en la doctrina en relación con los daños punitivos, sus manifestaciones en el ordenamiento jurídico y las críticas efectuadas en torno al concepto.

INTRODUCCIÓN¹

“La historia de la humanidad funciona en buena medida siguiendo la ley del péndulo, por la que pasamos de unos extremos a otros en busca del equilibrio”².

Fruto de las prácticas humanas y en su afán de regular la conducta del hombre, el derecho busca adaptarse a los cambios que surgen a través del tiempo en aras de integrarse con la realidad y alcanzar un equilibrio en las relaciones humanas.

En este orden de ideas, las costumbres, la ubicación, las creencias y hasta el mismo idioma perfilan una realidad variante y disímil, incluso entre territorios vecinos. Esto cobra sentido con la existencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro de los cuales se perfilan como dos de los más propagados a nivel mundial: el *Civil Law*³ y el *Common Law*⁴.

Pese a que ambos sistemas comparten sus cimientos y pretensiones, en su búsqueda de regular la conducta humana y alcanzar su equilibrio, estos difieren en la concepción de varias de sus figuras e instituciones, como en el caso de la Responsabilidad Civil, lo que ha hecho posible la comunicación entre ambas familias jurídicas y la evolución de sus diferentes conceptos.

En el *Civil Law*, la Responsabilidad Civil tiene como finalidad primordial el resarcimiento o reparación de la víctima y su función desde esta perspectiva es puramente indemnizatorio. No obstante, a partir de las tendencias internacionales

¹ El planteamiento del problema, el objetivo general, los objetivos específicos y la justificación del trabajo fueron elaborados y corregidos en el anteproyecto y no fueron incluidos en la monografía en virtud de su extensión. Sin embargo, ante cualquier inquietud o duda pueden ser solicitados a las estudiantes y serán entregados en la mayor brevedad posible.

² CORTINA, Adela. *La ética de la sociedad civil*. Madrid, Alauda Anaya, 1995, p. 84.

³ Derecho Continental.

⁴ Derecho Común.

emergentes, una parte de la doctrina⁵ ha ampliado el espectro de la figura y le ha atribuido a esta institución una función preventiva e incluso sancionatoria.

En todo caso, la postura mayoritaria en el *Civil Law* no descarta un rol preventivo o disuasorio de la Responsabilidad Civil, pero ha sido clara en establecer que estos no hacen parte de su función. En palabras de Luis Fernando Reglero Campos: —En principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, sin perjuicio de que una y otra desempeñen un papel secundario o complementario”⁶.

En contraste, en el *Common Law*, la función de la Responsabilidad Civil no se agota en la reparación. Mediante esta institución se ha buscado, en ciertos casos, sancionar al responsable del hecho dañoso, persiguiendo así un efecto disuasivo y preventivo. En esta medida, la prevención y sanción han sido reconocidas como funciones de la Responsabilidad Civil en sentido estricto, idea que se ve reflejada en la aceptación de ciertas figuras, como los —daños punitivos”⁷.

El concepto de daños punitivos ha estado presente en el *Common Law* desde el siglo anterior y su incorporación y permanencia en el ordenamiento jurídico ha sido un tema controversial y debatido desde su nacimiento, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Fue esta tendencia la que provocó una estricta definición de los límites de la figura y generó una restricción en su uso.

Los ordenamientos jurídicos inspirados en el *Civil Law*, en cambio, han sido renuentes a la incorporación de los daños punitivos, atendiendo principalmente a un argumento: Los daños punitivos rompen con el principio de la reparación integral⁸, pilar fundante de la función indemnizatoria de la Responsabilidad Civil.

⁵ En Colombia algunos de los autores que representan esta postura son Carlos Ignacio Jaramillo, Nicolás Polanía, Jesús Alberto Buitrago y Sergio Rojas.

⁶ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra, Editorial Arazandi, 2001, p 55.

⁷ Se utilizará indistintamente daño punitivo o punitive damages.

⁸ Entiéndase por principio de reparación: “se repara el daño, todo el daño y nada más que el daño”.

Así, a partir de dicha argumentación se desprenden innumerables discusiones, de las que emergen otros razonamientos que arremeten en contra de esta figura.

Con un panorama como el descrito, el propósito de este trabajo radica en realizar un análisis comparado entre los sistemas jurídicos del *Civil Law* y del *Common Law*, que permita identificar la relación existente entre los mismos, a través de un breve recorrido por sus orígenes, sus concepciones y las funciones atribuidas a la Responsabilidad Civil, hasta llegar al caso específico de los daños punitivos.

Así las cosas, resulta fundamental realizar un estudio de ambos sistemas jurídicos, que tenga como punto de partida su historia, en virtud de la cual se erigieron como tradiciones jurídicas, al ser esta el producto de la convergencia de diferentes factores como la cultura, la política, las costumbres, la conquista, la religión, el territorio y el idioma, los cuales terminaron por definir las principales características propias de su derecho.

Para luego, desde los postulados propuestos por la doctrina y la regulación vigente, entrar a analizar una de las instituciones jurídicas en las que coinciden: la Responsabilidad Civil, con el ánimo de delimitar sus postulados fundamentales, sus principales clasificaciones y su estructura en general, con énfasis las funciones de dicha institución en uno y otro sistema.

Y por último, a partir del análisis de un concepto tan controvertido como el de los daños punitivos, exponer las similitudes y diferencias que existen en la comprensión y recepción de esta clase de figuras en los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*, con énfasis en el caso específico de Colombia y sus particularidades; a la vez de delinear las dimensiones del daño punitivo y su desarrollo estructural, fruto de las de las construcciones elaboradas tanto en los países que lo han acogido, como en los países que lo han excluido. Lo anterior, sin la pretensión de construir una definición estricta de daños punitivos ni de efectuar su posible regulación, sino con el propósito de señalar las diferentes posturas que se han manifestado en

torno a su aplicación y dar cuenta del panorama actual del concepto en ambos sistemas jurídicos, en muchos casos ignorado en la cultura jurídica civil.

CAPÍTULO 1

CIVIL LAW Y COMMON LAW: DIVERSIDAD EN LAS TRADICIONES JURÍDICAS

La existencia de un sistema jurídico cuenta la historia de un grupo de personas con características y necesidades similares que, a partir de sus interacciones, regidas por situaciones de poder o convivencia, han adoptado una estructura normativa que se fundamenta en unos principios comunes y que comparte un origen.

Los sistemas jurídicos, bajo la pretensión de ordenar el derecho, se han convertido en tradiciones jurídicas con el paso del tiempo, que en virtud de factores como la ideología, el territorio, la cultura o el idioma han perfilado sus integrantes. Así, cada sociedad pertenece a una tradición jurídica que refleja su historia, tal como lo señala H. Patrick Glenn “la historia, con su efecto relativizante, nos cuenta, en todo caso, que todos somos parte de una tradición o tradiciones”⁹.

La pluralidad de sistemas enriquece la cultura jurídica y el contacto entre ellos orienta las líneas de desarrollo del derecho actual, en consecuencia, se ha potencializado el crecimiento de cada una a partir de su enfrentamiento. La idea de supremacía ha sido exiliada a otras esferas jurídicas, en tanto que no es posible sobreponer un sistema sobre otro en razón de sus disparidades.

Con base en lo expuesto, se pasará a desarrollar el contenido de las dos tradiciones jurídicas con mayor relevancia en la actualidad: el *Civil Law* y el *Common Law*. Tal desarrollo se llevará a cabo desde una perspectiva externa, que

⁹ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. Londres, Oxford University Press, 2004, p. 2. Traducción propia.

suprima el vínculo que se tiene con una tradición específica, para así poder delinear las características propias de cada cultura jurídica antes que criticarlas.

1.1 TRADICIÓN ROMANO-GERMANICA: EL CIVIL LAW

El *Civil Law* rompió con un sistema jurídico antiguo mediante el cual se estructuraban los parámetros para regular la conducta humana. Es común que la historia de las tradiciones jurídicas tenga como punto de partida Roma, pero no se puede desconocer la existencia de un orden anterior, el cual ha sido debatido por varios autores hasta la fecha.

H. Patrick Glenn¹⁰ define dicho sistema como “*chthonic legal tradition*”, al cual no le atribuye una fecha de inicio, afirma que “simplemente emergió, como experiencia del crecimiento, y la oralidad y la memoria hicieron su trabajo”¹¹ y asegura que, aunque existieron diversidades en la cultura e información, se debe hablar de una sola tradición. La memoria y la oralidad no permitieron el desarrollo de instituciones complejas, pero gracias a ellas, la tradición no se vio perjudicada por intereses económicos ni corrupción.

Respecto a las creencias, se consideraba la naturaleza como sagrada y el orden legal que fue desarrollado en ese momento se estructuró con base en la religión *chthonic*, en consecuencia, se le conocía como una tradición legal divina. Además, en torno al cambio, el pasado tenía fuerza normativa y debía ser preservado, por ello, este sistema jurídico se caracterizó por ser conservacionista, con una tradición que permaneció invariable.

¹⁰*Ibid.*, pp. 61 – 74.

¹¹*Ibid.*, p. 61.

La propagación de la tradición Romano-Germánica impuso un orden jurídico para ese entonces desconocido, que conllevó a la desaparición del sistema *chthonic*, predominante en Europa.

Respecto al *Civil Law*, resulta pertinente destacar un elemento: el cambio. “(...) ha habido muchas paradas y comienzos, muchas reversas y reinicios, para poder ser considerada como una tradición constante. Esto, desde ya, nos dice algo acerca del cambio en el derecho continental. Tal vez el cambio es la tradición (...)”¹².

La historia del *Civil Law* se caracteriza por ser turbulenta y discontinua, pero en todo caso, resulta necesario destacar los momentos de quiebre y resurgimiento del sistema, para delimitar los alcances de la tradición y su comprensión.

Roma es el punto de partida para iniciar el recorrido de la tradición Romano-Germánica, allí se desarrollaron diferentes modelos orientados a resolver las disputas que existían entre los ciudadanos Romanos, hasta conformarse un sistema que regulaba el comportamiento humano. No obstante, cabe precisar que la evolución del derecho Romano fue gradual, lo que impide atribuirle una fecha exacta al surgimiento del sistema.

Según P. G. Monateri¹³, el nacimiento de Roma se remonta al año 753 A.C y su historia se divide en 4 periodos: la Monarquía, la República, el Principado y el Dominado. En cada etapa se presentaron avances jurídicos que hasta el día de hoy se encuentran presentes en la legislación; se instituyó el concepto de persona, el cual abarcaba dimensiones como la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, se desarrolló la institución jurídica del matrimonio como contrato consensual, se defendió la idea de propiedad privada y se regularon de forma individual los contratos.

¹² *Ibid.*, p. 126.

¹³ MONATERI, P.G. y GEOFFREY, Samuel. *La invención del derecho privado*. Universidad de los Andes, Instituto pensar, Siglo del hombre editores, 2006, p. 154. Traducción de Carlos Morales Setién Ravina.

Sin embargo, Roscoe Pound sostiene que “la historia de un sistema de derecho es en gran parte la historia de los préstamos de materiales jurídicos tomados de otros sistemas jurídicos”¹⁴ y traducido en términos del *Civil Law* podría llegarse a afirmar que, aunque los orígenes de la tradición Romano-Germánica se remontan al derecho Romano, este ha sufrido diferentes trasplantes jurídicos de otros sistemas que han influido en su actual definición.

En principio, aunque el derecho Romano puede ser considerado como una construcción propia de la jurisprudencia¹⁵ de ese momento, su contenido se ve influenciado por otras culturas jurídicas, tal como lo expresa P. G. Monateri:

1. El derecho comercial Romano y el derecho de obligaciones, que son habitualmente presentados como el producto típico de la jurisprudencia romana, derivan efectivamente del derecho babilonio.
2. El derecho público y el marco de las relaciones entre derecho y política se habían recibido de Grecia.
3. El derecho de personas y la teoría general del derecho eran de origen egipcio¹⁶.

Lo previamente citado, evidencia la concurrencia de diferentes instituciones extranjeras en un mismo sistema de derecho, el cual dio origen a una tradición jurídica.

La tradición Romano-Germánica ha edificado su estructura sobre unos postulados, considerados cláusulas pétreas, que llevan a intuir su presencia desde los inicios del sistema. No obstante, varios elementos que hoy definen la tradición, tal y como se conoce, aparecen siglos después del imperio Romano.

¹⁴ POUND, Roscoe. *The formative Era of American Law*. Boston, Little, Brown & Co., 1938, p. 94. Traducción tomada de La invención del derecho privado.

¹⁵ Entendida como la ciencia del derecho, doctrina.

¹⁶ MONATERI y GEOFFREY, *op. cit.*, p. 127.

H. Patrick Glenn¹⁷ atribuye el origen de la —Ley de las XII Tablas¹⁸, a un intento de mediar los debates y las discusiones que se estaban presentando entre los ciudadanos de alto rango y bajo rango en Roma, y a la búsqueda de establecer unos parámetros mínimos para resolver los conflictos más comunes entre las personas.

Esta recopilación no es considerada por el autor una legislación en sentido estricto, pero en todo caso, sí es entendida como el inicio del derecho Romano y del *Civil Law*. Lo anterior permite concluir que “la tradición del derecho Romano no creció sobre algo llamado legislación, y mucho menos codificación”¹⁹.

Así, la tradición Romano-Germánica nació sin la concepción que actualmente la caracteriza y diferencia de los demás sistemas: la codificación²⁰. Afirmación que debe ser atenuada, toda vez que en el derecho Romano se desarrolló una legislación aplicable a situaciones excepcionales.

Descartada entonces la codificación, es necesario preguntarse por los elementos que legitimaron el derecho Romano. Sus fuentes e instituciones variaron conforme al periodo y necesidades de la época, pero sin entrar en mayor detalle, se pueden destacar las más importantes: la costumbre compilada en la Ley de las XII Tablas, la jurisprudencia, los pronunciamientos de los pretores y la creación de ciertas normas que difícilmente pueden ser consideradas como una legislación o codificación, elaboradas en algunos casos por quienes ostentaban el poder político y en otros por el pueblo, los plebeyos.

¹⁷ GLENN, *op. cit.*, p. 127.

¹⁸ Elaborada por el senado en el año V A.C.

¹⁹ GLENN, *op. cit.*, p. 127.

²⁰ Para más información sobre la codificación véase: MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 54 - 65. Traducción de Carlos Sierra.

El imperio Romano se expandió por toda Europa producto de la conquista, y en el año 212 D.C, su derecho comenzó a ser aplicable a todos los pueblos que hacían parte del imperio. Sin embargo, con su división en el año 476 D.C, la posterior reorganización de Europa en nuevos reinos y la inconformidad de los europeos con el derecho Romano, por ser el derecho de su antiguo conquistador, se retornó al sistema aún recordado por sus habitantes, el derecho *chthonic*.

Según H. Patrick Glenn²¹, después de la caída del imperio Romano de occidente, Justiniano ordenó la compilación de las normas elaboradas hasta el momento en el llamado Digesto, el cual fue expedido en el año 533 D.C., y aunque en un principio, podría ser considerado como un código, el autor evidencia que dicho texto contenía las opiniones de los juristas, agrupadas bajo un esquema desordenado, lo que pone en duda su carácter de legislación o código en sentido estricto.

Con fundamento en lo anterior, se reitera la ausencia de codificación en los orígenes de la tradición Romano-Germánica y la inclusión de préstamos jurídicos provenientes de diferentes sistemas.

Con la muerte de Justiniano en el año 566 D.C., cayó el imperio Romano, y con él desapareció un desarrollo jurídico activo y próspero. Europa, tal como lo afirma H. Patrick Glenn²², retomó el derecho *chthonic* con las características que fueron descritas al inicio de este acápite. Dicha época fue nombrada la Alta Edad Media, transcurrió entre el Siglo V y el Siglo X D.C. y en ella, la costumbre primó frente a las otras fuentes de derecho.

Durante este periodo, el panorama en occidente fue desalentador respecto a la vida jurídica, con las invasiones de los bárbaros en Europa y la implementación de

²¹ *Ibid.*, p. 130.

²² *Ibid.*, p. 131.

su sistema de regulación en cada pueblo, se desterró y olvidó el derecho Romano en la mayor parte del continente y se propagó el derecho consuetudinario.

C.G Crump y E. F. Jacob explican las practicas humanas y el desarrollo jurídico característico del Siglo V al Siglo X: —al vida social en estos tiempos, como en cualesquiera otros, estaba sometida al proceso de flujo constante, pero la tendencia hacia las ordenaciones consuetudinarias daba un aspecto característico al pensamiento jurídico de esta época²³.

No obstante, las invasiones bárbaras no erradicaron el derecho Romano, según los autores²⁴ en algunos lugares de Italia y España sobrevivió gracias a las prácticas de los romanizados. Los bárbaros conservaron sus costumbres, pero respetaron la práctica del derecho Romano en estos territorios.

Por otro lado, —al Iglesia se encontró con que era necesario redactar reglas de gobierno y definir obligaciones de sus miembros, a fin de preservar su unidad, sostener la adoración, asegurar el ejercicio de la caridad y la aplicación práctica de las virtudes evangélicas²⁵, lo que conllevó al posterior surgimiento del derecho canónico y su desarrollo.

Con el inicio del Siglo XI, comienza una nueva etapa llamada la Baja Edad Media, marcada por el renacimiento del derecho Romano. Con el descubrimiento del Digesto se inició una revolución del pensamiento jurídico, C.G Crump y E. F. Jacob describen el momento como un punto de quiebre y resurgimiento de la actividad jurídica, —(.) cuando los investigadores descubrieron en los manuscritos antiguos las leyes de Roma, de las cuales la existencia misma había sido casi

²³C.G Crump y E. F. Jacob. *El Legado de la Edad Media*. Madrid, Universidad de Oxford, Ediciones Pegasos, 1944, p. 385. Traducción J.M.F.

²⁴*Ibid.*, p. 479.

²⁵*Ibid.*, p. 426.

olvidada, la admiración de los contemporáneos no conocía reservas y sus esperanzas eran ilimitadas”²⁶.

La Universidad de Bolonia, en Italia, fue el centro de estudio del derecho Romano y del derecho canónico, ambos coexistieron y ejercieron una fuerte influencia de forma recíproca, dicha situación es evidenciada por C.G Crump y E. F. Jacob al afirmar que:

La legislación del derecho canónico

Se extendió en parte sobre el mismo suelo que el sistema justiniano; estaba inspirada por el cristianismo más puro y presentó los mismos títulos invariables y universales a la fidelidad de toda la cristiandad. No podían en manera alguna ignorar los civilistas este gran movimiento de jurisprudencia; es más, tomaron parte frecuentemente en él, de la misma manera que los canonistas trabajaron en concierto con ellos en la modificación de las leyes seculares romanas²⁷.

El derecho canónico no fue ajeno al concepto de código, a través de cánones y decretales reguló la vida religiosa y social de los fieles; sin embargo, el término código para esta época, más que una sistematización, consistía en una compilación de normas y por ello, hasta el momento, no se ha manifestado uno de los elementos fundantes de la tradición Romano-Germánica en sentido estricto: la codificación.

Las condiciones políticas, económicas y sociales de la Edad Media afectaban de forma directa el desarrollo de una clase social emergente conocida como la burguesía. A comienzos del Siglo XVIII en Francia, los burgueses, exhaustos del modelo feudal, que bloqueaba la producción y su enriquecimiento, alentados por

²⁶ *Ibid.*, p. 482.

²⁷ *Ibid.*, p. 487 y 488.

nuevos pensamientos como el renacimiento y la ilustración, promovieron una revolución que transformó todos los aspectos que determinaban la vida como era conocida hasta ese momento.

Los Burgueses, aliados con los grupos populares, el 14 de julio de 1789 emprendieron la Revolución Francesa, en palabras de Fernando Vallespín, ese día —se produce la primera gran revuelta popular, que inicia con una serie casi ininterrumpida de levantamientos y proclamaciones de distintas constituciones”²⁸, agrega Vallespín²⁹ que, según Tocqueville, la Revolución no solo tuvo los propósitos expuestos al inicio, toda vez que privilegió la importancia del aumento del poder estatal sobre las ansias del capitalismo por parte de los burgueses.

Con la destrucción de la monarquía y la nobleza, y la exigencia de la reivindicación de ciertos derechos como la libertad, la igualdad y la fraternidad, triunfó la Revolución. A pesar de la victoria, se erigió un periodo de —error” liderado por Robespierre, que culmina en 1799, con el golpe de Napoleón Bonaparte, el cual significa el cierre del capítulo de la Revolución.

Según Fernando Vallespín³⁰, cada levantamiento dejó una constitución, y la de Napoleón señaló en su preámbulo, de forma acertada: —La Revolución, reducida a los principios que la iniciaron, termina hoy”.

La ideología jurídica que primaba desde antes de la Revolución proclamaba que —el derecho civil y Romano era durable por ser natural, mientras que lo que (sic) estaba por fuera del derecho civil (sic) era arbitrario y estaba sujeto a cambiar con

²⁸VALLESPÍN, Fernando. “Estado Liberal”, en DEL ÁGUILA, Rafael. *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 56.

²⁹*Ibid.*, p. 58.

³⁰*Ibid.*, p. 56.

los sucesos políticos³¹, así, la primacía del derecho Romano, fruto de la admiración de los juristas de la época, llevó a Napoleón a expedir la primera codificación de derecho privado, en el año 1804.

El concepto de código puede ser definido como

Un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo el Estado), dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, querido y publicado por esta autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos antes vigentes, y destinado a durar por mucho tiempo³².

Con base en esta definición, se puede afirmar que el Código Napoleónico fue la primera codificación, por ser un libro que sistematizó el derecho civil de la época, expedido por la autoridad de ese momento y dirigido a los ciudadanos, con la aspiración de ser un derecho duradero. H. Patrick Glenn reitera este postulado y afirma que la codificación de derecho privado francesa, realizada por Napoleón en 1804, fue la primera codificación de derecho nacional, sistematizada y racional³³.

Uno de los elementos que resultó atractivo del Código Francés fue el hecho de fundar sus normas en el derecho Romano, un derecho con ínfulas de perfección y naturalidad. El Código Napoleónico no solo fue bien recibido en Francia, sino que a su vez fue acogido como modelo de partida de las codificaciones de la mayoría de países de la tradición Romano- Germánica.

³¹ TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. Bolonia, Società Editrice Il Mulino, 1998, p. 47. Traducción de Isidro Rosas Alvarado.

³² *Ibid.*, p. 39.

³³ GLENN, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

Otro ejemplo de codificación digno de resaltar es el Código Civil Alemán³⁴, expedido en 1900, el cual trascendió la estructura del Código Francés, y constituyó un avance en la sistematización.

La ley se posicionó como la principal fuente de derecho en los países del *Civil Law* y a partir del principio “*jura novit curia*”, el juez debía conocer el derecho y aplicarlo, con la aclaración de que las decisiones judiciales no debían crear derecho.

Otros países, diferentes a los europeos, comparten esta historia jurídica y pertenecen a la tradición Romano-Germánica: los países latinoamericanos. Fruto de las conquistas en la Época del —Nuevo Mundo”, el *Civil Law* se arraigó a las tierras americanas más que los mismos europeos a sus colonias, eventualmente la independencia llegó a estos territorios, y los europeos fueron desterrados como líderes, pero su cultura jurídica permanece hasta la actualidad. Es aquí donde cobra sentido el concepto de tradición jurídica, un sistema de derecho puede ser eliminado, acogido o copiado, pero la tradición, la cultura jurídica se perpetúa.

³⁴ A pesar de que el Código Francés y el Código Alemán compartieron ciertos principios estructurales como la separación de poderes entendida como la repartición de funciones entre el legislador y el juez, la unificación legislativa y la aspiración de un código coherente y claro; el contexto y la ideología que marcaron el nacimiento y el desarrollo de ambos códigos son completamente diferentes. El Código Francés fue fruto de una revolución y su elaboración pretendía reestructurar el orden jurídico para ese momento vigente; mientras que en Alemania, surgió una discusión entre 2 autores: Thibaut y Savigny. Thibaut, apoyado en el fenómeno de la codificación impuesto por Francia, estaba a favor de la codificación alemana, contrario a Savigny, quien rechazaba la codificación, toda vez que consideraba el derecho como la manifestación del espíritu del pueblo en la historia, pensamiento que dio origen a la escuela del historicismo. Producto de este enfrentamiento, Alemania decidió expedir un código, pero el sistema que utilizó para su construcción, se vio apoyado en los postulados de Savigny, a partir de un método científico basado en el estudio histórico del derecho romano y de los elementos del sistema alemán. Para más información véase: MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México, Fondo de Cultura Económica, 1979. pp. 59 - 64. Traducción de Carlos Sierra.

Según Daniel Bonilla Maldonado³⁵, el Código Civil chileno ha definido el curso del derecho civil en los países de Latinoamérica, al influenciar la elaboración de los códigos de diferentes países como Uruguay, Panamá, Ecuador y hasta Colombia. Fue Andrés Bello quien redactó el Código Civil chileno y mantuvo presente los lineamientos y las instituciones del Código Civil Napoleónico. Este suceso evidencia la afinidad Latinoamericana con el esquema jurídico europeo y su fuerte afiliación a la tradición Romano-Germánica.

A partir del recorrido realizado a lo largo de las diferentes etapas históricas, que marcaron la configuración, evolución y desarrollo de la familia Romano-Germánica, se pueden extraer algunos de los elementos respecto a los cuales se edifica la estructura del *Civil Law*:

- La codificación³⁶ del derecho.
- El control del proceso a cargo del juez, en aplicación de la ley.
- El rechazo de las decisiones judiciales como fuente de derecho.
- El prestigio de los profesores de derecho³⁷.

Actualmente, estos principios han perdido su rigidez y en el caso de las decisiones judiciales, hoy la jurisprudencia es fuente de derecho en varios países del *Civil Law*, como es el caso de Colombia, donde el precedente³⁸ resulta vinculante de

³⁵ BONILLA MALDONADO. Daniel. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009, p. 13.

³⁶ Aunque es bien sabido que la codificación es un elemento esencial para la familia del *Civil Law*, cabe aclararse que en el *Common Law*, el fenómeno de la codificación también estuvo presente, así el factor diferencial entre ambas familias no es la codificación en sí, sino la función que esta desempeñó en cada una. Por un lado, la codificación en la tradición Romano-Germánica buscaba ser la fuente principal de derecho, el código debía ser completo, coherente y el juez debía limitarse a su aplicación; mientras que en el derecho común, el código no perseguía la completitud, ni ataba al juez en la toma de decisiones, por el contrario, con el código se buscaba perfeccionar el derecho y servir como complemento del orden jurídico vigente para ese momento. Para más información véase: MERRYMAN, *op.cit.*, pp. 64 y 65.

³⁷ Para una exposición más amplia véase: GLENN, *op.cit.*, p. 2.

³⁸ En cuanto al precedente es importante aclarar que existen 2 tipos: el precedente vertical, relativo al valor de las decisiones de las Altas Cortes frente a los jueces de inferior jerarquía, y el precedente horizontal, el cual se refiere a la fuerza vinculante de las decisiones de las Altas Cortes sobre sí mismas. El desarrollo del valor vinculante de la jurisprudencia ha estado marcado por una serie de decisiones contrarias que tuvieron

forma relativa y tiene en cierto casos efectos *erga omnes*. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sus sentencias de constitucionalidad, ha reinterpretado la ley, y ha sido catalogada por algunos como legislador negativo.

Lo anterior lleva a concluir que los países pertenecientes a la tradición Romano-Germánica tienen un origen común, y las bases que estructuran su ordenamiento jurídico coinciden. Sin embargo, la realidad cambiante ha llevado a que varios de sus postulados sean rebatidos y su derecho se vea moldeado por la práctica social. “El voluntarismo jurídico desacredita la opinión según la cual el derecho es tanto más noble y elevado cuanto más viejo y antiguo es, y aprueba en cambio la idea de que el derecho es tanto más verdadero cuanto más nuevo es”³⁹.

inicio a finales del siglo XIX y que hoy continúan. En un principio, el artículo 17 del Código Civil establecía que las sentencias judiciales no tenían fuerza obligatoria, posteriormente, con la incorporación de la Ley 61 de 1886 y la ley 153 de 1887 se estableció la “*doctrina legal más probable*” con carácter vinculante, respecto a las decisiones de las Altas Cortes en relación con los jueces de inferior jerarquía, tiempo después, el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 subrogó las normas anteriores y estableció que: “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*”, lo que provocó la pérdida del valor vinculante de la jurisprudencia, pasando a ser considerada como una fuente auxiliar. Así las cosas, se profririeron varias decisiones judiciales respecto al carácter de precedente o de doctrina probable de ciertas sentencias en Colombia, y con la Sentencia C 836-2001 se logra aclarar el panorama. Dicha sentencia versa sobre una demanda de inconstitucionalidad respecto al artículo 4 de la Ley 169 de 1886, por referirse a tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia como doctrina **probable**, sin valor obligatorio. La Corte Constitucional declara exequible el artículo de forma condicionada, y afirma que la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene fuerza vinculante, acoge la idea de precedente, establece que este no solo opera frente a la Corte Suprema de Justicia sino también frente a las Altas Cortes, dispone que la parte vinculante de las sentencias es la *ratio decidendi* y que la única forma de que los jueces puedan apartarse del precedente, ya sea horizontal o vertical, es con el cumplimiento de las cargas de transparencia y argumentación, de allí su carácter vinculante y relativo, en búsqueda de la igualdad y la seguridad jurídica. Posterior a la Sentencia C 836-2001, se ha presentado un desarrollo más extenso del tema y se han precisado ciertos puntos respecto al valor vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, de igual forma, se ha discutido el número de decisiones necesarias para que se pueda hablar de precedente, lo cual ha posicionado a la jurisprudencia como fuente de derecho en el ordenamiento colombiano. Para más información véase: LÓPEZ MEDINA. Diego. *Eslabones del Derecho el deber de coherencia con el precedente judicial*. Bogotá, Legis Editores S.A., 2016.

³⁹ TARELLO, *op. cit.*, p. 42.

1.2 LA HISTORIA DEL COMMON LAW

El desarrollo del *Common Law* que se pasará a exponer en el presente trabajo se centrará en Inglaterra, por ser este el lugar de nacimiento del derecho común. Posteriormente se hará una breve referencia sobre la más importante de sus colonias, Estados Unidos, toda vez que el caso específico a analizar en este estudio versa sobre una figura (daño punitivo) cuya aplicación y desarrollo ha tenido como epicentro dicho lugar.

Los orígenes del *Common Law* no distan del recorrido histórico presentado en el *Civil Law*. Inglaterra como punto de partida del Derecho Común, al igual que muchos de los territorios que hoy conforman Europa, hizo parte del Imperio Romano. Sin embargo, el desarrollo del derecho romano en Inglaterra no fue significativo, ello se evidencia en la ausencia de juristas ingleses dignos de mencionar en el campo del derecho Romano.

Con el inicio de la Edad Media y las invasiones Germánicas, Inglaterra continuó el mismo curso que la familia Romano-Germánica. Tal como lo expone H. Patrick Glenn —las islas británicas conocieron el derecho chthonic, el derecho Romano, el derecho chthonic nuevamente, mientras que el derecho de la iglesia cristiana iba incrementando su presencia en la vida civil. (...) *no existió entonces una ausencia de derecho respecto a la regulación de la vida civil en Inglaterra*⁴⁰.

Según el desarrollo descrito, hasta ese momento no existía razón para la creación de un nuevo sistema legal ni para el surgimiento de una nueva tradición jurídica, por ello, R. C. van Caenegem⁴¹ afirma que fue un simple accidente histórico lo que dio origen al *Common Law*, pues Inglaterra, cambió el curso que llevaba a la par

⁴⁰ GLENN, *op. cit.*, pp. 222 y 223.

⁴¹ *Ibid.*, p. 223. Véase en: CAENEGEM, R.C. *The Birth of English Common Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 106 y 107

del *Civil Law*, con la conquista de los normandos, liderada por el Rey Guillermo I, en 1066 D.C., periodo conocido como los inicios de la Baja Edad Media.

El inicio de esta tradición se vio marcado por las prácticas sociales que se llevaron a cabo en el territorio Ingles, tal como lo describe H. Patrick Glenn⁴², en un principio todas las personas que tenían asuntos sin resolver acudían al Rey y a sus consejeros, luego estos últimos empezaron a trasladar ciertos asuntos al canciller, quien se encargó de que los casos fueran analizados desde un juicio y una lógica preestablecida. Lo anterior es indicio de la existencia de un precedente, los casos debían ser fallados con cierta coherencia, y si los hechos se asemejaban, el tipo de juicio a aplicar debía ser similar.

En este orden de ideas, ante la necesidad de mantener la paz en el Reino, el Rey decidió nombrar oficiales judiciales permanentes, los cuales generalmente eran clérigos, por ser letrados en el derecho canónico. Según Glenn⁴³, se consideró conveniente hacer parte a la población en la decisión de los casos, en aras de eliminar la burocracia y ahorrar dinero, así, solo serían dirigidas las preguntas correctas al juez y este podría continuar con su camino de pueblo en pueblo.

En Londres se instauró el Tribunal Real de Justicia, organismo central de la justicia (...), tribunal real integrado por laicos y eclesiásticos⁴⁴, cuyos jueces eran nombrados por el Rey y sus decisiones estaban legitimadas por la autoridad, con la particularidad de que al pueblo le resultaba supremamente costoso acudir a este para la solución de sus disputas.

Varias fueron las instituciones que apoyaron el desarrollo judicial Inglés, H Patrick Glenn⁴⁵ resalta fundamentalmente una, el derecho Romano, pues, aunque los jueces ingleses eran bastante diferentes a los jueces Romanos, compartían ciertas características: en Inglaterra la búsqueda del derecho para fundar las decisiones y

⁴²*Ibid.*, p. 225.

⁴³*Ibid.*, p. 224.

⁴⁴ BUENO DOMINGUEZ, María Luisa. *La Inglaterra normanda y angevina*. Madrid, Liceus, 2006, p. 10.

⁴⁵GLENN, *op. cit.*, p. 226.

la toma de las mismas estaba a cargo del jurado, papel que era desempeñado por los jueces en Roma; en el derecho Inglés el jurado actuaba bajo las instrucciones del juez, así como en el derecho Romano era el juez quien actuaba bajo al instrucciones del pretor. En consecuencia, aunque ambos sistemas difieren en la estructura del proceso y los nombres de sus autoridades, comparten muchas de sus funciones.

El *Common Law* era el derecho del pueblo, el derecho que se aplicaba en el territorio inglés, pero el derecho que fue enseñado en las universidades como Oxford o Cambridge fue el derecho Romano.

El proceso en el derecho anglosajón se consolidó a partir del sistema de órdenes judiciales. Según George P. Fletcher y Steve Sheppard⁴⁶, para demandar a una persona se debía acudir al canciller y solicitarle una orden judicial, cada orden daba pie al inicio de un proceso en particular, en consideración al tipo de disputa que se presentaba. Así, “el common Law comenzó a estar compuesto de una serie de diferentes rutas procedimentales”⁴⁷ que dependían del tipo de orden judicial que se requiriera.

Glenn⁴⁸ describe el trámite posterior, y afirma que la orden judicial se transformaba en una instrucción del Rey a un oficial real, llamado sheriff. En dicha instrucción se le indicaba al oficial que debía avanzar en la investigación del conflicto, además se le ordenaba convocar al jurado, y citar al demandado para que compareciera y diera su versión de los hechos.

La función del juez no era resolver el caso, era establecer si la orden judicial a la que se había acudido correspondía con el tipo de caso que se presentaba, en consecuencia, era el jurado quien conocía sobre el caso, y daba su veredicto con base en el conocimiento y el derecho local.

⁴⁶ FLETCHER, George. P y SHEPPARD, Steve. *American Law in a global context*. New York, Oxford University Press, 2005, pp. 20 y 21.

⁴⁷ GLENN, *op. cit.*, p. 228.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 228.

Hasta ese momento las decisiones no contaban con recursos, no existía la Corte de Apelaciones, y se entendía que el jurado nunca erraba: dichos conceptos se desarrollarían varios siglos después.

Respecto al derecho sustancial, H. Patrick Glenn⁴⁹, afirma que existió un derecho secreto, toda vez que es posible hablar de la existencia de un derecho sustancial en el *Common Law*, pero únicamente conocido por los jurados, por ser ellos quienes debían descubrir el derecho aplicable a cada caso en aras de fundamentar su veredicto.

El *Common Law* fue considerado en Inglaterra un derecho supletivo que, aunque vinculaba directamente a las partes del conflicto, no era de obligatorio cumplimiento para las demás personas que habitaban el territorio. Lo anterior hoy es conocido en la jurisprudencia como efectos inter partes.

El derecho de daños tiene sus cimientos en las primeras estructuras procedimentales del *Common Law*, donde la orden judicial de traspaso cubría los daños que eran directamente causados a la víctima, lo cual resultó ser el primer indicio de responsabilidad por daños en el sistema anglosajón.

En virtud de lo expuesto, el *Common Law* se caracterizó por ser un derecho procesal más que sustancial, y a la fecha es posible afirmar que su procedimiento es único en el mundo.

A medida que se desarrolló el *Common Law*, otro tipo de derecho apareció en Inglaterra, llamado "*Equity*", el cual se encargaba de cobijar los casos que no eran resueltos por el derecho común. Según George P. Fletcher y Steve Sheppard⁵⁰, las Cortes en Equidad tuvieron como punto de partida la cancillería y conformaron un sistema legal único, basado en el derecho canónico, el derecho Romano y la prudencia judicial. En el Siglo XV la *Equity* se estableció como una jurisdicción

⁴⁹*Ibid.*, pp. 228 - 230.

⁵⁰FLETCHER y SHEPPARD, *op. cit.*, pp. 338 y 339.

independiente, con un cuerpo de derecho, que competía directamente con el *Common Law*.

Las principales diferencias entre ambos sistemas se reducían a 3 factores:

- La *Equity* tenía como propósito colmar los vacíos del *Common Law* en casos particulares, con una decisión que tuviera como base la prudencia judicial, lo que resultó ser motivo de críticas, por generar una sensación de inseguridad jurídica en el pueblo.
- A diferencia de las Cortes del *Common Law*, las Cortes en Equidad operaban sin jurados, era el juez quien tomaba la decisión en equidad.
- El sistema del *Common Law* tenía una tendencia hacia la oralidad, mientras que la *Equity* tendía a privilegiar un sistema escritural.

Hoy el *Common Law* y la *Equity* están integrados en un mismo cuerpo normativo, pero cada institución o acción se refiere a un principio ya sea de uno u otro.

En todo caso, aunque el nacimiento y la construcción del *Common Law* tuvieron como epicentro Inglaterra, su aplicación no se limitó a dicho territorio, y producto de las conquistas del Imperio Británico alrededor del mundo, el *Common Law* se expandió y fue impuesto en otros estados.

En todas las colonias se instauró el derecho anglosajón, pero el mismo se vio contaminado por la cultura, las creencias y las características propias de cada pueblo. En consecuencia, se han generado discusiones en torno a la existencia de una sola tradición del *Common Law*. H. Patrick Glenn⁵¹ afirma que la diversidad de opiniones en la materia del *Common Law* a lo largo del mundo, posiblemente es fruto de la ambigüedad que existía en Inglaterra.

⁵¹GLENN, *op. cit.*, p. 247.

Pese a que el *Common Law* ha tenido la pretensión de ser un elemento de identificación y de nacionalización entre los diferentes países, de no ser más que un simple sistema jurídico, sino una verdadera tradición jurídica, el hecho de tener como base la jurisprudencia ha dificultado su acogida en los demás países, y ha variado su curso en los diferentes territorios. Contrario a lo que sucede con el *Civil Law* que, por ser escrito, ha sido de fácil acogida por sus estados parte, y ha mantenido su unidad: -Controlar jueces, en todo caso, es un proceso mucho más difícil que controlar legislaciones⁵².

Un caso que vale la pena resaltar es el de Estados Unidos, por haber acogido el sistema del *Common Law* en la época de la colonia y ser hoy un icono de la tradición anglosajona, sin mencionar que es uno de los países con mayor desarrollo en materia de daños punitivos, objeto de estudio del presente trabajo.

Aunque en un principio, en el mundo jurídico, Estados Unidos ha sido asociado a la tradición anglosajona, en la actualidad tal afirmación presenta sus matices. H. Patrick Glenn⁵³ señala que Estados Unidos ha manifestado un rechazo directo por ciertos principios del *Common Law*, y ha optado por acoger las ideas del *Civil Law* en dichos casos.

En el Siglo XIX, Estados Unidos fue partícipe del fenómeno de trasplantes jurídicos, e hizo las veces de receptor respecto a instituciones traídas del *Civil Law*, específicamente en el campo del derecho sustancial. El autor⁵⁴ resalta tres de estas instituciones: los derechos de la persona, la estructura y las fuentes de derecho.

Conforme a la idea de derechos, propia de la Revolución Francesa y de los principios fundantes del *Civil Law*, los mismos tienen hoy un papel protagónico en la Constitución de Estados Unidos, y son entendidos como intereses constitucionalmente tutelables.

⁵²*Ibid.*, p. 248.

⁵³*Ibid.*, p. 248.

⁵⁴*Ibid.*, p. 248.

En cuanto a la estructura del derecho anglosajón, específicamente en relación con su sistema judicial, Estados Unidos presentó cambios respecto a lo que en un principio se había construido en Inglaterra. En el territorio americano existen jueces estatales y un derecho local respecto a cada estado, situación ajena al derecho inglés. Pero por otro lado, existe un derecho federal y jueces federales que pueden conocer asuntos de diferentes estados, hecho que ha conservado la independencia judicial, factor característico del derecho inglés.

Respecto a las fuentes de derecho, en Estados Unidos la legislación ha ocupado un lugar importante en varios estados, donde existen códigos de procedimiento civil y penales, lo que le ha otorgado un estatus a la ley, a la par de la jurisprudencia.

H. Patrick Glenn, apoyado en Grant Gilmore, destaca que ~~los~~ abogados de Estados Unidos estaban convencidos de la racionalidad del Siglo XVIII, en la tradición francesa, y al mismo tiempo, el derecho de Estados Unidos representaba la arrogancia del poder ilimitado otorgado a los jueces⁵⁵.

Lo anterior deja entrever una idea de globalización de las familias jurídicas, que con ayuda del derecho comparado logró la unión de diferentes conceptos jurídicos en un mismo sistema, en aras de satisfacer las necesidades prácticas actuales.

En todo caso, Estados Unidos pertenece hoy a la familia del *Common Law*, a pesar de las disparidades que presenta con el modelo inglés, y es un claro ejemplo de que las falencias de las familias jurídicas pueden ser resueltas, a partir de la estructura y los conceptos de sus vecinos.

⁵⁵*Ibid.*, p. 251. Véase en: GILMORE, Grant. *Ages of American Law*. 1977, pp. 10- 35.

1.3 RELACIÓN ENTRE EL CIVIL LAW Y EL COMMON LAW

Aunque los acápites anteriores no constituyen una descripción extensa y precisa de la historia de las familias jurídicas mencionadas, sí pretenden servir de guía para conocer los alcances de dichas tradiciones, sus orígenes y su derecho, desde una perspectiva política, social y cultural. Así, es importante indagar por la historia de una tradición jurídica para entender el porqué de un concepto o de una institución, pero resulta indispensable conocer los orígenes y el desarrollo de dos o más familias jurídicas, cuando esta figura tiene aplicación en el campo del derecho comparado.

Diego Eduardo López Medina⁵⁶, en su libro *Teoría impura del derecho*, afirma que lo que hoy es llamado con tanta ligereza derecho comparado no es más que una legislación comparada, que se reduce al cotejo de normas e instituciones en diferentes ordenamientos. Resalta además, que este método presenta irregularidades e inconsistencias que terminan por —~~est~~ta—ta—cualizar una verdadera comprensión del sistema jurídico extranjero ya que conocer sus normas no equivale, para nada, a comprenderlo cabalmente⁵⁷.

Lo señalado lleva a concluir que, para realizar un análisis de derecho comparado, antes de conocer y estudiar el derecho de los países extranjeros, se debe indagar por su historia, su cultura, sus prácticas sociales, por constituir aquellas particularidades que explican y perfilan el desarrollo jurídico de cada región, elementos que enriquecen la diversidad ideológica y creadora.

Ahora bien, ¿Las diferencias culturales e históricas de los países que pertenecen a diferentes familias jurídicas, constituyen un impedimento para acudir a los llamados *trasplantes jurídicos*? ¿Cuál debe ser la actitud asumida por las familias jurídicas frente a las otras? ¿Rechazo, escucha, ignorancia?

⁵⁶ LÓPEZ MEDINA. Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Legis, 2009, pp. 74 y 75.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 74 y 75.

Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos⁵⁸ resaltan tres posibles escenarios que pueden describir las relaciones entre las familias del *Civil Law* y del *Common Law*: una competencia, a raíz de los diferentes principios que fundan cada tradición y estructuran su sistema de derecho, donde existe un claro enfrentamiento entre ellos para evidenciar la supremacía de una sobre otra; una convergencia, donde —cada cultura está tentada a no ver nada más que el camino que ella hace en dirección de la otra, o de imputar las evoluciones que ella conoce a una influencia extranjera⁵⁹; y por último, un diálogo entre ellas, donde cada una sea conocida, reconocida y escuchada por la otra.

La competencia, desde una perspectiva teórica, debe ser descartada de plano, pues como se dijo en un principio, hablar de superioridad en el tema de familias jurídicas, solo deja entrever cierto grado de desconocimiento respecto a la idea de tradición, toda vez que su valor radica en las particularidades que la diferencian. Así, la palabra supremacía es relegada a otros campos del derecho.

Por su parte, la convergencia entre las familias como postulado absoluto, está lejos de ser una realidad; pese a que en sentido estricto no se hable de una competencia, las familias jurídicas han buscado rescatar los principios que cada una promueve, y arraigar su sistema en cada territorio hasta el punto de convertirse en una tradición, defendida por sus integrantes. Aunque es claro que las tradiciones jurídicas han tomado instituciones, conceptos y figuras de sus vecinos, —la aproximación de ciertos aspectos de las legislaciones puede ser motivo de ilusión y esconder la persistencia de profundas diferencias culturales. La solución se aproxima pero no los razonamientos por los cuales se llegó a ella⁶⁰.

Lo anterior permite concluir que, una afirmación tan radical que fundamente el avance y el cambio de las familias jurídicas en la influencia extranjera, somete el

⁵⁸GARAPON, Antoine y PAPAPOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia: cultura jurídica francesa y common law*. Bogotá, Editorial Legis S.A., 2006.

⁵⁹*Ibid.*, p.288.

⁶⁰*Ibid.*, p. 290.

alcance del concepto tradición a su mínima expresión, y reduce la diversidad jurídica a la aspiración de una homogeneidad universal carente de visión multicultural.

En cambio y por último, un escenario de diálogo podría abarcar las diferentes aristas que componen la relación de las familias jurídicas. En este orden de ideas, Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos reducen el enfrentamiento del *Civil Law* y el *Common Law* a un asunto de interpretación, al afirmar que –al cuestión no es saber en qué se convierten sus valores cuando ellas se confrontan con las otras, sino ¿cómo el mismo valor puede tener contenidos diferentes y permanecer igual? no se trata tanto de un combate de valores como de una querrela de interpretaciones”⁶¹.

Con dicho postulado el concepto de diálogo cobra sentido, pues a partir de los principios que ambas familias comparten y que conforman la esencia de cada una de ellas, pueden existir discusiones en torno a la interpretación, situación que supone un conocimiento previo de cada tradición y la idea de un reconocimiento recíproco.

Las universidades y especialmente los jueces han contribuido a la comunicación entre ambas tradiciones. Estos agentes han entablado diálogos constructivos que han enriquecido la cultura jurídica de cada familia y han provocado el reconocimiento de cada tradición como única y valiosa.

Los efectos de estos diálogos han tenido plena incidencia en la jurisprudencia de diferentes países, donde los jueces han utilizado fuentes de derecho consideradas secundarias en su país, pero principales en otras tradiciones, en busca de otorgar una mejor solución al caso que se les plantea.

⁶¹*Ibid.*, p. 299.

Un ejemplo es el pronunciamiento de Lord Bingham⁶² en Inglaterra, quien aseguró que, si una decisión que es proferida en su país choca contra el primer sentido de justicia, y en consulta de la jurisprudencia extranjera resulta que la mayor parte de las cortes adoptarían una solución diferente pero más aceptable, sea cual fuere la tradición a la cual ellas pertenecieran, ello debería provocar una revisión de su posición.

La creación jurídica de cada tradición es valiosa en sí misma, al enriquecer la cultura jurídica y afianzar los cimientos de cada sistema. Sin embargo, es posible hablar de una marcada tendencia por parte de varios países llamados —receptores⁶³ de valerse de trasplantes jurídicos. En consecuencia, según Daniel Bonilla⁶⁴ existen tres modelos que intentan otorgarle un fundamento a los trasplantes: el pragmático, el valorativo y el contextual.

- a) El modelo pragmático les otorga a los trasplantes jurídicos la función de regular un conflicto concreto; cuando la práctica social de un país supera su desarrollo jurídico, este puede acudir a la regulación acogida por otro país para reglamentar dicha situación.

- b) Por otro lado, el modelo valorativo —considera que para comprender adecuadamente los trasplantes jurídicos hay que concentrarse en los valores, principios e intereses políticos que los fundamentan y motivan⁶⁵. Lo anterior significa que la tendencia política del país receptor, determina el trasplante jurídico acogido.

⁶² *Ibid.*, p. 301. Para más información véase: Lord Bingham, en *Fairchild V. Associated Portland Cement Manufactures (1978) Ltd*, [2002], UKHL 22.

⁶³ Terminología utilizada en el libro “Teoría impura del derecho”, denota lugares “donde la iusteoría producida allí ya no tiene la persuasividad y circulación amplia de teoría transnacional del derecho (TTD)”. Sin embargo, en este texto, países receptores se utilizará como referencia a territorios que acogen un trasplante jurídico, sin brindarle el calificativo de su evolución o prestigio jurídico.

⁶⁴ BONILLA, *op. cit.*, pp. 20 – 23.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 20 y 21.

- c) Por último, el modelo contextual fundamenta el desarrollo del derecho conforme a la sociedad que regula, lo que ha provocado críticas entorno a la idea de trasplantes jurídicos, toda vez que, desde esta perspectiva, el derecho nace a partir del contexto cultural de cada territorio, y al momento de implantar este derecho en una sociedad ajena a tal desarrollo, se presenta un obstáculo, la falta de identificación del país receptor con un contexto socio-cultural diferente al propio.

Aunque cada modelo plantea una perspectiva disímil y se vale de diferentes campos de estudio para su desarrollo, la verdad no se encuentra en uno solo. Combinar los esquemas valorativo y pragmático teniendo en cuenta las advertencias del modelo contextual, permitiría llevar a cabo un análisis preciso de derecho comparado, y establecer la viabilidad de un trasplante jurídico en el caso concreto.

Alan Watson —considera que los trasplantes jurídicos han sido el principal instrumento para la continua construcción y reconstrucción del derecho en el mundo y, por tanto, que hay numerosos ejemplos de trasplantes jurídicos exitosos en la humanidad. La difusión del derecho es, para Watson, el principal motor de cambio jurídico que existe”⁶⁶.

Lo anterior explica el porqué del contraste entre los diferentes modelos propuestos. Aunque los trasplantes jurídicos son una técnica jurídica importante para el cambio o la adaptación de un sistema jurídico, se deben tener en cuenta factores como la práctica social que se pretende regular y el grado de desarrollo político, económico y social tanto del país receptor como del país emisor⁶⁷.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 24. Para más información véase: WATSON, Alan. “Legal Transplants and European Private Law”, en *ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, vol. 4.4, December 2004. En línea: <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html> [citado en 2 de agosto de 2016]

⁶⁷ Se tendrán como sinónimos países emisores y productores. Terminología extraída de “Teoría Impura del derecho”, utilizada para referirse a lugares “donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia trasnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho”. Sin embargo, en el texto el término

Pero en todo caso, el modelo contextual no debe entenderse como una negativa a la idea de trasplantes jurídicos, ni un augurio de fracaso, como podría verse desde una perspectiva rígida y estricta, sino como una advertencia, pues, aunque es cierto que el derecho tiene como punto de partida el desarrollo social de un territorio concreto, este no constituye —unreflejo más o menos preciso de la sociedad”, el derecho se nutre de diferentes esferas como la pragmática, la política y la económica. La construcción del derecho y su adaptabilidad no se debe limitar únicamente a la variable social y por ello el trasplante jurídico puede ser exitoso, aunque las sociedades de los países emisores y receptores sean diferentes.

Es importante reconocer la existencia de diferentes autores que dudan de la pertinencia de los trasplantes jurídicos en los sistemas actuales, como es el caso de Pierre Legrand⁶⁸ y Otto Kahn-Freund⁶⁹, expuestos por Daniel Bonilla. El primero defiende que el derecho —no debe ser separado de los contextos en los que surge y de los que depende”⁷⁰, y el segundo, aunque de forma más laxa, afirma que —el derecho puede viajar mucho más fácil que antes”⁷¹ pero —argumenta que las diferencias en el contexto, particularmente las diferencias políticas que existen entre los países y pueblos, siguen siendo obstáculos importantes para el éxito de los trasplantes jurídicos”⁷².

Pese a que hoy, el tema no es pacífico en la doctrina y existen diversas posiciones encontradas, unas más radicales que otras, la experiencia ha demostrado el éxito de los trasplantes jurídicos. Un claro ejemplo es la construcción misma de las

hará referencia a los lugares de donde son importados los trasplantes jurídicos, sin entrar a denotar su prestigio.

⁶⁸ Para más información véase: LEGRAND, Pierre. “The impossibility of Legal Transplants”, en *4 Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, pp. 111 y ss.

⁶⁹ Para más información véase: KAHN-FREUND, Otto. “On the uses and misuses of Comparative Law”, en *37 Modern Law Review*, 1974, pp. 1 - 27.

⁷⁰ LEGRAND, *op.cit.*, p. 111 y ss. Traducción tomada de BONILLA, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁷¹ KAHN-FREUND, *op.cit.*, pp. 1 - 27. Traducción tomada de BONILLA, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁷² *Ibid.*, pp. 1 - 27.

familias jurídicas, y otro más reciente, es la exportación del sistema penal acusatorio de origen estadounidense a Colombia.

Tal como lo afirma Daniel Bonilla:

Los trasplantes jurídicos han sido fundamentales para la construcción y transformación del derecho en el mundo. El comercio, los procesos de colonización y emancipación, los proyectos evangelizadores del Cristianismo, los esfuerzos de integración regional y la globalización, por ejemplo, han sido factores poderosos para el encuentro de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas que han existido en la historia de la humanidad. El aislamiento de los ordenamientos jurídicos ha sido la excepción. La regla ha sido el dialogo (...) ⁷³.

Lo dicho lleva a concluir que los trasplantes jurídicos son una práctica que le aporta cierto dinamismo a la regulación jurídica, siempre que se lleven a cabo los estudios pertinentes para determinar su viabilidad, ya que el trasplante no solo involucra componentes meramente normativos, sino que comprende un contexto de múltiples variables tanto políticas, sociales, y económicas, como culturales e históricas, que no se limita a la extracción de una disposición, por el contrario, abarca el conocimiento de una teoría del derecho.

Muchos autores han desprestigiado el fenómeno latinoamericano, que se ha caracterizado por ser un territorio receptor de ideas producidas en países con mayor prestigio. A raíz de esta situación, Diego López ⁷⁴ afirma que Latinoamérica ha sido acusada de detentar un ambiente hermenéutico pobre, que lo ha llevado a recurrir a trasplantes jurídicos en virtud de lecturas tergiversadas, que conducen directamente a lo que muchos han catalogado como copia o plagio.

Pero lo cierto es que una de las particularidades de los trasplantes jurídicos, que procuran su éxito, es su adaptación al nuevo territorio, lo que en muchas

⁷³ *Ibid.*, pp. 11 y 12.

⁷⁴ LÓPEZ, *op. cit.*, p.32.

ocasiones ha sido caracterizado como un error. En consecuencia, son aquellas variaciones que sufren las ideas de un país productor en un país receptor, las que representan el símbolo de la riqueza jurídica de los centros locales.

Según Diego López:

En los sitios de recepción de ius filosofía ocurren importantes transmutaciones o tergiversación de las ideas de los sitios de producción. Estas ideas, a pesar de ser transmutaciones o tergiversaciones no pueden ser desestimadas, sin más, por tratarse de productos miméticos o traslaticios. No se trata de «errores» que requieran de corrección mediante ajustamiento a la lectura estandarizada que se hace en otros sitios. Las transmutaciones terminan siendo, para bien o para mal, parte del inventario disponible de ideas ius filosóficas disponibles en una jurisdicción⁷⁵.

El trasplante jurídico no debe ser un método que supla la negligencia del legislador, debe ser una técnica antecedida de un estudio sobre el contexto del país tanto productor como receptor, para reproducir cierta teoría extranjera en otro territorio, teniendo en cuenta el pensamiento jurídico que la sustenta y el ambiente que rodea al país receptor. —La respuesta adecuada frente a los efectos transmutativos debe apuntar hacia el estudio sistemático de cómo se producen transmutaciones teóricas y como ellas dan forma a culturas jurídicas reales»⁷⁶.

Con fundamento en lo anterior se puede concluir que el dinamismo de los sistemas jurídicos depende en gran medida de los trasplantes jurídicos, algunos dentro de una misma familia y otros, entre familias diferentes. Una figura o una institución no puede ser extraída de un sistema jurídico a otro de forma aislada, se deben tener en cuenta las diferentes variables que caracterizan tanto al país emisor, como al país receptor.

⁷⁵*Ibid.*, p. 34.

⁷⁶*Ibid.*, p.35.

Además, la institución debe ser exportada teniendo en cuenta el pensamiento o la teoría jurídica que fundamentó su desarrollo. En todo caso, la incorporación y adaptación de un trasplante jurídico implica variaciones y alteraciones del concepto, que más que un error, enriquecen la cultura jurídica de un sistema, y otorgan una solución para un conflicto social específico en un territorio, inspirada en una tradición foránea pero adaptada a las necesidades locales.

Esta discusión cobra sentido con la figura del daño punitivo. A lo largo de este capítulo se expusieron de manera somera las particularidades de cada tradición jurídica, para conocer su historia y el contexto social y cultural en el que se desarrolló el sistema. Posteriormente se pasará a analizarla Responsabilidad Civil en las familias del *Civil Law* y del *Common Law*, para así determinar la función de dicha institución jurídica en cada uno de los sistemas e indagar por las singularidades que fundamentan la presencia o ausencia de ciertas figuras en una y otra, específicamente respecto a los daños punitivos.

CAPÍTULO 2

LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU FUNCIÓN EN EL CIVIL LAW Y EN EL COMMON LAW

Tal como fue desarrollado en los acápites anteriores, ambas tradiciones difieren en cuanto a la historia en que cimientan su cultura jurídica. Sin embargo, durante cierta época, estas familias pertenecieron a un mismo sistema, y luego de múltiples accidentes históricos, terminaron por desviar su curso y proclamar su autonomía.

Los orígenes descritos adquieren relevancia una vez se delimita la institución jurídica que se pretende estudiar, en este caso la Responsabilidad Civil. Pese a que en ambos sistemas existen diferencias abismales entre algunas figuras y concepciones propias de dicha institución, también se encuentran puntos en común.

Según Obdulio Velásquez⁷⁷, los orígenes de la Responsabilidad Civil, tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law* se ubican en el derecho Romano. Inglaterra, al igual que los países de Europa continental, hizo parte del Imperio Romano y heredó varias de las instituciones romanas que hoy integran la responsabilidad. En todo caso, el curso de la historia alteró los caminos de ambas tradiciones. Por un lado, el sistema civil se basó en el Código Justiniano para edificar la estructura de la institución, mientras que el sistema anglosajón, conservó el esquema planteado en el derecho Romano, caracterizado por ser casuístico y tener un razonamiento inductivo⁷⁸.

⁷⁷ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2011, p. 138.

⁷⁸ Para más información véase: *Ibíd.*, pp. 158 y 159.

Partiendo de esta premisa, más allá de las diferencias que existan y que serán desarrolladas a lo largo de este capítulo, la convergencia entre ambas familias en un período específico, reitera la idea de que los principios que subyacen en uno y otro sistema, respecto a la institución de la Responsabilidad Civil, coinciden.

En virtud de lo anterior, diferentes figuras propias de esta institución, exclusivas de una familia jurídica, pueden llegar a ser trasplantadas a otro sistema, con las alteraciones necesarias para lograr su adaptación en un contexto social diferente, de donde emerge una misma práctica social que genera un conflicto que aún no ha sido regulado.

A continuación, se pasarán a exponer las diferentes acepciones en torno a la institución de la Responsabilidad Civil y sus funciones en el *Civil Law*, desde una perspectiva doctrinaria, con énfasis en la situación colombiana actual.

2.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CIVIL LAW

No son pocos los doctrinantes que se han atrevido a escribir sobre esta institución jurídica, conceptuarla y establecer la función que desempeña en el ordenamiento. Ahora bien, pese a que el tema ha tenido un vasto desarrollo y se han escrito diversos manuales de Responsabilidad Civil, la doctrina está lejos de llegar a un consenso. Las posturas y visiones de cada autor, en ocasiones contradictorias, exponen el panorama de los países del *Civil Law* y dejan entrever discusiones que hoy en día abogan por un cambio en la institución.

Sobre la Responsabilidad Civil versan varios criterios de clasificación, uno de ellos, fundamental para circunscribir el objeto de estudio del presente trabajo, es el

criterio que clasifica la responsabilidad en contractual y en extracontractual o delictual⁷⁹.

Dicha clasificación no es acogida a escala universal, por lo que resulta necesario precisar la existencia de dos teorías en relación con la misma: la teoría monista y la teoría dualista.

La teoría monista⁸⁰ propone la existencia de un solo régimen de responsabilidad, por lo tanto, considera innecesaria y carente de fundamento la distinción entre ambos regímenes de responsabilidad. Según varios autores, como Lefebvre y Grandmoulin, las obligaciones que nacen de la ley y del contrato, comparten su esencia, por ello es posible unificar la institución de la Responsabilidad Civil⁸¹.

La teoría dualista⁸², por otro lado, sostiene la importancia de la distinción⁸³, y para ello, se fundamenta en los criterios diferenciadores⁸⁴ de uno y otro régimen, sobre los cuales no se entrará en detalle, por no constituir parte esencial del objeto de estudio. Así, basta con señalar que el hecho generador en la responsabilidad

⁷⁹ Expresión utilizada por autores como Orlando Tapia Suárez. TAPIA SUÁREZ, Orlando. *De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los contratantes*. Chile, LexisNexis, 2006.

⁸⁰ Para más información sobre la teoría monista y dualista véase: CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo A. "El ilícito contractual. Reflexiones preliminares a propósito de la revisión del concepto de la Responsabilidad Contractual", en *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho*, Tomo I, IARCE, 2011, pp. 707 - 735.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 716 y 717.

⁸² Para más información véase: TAPIA, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁸³ Dentro del *Common Law*, el derecho civil está integrado por varias ramas: el derecho de propiedad, el enriquecimiento injusto, el derecho de daños (lo cual equivaldría a la responsabilidad extracontractual en los países del *Civil Law*) y el derecho de contratos (que correspondería a la responsabilidad contractual en el sistema civil). Aunque existe una correspondencia entre los sistemas del *Common Law* y el *Civil Law*, tal como fue enunciado, la estructura en la que se esquematiza la responsabilidad es completamente diferente en cada uno. En el *Common Law*, el derecho de daños y el derecho de contratos se estructuran como áreas autónomas, con una separación radical entre una y otra, al considerarse que las materias sobre las que versan carecen de correlación, en consecuencia, su regulación es independiente. Este tema se desarrollará más a fondo en el siguiente subtítulo. Para más información véase: COLEMAN, Jules y MENDLOW, Gabe. "Las Teorías del derecho de daños", en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 27, IARCE, 2010, p. 495.

⁸⁴ La incidencia de la autonomía privada para regular la responsabilidad, los términos de prescripción, la competencia territorial, el alcance de la indemnización, la capacidad para cometer el hecho ilícito, la solidaridad, la culpa. Para más información véase: TAMAYO JARAMILLO. Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo 1*. Bogotá, Legis Editores S.A., 2007, pp. 40 - 68.

contractual⁸⁵ corresponde al incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, mientras que, en la responsabilidad extracontractual, coincide con el incumplimiento de un deber general de cuidado.

Actualmente, en Colombia, opera el principio de la no opción, lo que implica que el demandante no cuenta con la facultad de escoger el régimen que considere más conveniente. Por el contrario, debe acudir al régimen dentro del cual concurren los supuestos de hecho del caso concreto.

En torno a este principio, se ha discutido el deber del demandante de calificar el régimen aplicable de responsabilidad en la demanda. En consecuencia, existen dos teorías que fundamentan posiciones contrarias, la teoría de la sustanciación y la teoría de la individualización. La primera sostiene que el demandante no tiene el deber de señalar el fundamento jurídico de sus pretensiones, la segunda propone que el demandante debe armonizar los hechos con el fundamento jurídico que soporta sus pretensiones.

Así las cosas, la jurisprudencia colombiana ha optado por la teoría de la individualización⁸⁶, al exigirle al demandante en la demanda, calificar el régimen

⁸⁵ Existe una corriente de origen español e italiano, expuesta por Juan Carlos Gaviria en su texto “En contra de la extensión de la responsabilidad contractual”, que defiende una nueva concepción de responsabilidad contractual. Para esta corriente la principal diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, radica en que, en la primera, los sujetos están vinculados por una relación crediticia preexistente, la cual no implica necesariamente la mediación de un contrato. Sostienen que la responsabilidad contractual surge a partir del incumplimiento de una obligación producto de una relación crediticia anterior, con independencia de la fuente de la que emane. Lo expresado implica una pretensión, la ampliación del ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual. Para más información véase: GAVIRIA GÓMEZ, Juan Carlos. “En contra de la extensión de la responsabilidad contractual”, en *Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 34, IARCE, 2014.

⁸⁶ Aunque existe un consenso respecto a lo que cada tesis apoya, hoy se presentan discrepancias en cuanto a su interpretación. En el campo de la calificación del régimen aplicable a la responsabilidad, algunos autores de otras nacionalidades han sostenido que la teoría que se acoge es la de la sustanciación, pues afirman que ella debe entenderse en el sentido de que *“las partes procesales asumen, pues, el deber procesal de alegar los hechos constitutivos, modificativos o extintivos de la pretensión y el Juez se encarga de traducir esos hechos y subsumirlos en las normas del Ordenamiento Jurídico”*. Agregan que la potestad del *“Juez en la aplicación del Derecho es sumamente amplia, al tener que investigar y aplicar la norma jurídica que estime pertinente y no está vinculado al fundamento o calificación jurídica que las partes del proceso le hubiesen expuesto en los actos y momentos procesales oportunos”*. Sin embargo, quienes defienden la teoría de la individualización, bajo la interpretación que se expondrá a continuación, sostienen que, para efectos prácticos el resultado es el mismo. Para más información véase: LÓPEZ CASAL, Yuri. “La teoría de la

de responsabilidad aplicable al caso concreto. Dicha postura ha originado múltiples decisiones en la Corte, respecto al deber vinculante de dicha calificación. En este orden de ideas, existen decisiones encontradas frente a la facultad del juez de corregir o no el régimen de responsabilidad a aplicar, en caso de que el demandante no acierte.

La Corte Suprema de Justicia, en varios de sus pronunciamientos recientes ha manifestado que:

Tradicionalmente se ha sostenido que el actor delimita el alcance de su demanda cuando formula sus pretensiones, de suerte que el tipo de acción por él escogida determinará el curso de acción de la controversia y la solución de la misma, a tal punto que una decisión que se salga de esos lineamientos podría vulnerar el principio dispositivo que rige el proceso civil.

Tal limitación, sin embargo, no es estricta, porque sólo se refiere a la imposibilidad del juzgador de variar la causa pretendida, pero no así el derecho aplicable al juicio. (...) En razón de este postulado, los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al citar o invocar el derecho aplicable al caso deben ser suplidos o corregidos por el juez⁸⁷.

la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la

individualización en la responsabilidad civil”, en *Revista judicial*, N°111, 2014. En línea: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/revista_111/PDFs/06_archivo.pdf [citado en 2 de agosto de 2016]

⁸⁷CSJ Civil, 7 Oct. 2015. e73411-31-03-001-2009-00042-01, A. Salazar.

*reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico*⁸⁸.

La Sala, en situaciones como las reseñadas, acentúa el deber legal del juzgador de interpretar la demanda para ubicar con exactitud la responsabilidad civil, particularmente en casos de confusión, duda o anfibología sobre su naturaleza contractual o extracontractual⁸⁹.

Pese a que existen detractores, que alegan que la modificación del régimen de responsabilidad por parte del juez implica una violación al principio de congruencia y al derecho de defensa del demandado, otras posturas han puesto de manifiesto que la adaptación de la calificación de la demanda, reivindica el derecho de acceso a la administración de justicia y consideran que si la modificación del régimen se hace en el momento procesal oportuno, la parte demandada tendrá la oportunidad de defenderse en el proceso.

La jurisprudencia colombiana, en estricto sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la vigencia del derecho de opción en Colombia. Así, en virtud de la premisa según la cual, el proceso debe tramitarse bajo el régimen correspondiente (reconociendo las diferencias entre el régimen contractual y extracontractual), la Corte acepta que el juez modifique la calificación realizada en la demanda, en aras de salvaguardar el derecho de acceder a la administración de justicia y la primacía del derecho sustancial sobre las formas.

A partir de la distinción entre régimen contractual y extracontractual, en términos generales, según Geneviève Viney⁹⁰, cuando exista un contrato celebrado entre la víctima y el responsable, se cause un daño producto de la inejecución de una obligación emanada de dicho contrato y el incumplimiento de tal obligación sea imputable al deudor, la responsabilidad será de carácter contractual; en

⁸⁸ CSJ Civil, 17 Nov. 2011. e11001-31-03-018-1999-00533-01, W. Namén.

⁸⁹ CSJ Civil, 17 Nov. 2011. e11001-31-03-018-1999-00533-01, W. Namén.

⁹⁰ VINEY, Geneviève. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad*. Bogotá, Universidad del Externado, 2007, p. 380. Traducción de Fernando Montoya.

consecuencia, de no cumplirse con lo anterior, se acudirá al régimen extracontractual de forma residual.

En todo caso, la autora⁹¹ resalta que, a pesar de la existencia de dicha clasificación en la mayoría de los países europeos y americanos, el contenido de la división varía de forma abrupta en cada país. Los principios que fundamentan la pluralidad de regímenes son completamente diferentes respecto de cada territorio. Además, basada en la obra de André Tunc, afirma que —las diferencias entre el régimen contractual y el régimen extracontractual en todas partes es extremadamente controvertida⁹², y que, en diversos países, se han presentado acercamientos entre ambos regímenes, lo cual ha generado un impacto legislativo de importancia⁹³.

Hugo A. Cárdenas⁹⁴, en su texto —Ellicito contractual”, expone las diferencias⁹⁵ entre el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual en Chile, y afirma que —al mayor parte de distinciones carecen de importancia práctica, pues tan solo la afirmación de algunas de ellas, podría eventualmente influir en la elección del régimen de responsabilidad aplicable⁹⁶. Agrega que —los distintos argumentos teóricos sobre los que se ha defendido la distinción esencial responsabilidad extracontractual - responsabilidad contractual, no la justifican suficientemente⁹⁷, por lo que concluye que si existe alguna distinción, esta

⁹¹ *Ibid.*, pp. 493 y 494.

⁹² *Ibid.*, p. 494.

⁹³ *Ibid.*, p. 494.

⁹⁴ CÁRDENAS, *op. cit.*, pp. 710 y 711.

⁹⁵ En responsabilidad contractual rige un principio de presunción de culpa, existe una graduación de la culpa, operan las cláusulas modificatorias de la responsabilidad, por regla general las obligaciones son mancomunadas, el concepto de capacidad es más limitado, la mora se presenta como un elemento necesario, se reparan en general los perjuicios directos – previsibles, y el término de prescripción es más corto. Mientras que en la responsabilidad extracontractual la culpa debe ser probada, no hay graduación de culpa, no se aceptan las cláusulas modificatorias de responsabilidad, por regla general las obligaciones son solidarias, el concepto de capacidad es más extenso, la mora no es considerada un elemento necesario, se reparan todos los perjuicios directos, tanto previsibles como imprevisibles y el término de prescripción es mayor.

⁹⁶ CÁRDENAS, *op. cit.*, p. 711.

⁹⁷ *Ibid.*, p.730.

únicamente podría ser fundamentada a partir de los fines y valores que le fueron atribuidos a cada institución.

El autor reitera que las diferencias presentes en el código chileno no son más que cuestiones contingentes, que han sido reguladas de esta forma pero que podrían haber sido estructuradas de otra.

En este caso, la definición de la institución de la Responsabilidad Civil, para objeto de este trabajo, se ceñirá al campo de la responsabilidad extracontractual por varias razones: la figura objeto de estudio (daños punitivos) generalmente se presenta en el régimen extracontractual, además, con el acercamiento de ambos regímenes, tendencia que ha tenido pleno vigor tanto en la doctrina como en la jurisprudencia Colombiana, donde las sentencias en contadas ocasiones no le otorgan un alcance real a las diferencias que se derivan de uno y otro régimen, aunque sí tienen en cuenta la clasificación en un marco formal, bastará con abordar el régimen común, en términos generales.

Desde una perspectiva tradicional, de corte francés, se ha entendido que —una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar el daño sufrido por otra”⁹⁸.

Javier Tamayo Jaramillo, autor colombiano, define la responsabilidad como una institución que —engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar”⁹⁹.
Agrega que —la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizarlos daños, producidos a terceros”¹⁰⁰.

⁹⁸ MAZEAUD, Henry, *et al. Tratado teórico práctico de la Responsabilidad Civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1961, p. 7.

⁹⁹ TAMAYO, *op.cit.*, p. 8.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 8.

Por su parte, el escritor uruguayo Orlando Tapia, citando a Planiol, considera que la Responsabilidad Civil —es la obligación que pesa sobre una persona, de indemnizar los daños sufridos a otra”¹⁰¹.

En este mismo sentido, afirma Julián Güitrón que la Responsabilidad Civil es —una carga impuesta unilateralmente por la ley a quien, con o sin voluntad, causa un daño a otro y está obligado a repararlo”¹⁰² y Carbonnier, autor francés, reitera esta concepción al definir la responsabilidad como —la obligación de reparar el perjuicio causado a otro”¹⁰³.

Las citadas definiciones coinciden en un punto sustancial, la función que le otorgan a la Responsabilidad Civil. Esta institución jurídica, desde una perspectiva clásica, ha sido reducida a una obligación resarcitoria o reparadora. Y aunque algunos autores reconocen la existencia de otras funciones presentes en la responsabilidad, como la prevención o la sanción, reiteran que ellas no son más que cuestiones accesorias¹⁰⁴.

Con base en lo anterior, cabe precisar lo señalado por Sergio Rojas: —En los países de derecho continental se prioriza la función compensatoria de la responsabilidad civil, relegando a un segundo plano funciones relevantes como lo son la preventiva y la sanción del daño”¹⁰⁵.

Sin embargo, no resulta conveniente realizar afirmaciones como estas, sin los matices correspondientes, pues ello implicaría desconocer los debates y avances llevados a cabo por la doctrina del *Civil Law*.

¹⁰¹ TAPIA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰² GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. *Homenaje a François Chabas*. Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni editores, 2007, p. 99.

¹⁰³ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, Vol. II. Paris, Editorial Themis, 1959, p. 569. Traducción tomada de Obdulio Velásquez Posada.

¹⁰⁴ ROJAS QUIÑONES, Sergio. “Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria”, en *Revista de Ciencias Jurídicas Vniversitas*, N°125. Pontificia Universidad Javeriana, Julio-Diciembre 2012, p. 346.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 345.

En consecuencia, hoy es posible hablar de una evolución jurídica que busca ampliar el espectro de la responsabilidad, al expandir su función a planos preventivos¹⁰⁶, e incluso sancionatorios.

Esta tendencia ha tenido sus orígenes en teorías emergentes de países ajenos al *Civil Law*, que a lo largo de su desarrollo se han convertido en obras de obligatoria observancia y han fundamentado sus postulados no solo en el campo del derecho, sino también de la economía.

En Estados Unidos, en la década de los 60, surgió una corriente de pensamiento completamente innovadora, que pretendía estudiar el derecho a partir de unos principios de eficiencia y en aplicación de teorías económicas: esta corriente fue conocida como el Análisis Económico del Derecho (AED).

El Análisis Económico del Derecho —consiste, precisamente, en el empleo de teoría económica, fundamentalmente teoría de precios, a los fines de explicar el sistema legal, predecir sus consecuencias, o bien, recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados eficientes u otras metas usualmente consideradas valiosas”¹⁰⁷.

Aunque esta corriente surgió y tuvo su gran desarrollo en Estados Unidos, actualmente ocupa un lugar importante en la tradición continental, pues ha sido acogida, estudiada y aplicada a diferentes campos del derecho, en especial a la Responsabilidad Civil, lo que ha provocado la reforma de varios de sus postulados en aras de lograr la eficiencia.

¹⁰⁶ Una obra que destaca el avance doctrinario, en el plano preventivo de la Responsabilidad Civil, en el derecho continental, específicamente en Colombia es: JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Los deberes de evitar y mitigar el daño. Funciones de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI y trascendencia de la prevención*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2013.

¹⁰⁷ STORDEUR, Eduardo. *Análisis Económico del Derecho: Una Introducción*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, pp. 1 y 2.

Así las cosas, el concepto de eficiencia en el campo del Análisis Económico del Derecho, es entendido como –al maximización de la riqueza”¹⁰⁸, es decir, una medida es eficiente —cuando el beneficio que produce, supera a su costo social”¹⁰⁹.

En términos de Reglero *Campos* –al eficiencia económica postula el establecimiento de aquel conjunto de derechos que conduzcan a una asignación de recursos tal que no pueda ser mejorada”¹¹⁰, lo que lleva a acoger una de las teorías planteadas por Calabresi, el criterio de eficiencia de Pareto¹¹¹.

Calabresi¹¹², uno de los mayores exponentes del AED, en su libro –El coste de los accidentes”, explica que existen 3 tipos de costos:

- Los costos primarios: –Destinados a la reducción del número de accidentes mediante medidas de prevención”¹¹³.
- Los costos secundarios: –El coste social de la reparación y la compensación de los daños ya producidos”¹¹⁴.

¹⁰⁸ Expresión tomada de: ACCIARI, Hugo A. y CASTELLANO, Andrea. “El Análisis Económico del Derecho de Daños. Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica”, en *Iuris Dictio*, 2000, p. 74. En línea: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_analisis_economico_del_derecho_de_danos_responsabilidad.pdf [citado en 2 de agosto de 2016]

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 74.

¹¹⁰ REGLERO CAMPOS, L. Fernando. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I. Madrid, Arazandi S.A., 2008, p. 65.

¹¹¹ Significa que un cambio en dicha asignación no mejore la condición de los que ganan hasta el punto de que puedan compensar con su ganancia a los que hayan perdido y aun así queden en una situación mejor que la inicial. Tomado de *Ibid.*, p. 65.

¹¹² El Análisis Económico del Derecho fue producto de diferentes corrientes teóricas, que se encontraban enfrentadas respecto a las herramientas necesarias para alcanzar la eficiencia en la responsabilidad. Sus mayores exponentes fueron Posner y Calabresi. Posner basó su postulado en los criterios de culpa y prevención, expuso que cuando existieren medidas preventivas menos costosas que la reparación y el agente dañador no las hubiere asumido, se configuraría una culpa. Para más información véase: POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. Madrid, Fondo de Cultura Económico de España, 2013. CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes. Análisis Económico jurídico de la Responsabilidad Civil*. Madrid, Ariel, 1984.

¹¹³ REGLERO, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 65 y 66.

- Los costos terciarios: Representados por los costos administrativos y de gestión”¹¹⁵.

En consecuencia, lo que se propone es llevar a cabo un análisis que involucre los diferentes costos que se generan y los beneficios buscados, que tenga por objeto encontrar el estado de eficiencia, donde exista una óptima relación entre ambos elementos. En todo caso, los costos nunca podrán ser llevados a cero, pero sí es posible llegar a una alternativa que resulte óptima.

Tal como lo expone Reglero, basado en las apreciaciones de Calabresi: —~~E~~ definitiva, no siendo posible llevar la reducción de todos los costes de los accidentes a un punto inferior a un mínimo determinado, sin que, al mismo tiempo, los costes de alcanzar tal reducción no sobrepasen los beneficios que con ello se obtendrían, el objetivo es alcanzar la mejor combinación posible de costes primarios, secundarios y terciarios”¹¹⁶.

La relevancia de esta corriente en la Responsabilidad Civil, radica en la nueva perspectiva que le otorgó a esta institución: la prevención. Tal como fue descrito al inicio, la concepción de la responsabilidad se limitaba únicamente a una función puramente indemnizatoria, marcada por una visión estrictamente formalista, que ignoraba el impacto social que esta restricción generaba.

Ante este sesgo de la responsabilidad, con una sociedad cuya peor consecuencia indeseable era la indemnización, la prevención no era considerada una prioridad. Ello aumentaba la probabilidad de accidentes en tanto que, la reparación, en muchos casos, no constituía un incentivo negativo lo suficientemente fuerte para desestimular la práctica o al menos, para tomar las medidas preventivas adecuadas. Con el AED, aumentó la importancia de la función preventiva, pues con base en esta, es posible obtener una disminución en los costos, y conseguir

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 66.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 66.

un resultado más óptimo, no solo en términos económicos sino también en términos de bienestar.

Tal como lo manifiesta Sergio Rojas:

El daño, aun cuando indemnizable, siempre supone un mayor o menor grado de consecuencias irreparables desde el punto de vista emocional, moral y, en determinadas hipótesis, patrimonial, lo que refleja entonces la conveniencia de evitar su irrogación y no solamente de propender por su reparación: ni siquiera la más perfecta indemnización es capaz de erradicar la realidad histórica del daño, comoquiera que no se pueden descartar del mundo de lo real los hechos ya acaecidos¹¹⁷.

En todo caso según Fernando Reglero: —Edría decirse que de lo que en lo fundamental se ocupa el análisis económico del derecho sobre la responsabilidad civil es de la relación entre **daños, prevención del riesgo y coste óptimo de la prevención**¹¹⁸. (Negrilla fuera del texto original)

Es a partir de este postulado que puede afirmarse que la Responsabilidad Civil, bajo los lineamientos del Análisis Económico del Derecho, no solo ha incorporado la prevención como una de sus funciones, sino que ha llegado a posicionarla, según varios autores, al mismo nivel de la función indemnizatoria.

Según Calabresi, —la reducción absoluta del coste secundario de los accidentes no puede ser la única función de la responsabilidad civil. Es difícil aceptar un sistema que indemnice perfectamente a todos los afectados en los accidentes una vez se hayan producido y, en cambio, no haga nada por evitarlos¹¹⁹.

Con fundamento en lo anterior, se puede concluir que el AED posicionó el concepto de prevención en la Responsabilidad Civil. El estudio del derecho mediante otras disciplinas, como la economía, permite su actualización conforme a

¹¹⁷ ROJAS, *op. cit.*, p. 342.

¹¹⁸ REGLERO, *op. cit.*, p. 66.

¹¹⁹ CALABRESI, *op. cit.*, p. 79.

la realidad y necesidades sociales. Pese a que la función de reparación sigue teniendo una importancia fundamental en la responsabilidad, disuadir las conductas potencialmente dañosas y estructurar un sistema de incentivos y consecuencias indeseables, desde la perspectiva del AED, debe ser el nuevo enfoque de la responsabilidad. El derecho debe procurar estimular a los agentes a actuar con mayor diligencia, reducir los costos, optimizar el sistema y generar un mayor bienestar.

Sin embargo, es importante matizar los alcances del AED en la Responsabilidad Civil. Según Papayannis¹²⁰, se deben articular los conceptos de justicia correctiva y eficiencia, pues las figuras de la responsabilidad, analizadas bajo una perspectiva puramente económica, en términos de eficiencia, acaban siendo distorsionadas, al ser —eAED incapaz de brindar una explicación conceptual del Derecho de daños”¹²¹, por no lograr —echaracterizar las nociones fundamentales de la práctica, ni dar sentido a las inferencias que se realizan para justificar un juicio de responsabilidad”¹²². La justicia correctiva por su parte, fundamenta la responsabilidad bajo los principios que ordenan la compensación del daño.

Mientras que el AED ofrece una explicación externa, es decir, —ptende explicar los efectos positivos de la responsabilidad extracontractual bilateral sobre la cantidad y la gravedad de los accidentes”¹²³, la justicia distributiva —prende explicar la concepción que tienen los propios participantes de la práctica del derecho de daños”¹²⁴. Papayannis concluye que, desde una misma metodología, en este caso el AED, no es posible comprender todo un sistema. La responsabilidad está lejos de poder ser definida exclusivamente en términos

¹²⁰Para más información véase: PAPANANNIS, Diego M. “El enfoque económico del derecho de daños”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 32, 2009, p. 491. En línea: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-enfoque-economico-del-derecho-de-danos/> [citado en 15 de agosto de 2016]

¹²¹*Ibid.*, p. 461.

¹²²*Ibid.*, p. 461.

¹²³*Ibid.*, p. 491.

¹²⁴*Ibid.*, p. 491.

económicos, en consecuencia, se deben integrar ambos enfoques: la eficiencia y la justicia correctiva.

En todo caso, el AED no fue la única corriente que alteró la concepción clásica de la responsabilidad, otro postulado surgió y le otorgó a la responsabilidad una nueva perspectiva, que distorsionó la visión de la institución tal como había sido conocida.

Desde una concepción clásica de responsabilidad, el elemento central de la institución, sobre el cual se estructuraba su esquema, era la conducta dañosa del responsable, con fundamento en un planteamiento de imputación puramente subjetivo, basado en la culpa. En consecuencia, de presentarse un caso en el que la conducta del agente no comportara una culpa, era la víctima quien debía asumir las consecuencias del daño, toda vez que el elemento determinante estaba dado por la connotación del acto.

Con la llegada de la Revolución Industrial y el Maquinismo, la proliferación de daños sufridos por parte de los trabajadores, sin que fuese posible identificar un responsable o una conducta culposa, obligó a la responsabilidad a replantear el criterio de imputación tenido hasta el momento. Así las cosas, para determinados casos, se planteó el criterio de imputación objetiva, el cual obliga al responsable a reparar el daño causado, aun en los eventos en los que no se haya configurado una culpa.

El anterior avance, digno de ocupar manuales completos de Responsabilidad Civil, tiene una incidencia directa en la situación enunciada: El paso de una concepción filosófica enfocada en el responsable y su conducta a una enfocada en la víctima y su daño¹²⁵.

¹²⁵ Este postulado debe matizarse, pues no significa que siempre que una persona sufra un daño, va a configurarse una responsabilidad. “No siempre que exista una víctima, va a existir una obligación en cabeza de un supuesto responsable”. La imputación objetiva se limita a ciertos casos, determinados por la jurisprudencia y subsidiariamente por la doctrina.

La imputación objetiva surge bajo la exigencia de un esquema de justicia social, tal como lo afirma Josserand: —«Tenemos sed de justicia, esto es, de equilibrio jurídico y cuando sucede un desastre buscamos al responsable, queremos que haya un responsable: ya no aceptamos dócilmente los golpes del destino sino como un acto directo o indirecto de los hombres»¹²⁶.

En este orden de ideas, varios autores en evidencia de dicho cambio, han afirmado que: «El derecho de daños ha mutado, ya no es aquel que ponía el acento en el victimario, hoy se protege a la víctima¹²⁷» y —«antes, la atención se centraba en la injusticia del acto dañoso, como ilícito y culpable. Hoy, se valora especialmente la injusticia del daño mismo (...)»¹²⁸.

Aunque a primera vista, el anterior postulado solo refleje la importancia del título de imputación, el mismo tiene gran incidencia en la función preventiva de la Responsabilidad Civil.

Este giro en la concepción de responsabilidad, que implica un afán por velar por los derechos de las víctimas, no logra satisfacerse únicamente con la reparación de los daños causados. De forma implícita, dicho cambio en la idea de responsabilidad incorpora una noción de prevención. Antes, el agente dañador se podía conformar con haber actuado de forma diligente para ser exonerado de responsabilidad, a pesar de haber causado un daño; pero bajo esta nueva óptica, existe un ambiente de incertidumbre, en el que, en algunos casos, al agente no le bastará con haber actuado diligentemente, ya que, de causar un daño, será responsable del mismo. En consecuencia, en el campo de la responsabilidad objetiva, las personas se han visto motivadas a tomar todas las medidas

¹²⁶ JOSSERAND, Louis. *Evolutions et actualités*. Paris, Sirey, 1936, pp. 40 y ss. Tomada la traducción de: TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo L. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I. Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 30.

¹²⁷ SAGARNA, Fernando Alfredo. *La Responsabilidad Civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución*. Buenos Aires, La Ley, 2000.

¹²⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños*, Tomo 4. Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 81.

preventivas que estén a su alcance, en aras de disminuir la posibilidad de causar un daño y llegar a ser responsables.

El postulado según el cual ciertos daños de la víctima deben ser reparados aun cuando no sean causados con culpa, incorpora de forma tácita un incentivo para las personas, el de tomar todas las medidas preventivas aplicables al caso, pues, pese a que lo anterior no asegura la exoneración de responsabilidad, sí disminuye la probabilidad de que se materialice el daño y, por consiguiente, se deba responder con una alta indemnización.

En palabras de Díez-Picazo, –al eventual producción de daños como consecuencia de cualquier actividad humana y la eventual aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil extracontractual entraña o puede entrañar evidentes limitaciones, que pueden ir desde abstenerse de llevar a cabo la mencionada actividad a realizarla solo limitadamente bajo ciertas condiciones, adoptando las precisas medidas de prevención que pueden significar especiales sacrificios”¹²⁹.

Más allá de las implicaciones de esta medida en la sociedad, es claro para el desarrollo de la responsabilidad, que la idea de que la víctima y su daño sean la preocupación central, implica una revolución a nivel de pensamiento y doctrina, donde la institución emprende una evolución tendiente a satisfacer dicho postulado de forma material. Como se dijo anteriormente, la indemnización puede asegurar la indemnidad de un patrimonio, mas no de una persona y su complejidad, por ello el derecho debe tomar las medidas necesarias para evitar los daños, y procurar la materialización de los derechos de las víctimas.

En el mismo sentido, Sergio Rojas afirma que (..) lo paradójico es que una protección integral de las víctimas no puede incurrir en el exceso de atender solamente a la compensación, y no a la prevención: como se decía desde un principio, la desprotección de la víctima no solo se concreta en la ausencia de

¹²⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN. *Derecho de daños*. Madrid, Civitas, 1999, pp. 43 y 44.

indemnización, sino también en la inexistencia de garantías de no repetición del perjuicio¹³⁰ y de prevención colectiva de los daños¹³¹.

Lorenzetti¹³² expone su posición frente a la relación existente entre los intereses públicos y privados. Así, el autor propone la integración de una perspectiva individual y pública, en aras de armonizar aquellos intereses egoístas y hedonistas en el plano de los ideales de una comunidad.

Afirma que: «La falta de una perspectiva pública hace que todos los problemas pretendan ser solucionados mediante el mecanismo de la responsabilidad civil. En ella se proyecta la subjetividad insatisfecha; lo que nos parece injusto es también antijurídico y genera responsabilidad por daños»¹³³.

Con fundamento en lo anterior, es posible extraer una visión que abarque tanto intereses comunitarios como intereses individuales, ambos enfocados en el bienestar social. En este orden de ideas, se disminuiría la alta tasa de indemnizaciones en materia de Responsabilidad Civil, y se erigiría un nuevo

¹³⁰ Este autor no ha sido ni el primero ni el único en referirse a las garantías de no repetición, toda vez que dicha noción encuentra sus orígenes y desarrollo en el ámbito del derecho internacional, dentro del marco del concepto de reparación integral a cargo del Estado, a la luz de la jurisprudencia de la Corte de DIH. Así las cosas, en busca de una protección con mayor cobertura de los derechos de las víctimas, la Corte de DIH ha establecido “una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se pague una indemnización como compensación por los daños ocasionados”, dentro de las cuales se encuentran las garantías de no repetición, “orientadas a evitar que los hechos que afectaron los derechos humanos se vuelvan a producir en un futuro”. Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano en aras de armonizar sus postulados con los del derecho internacional, en virtud de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución, ha acogido las disposiciones implementadas por el derecho internacional a través del bloque de constitucionalidad, bien sea mediante las decisiones del Consejo de Estado en su Sección Tercera, o mediante pronunciamientos legislativos como la Ley 1448 del 10 de junio de 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, entre otros. Para más información véase: NUÑEZ, Raúl y ZULUAGA, Lady. “Estándares internacionales de reparación de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano”, en *Revista Análisis Internacional (RAI) de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano*, Edición No. 6. 2012, pp. 207 - 230.

¹³¹ ROJAS, *op. cit.*, p. 348.

¹³² LORENZETTI, L. Ricardo. “El paradigma protectorio”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho: estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, Tomo I, IARCE, 2011, pp. 1311 – 1327.

¹³³ *Ibid.*, p. 1317.

dispositivo de carácter preventivo, mediante el cual la responsabilidad podría recuperar su función reguladora y expandir su mirada a una escala comunitaria.

Es a partir de estos tres fenómenos: El Análisis Económico del Derecho, el paso de una concepción filosófica enfocada en el responsable y su conducta a una enfocada en la víctima y su daño y una visión del derecho desde una perspectiva comunitaria, que la doctrina se ha visto impulsada a tratar un tema que en épocas pasadas habría sido descartado de entrada, la función preventiva de la Responsabilidad Civil.

Así las cosas, no son pocos los autores que se han atrevido a otorgarle a la Responsabilidad Civil una función¹³⁴ preventiva¹³⁵.

En el contexto argentino, autores como Félix A. Trigo y Marcelo J. López afirman que: —Ederecho clásico (...) ponía el énfasis en la reparación del daño causado, antes que en la función preventiva de evitar su producción”¹³⁶. Sin embargo, hoy en día —al incidencia creciente del principio de precaución, ha llevado a algunos autores a creer que la evitación del daño constituye una finalidad tan importante como la reparación del mismo”¹³⁷.

¹³⁴ Diferentes autores como Guido Alpa, Mario Bessone y Aida Kemelmajer de Carlucci le han atribuido a la responsabilidad otro tipo de funciones sobre las cuales no se entrará en detalle como: la función demarcatoria, la función de venganza, la función distributiva, la función de garantía, la reducción de costos, entre otras.

¹³⁵ La función preventiva ha sido entendida desde dos perspectivas: una prevención general, de carácter disuasorio, cuyo objeto es evitar que los individuos lleven a cabo conductas que causen daños a partir de la imposición de sanciones y una función preventiva específica, ceñida a remedios preventivos, que buscan impedir la consumación del daño mediante acciones de evitación. Es importante conocer ambas concepciones y anotar que posteriormente se desarrollará con mayor precisión la función de prevención general bajo la denominación de función sancionatoria o disuasoria. Para más información véase: ESCOBAR TORRES, Sebastián. “El papel de la prevención del daño en la Responsabilidad Civil”, en *Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 37, 2016, pp. 168 y 169.

¹³⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo L. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I. Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 32.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 33.

Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos aseguran que —a la prevención del daño ocupa un rol fundamental. Prevenir es siempre mejor que reparar. (...) La prevención del daño es uno de los grandes rasgos de nuestro tiempo”¹³⁸.

Por su parte, la jurisprudencia argentina —ha decidido que la prevención del daño plantea un problema de tutela preventiva tendiente a impedir la realización posible de los daños ya que, cualquiera sea su fuente, deben ser evitados (...)”¹³⁹. Aunque no es menester de este trabajo, cabe resaltar la incidencia que tuvo la jurisprudencia en la legislación actual argentina, donde se acogió un nuevo Código Civil y en él, existe un apartado exclusivamente dedicado a la función preventiva de la Responsabilidad Civil¹⁴⁰.

En este mismo sentido, Nicolás Polanía, autor colombiano, asevera que —a la prevención es la mejor opción desde el punto de vista humano”¹⁴¹. Además, agrega que —a la prioridad de la responsabilidad se desplaza hacia la evitación de la consumación del daño o hacia la evitación del agravamiento del ya causado”¹⁴².

Carlos Ignacio Jaramillo¹⁴³ ha expresado que —a partir únicamente al resarcimiento, indemnización, o compensación del daño, indirectamente, es seguir propiciando un estado de cosas insuficiente y limitado, en atención a que hay más bienestar en la evitación, que en la reparación del daño, que así sea integral – o

¹³⁸ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado*. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 96 y 97.

¹³⁹ TRIGO y LÓPEZ, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁰ La Ley 26994 consagra el Código Civil y Código de Comercio de la nación argentina, la cual entró en vigencia en el año 2016. En su Título V, bajo el nombre de “otras fuentes de las obligaciones”, se establecen normas en relación a la prevención del daño. Los artículos 1708 al 1715 regulan la prevención, el artículo 1708 estipula las funciones de la responsabilidad, e incluye la prevención del daño y el artículo 1710 consagra un deber general de prevención. Los demás artículos regulan aspectos más precisos como las acciones y la legitimación.

¹⁴¹ POLANÍA TELLO, Nicolás. “Sobre las funciones de la responsabilidad”, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 27, Tomo V, 2010, p. 630.

¹⁴² *Ibid.*, p. 630.

¹⁴³ Carlos Ignacio Jaramillo afirma que “la función preventiva atribuida a la responsabilidad civil, sin duda tiene una relevancia capital, a fuer que mayor, incluso, que la asignada a la función resarcitoria, pues aunque importante, como soslayarlo, no tiene ni el monopolio de la responsabilidad civil, ni la jerarquía suficiente para eclipsar o desplazar a la prevención”.

plena -,no siempre tiene la real capacidad intrínseca de restaurar y, de paso, de restañar el tejido malogrado, lo reiteramos”¹⁴⁴.

Por su parte, Gustavo Ordoqui, autor uruguayo expresa que —(.) el derecho de daños no actúa solo después de[] daño sino antes, tratando de evitar que ocurra, máxime cuando están en juego valores esenciales de la persona humana, como la integridad, el honor, donde, como es claro, no siempre el dinero indemnizatorio elimina el daño causado”¹⁴⁵.

Otros exponentes, como Fernando Reglero¹⁴⁶ y Eugenio Llamas Pombo¹⁴⁷, ambos autores españoles, consideran que la Responsabilidad Civil puede tener un efecto preventivo, pero que en todo caso este no constituye su principal función, sino que es más bien, una consecuencia secundaria.

Con fundamento en lo anterior, se puede arribar a una primera conclusión, el debate sobre la función preventiva de la responsabilidad está lejos de ser zanjado. Aunque la mayoría de autores y ordenamientos reconocen la existencia de un efecto preventivo, se discute si efectivamente ello constituye una función propia de la responsabilidad y su importancia en relación con la función reparadora.

En el contexto colombiano, basta con señalar que existen tres figuras que buscan prevenir la causación del daño: el daño contingente o la amenaza de daño, el acto ilícito continuado y el principio de precaución.

En primer lugar, el daño contingente se presenta cuando como van las cosas es muy posible que el daño se produzca en un futuro. Esta figura se encuentra referenciada en la Ley 472 de 1998, en el campo de las acciones populares.

¹⁴⁴JARAMILLO, *op. cit.*, p. 35.

¹⁴⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Derecho de daños*, Tomo I. Montevideo, La Ley, 2012, p. 110.

¹⁴⁶ Para más información véase: REGLERO. *op. cit.* p. 73.

¹⁴⁷ Para más información véase: LLAMAS POMBO. Eugenio. “Los problemas actuales de la Responsabilidad Civil”, en *Módulo de aprendizaje autodirigido. Plan de formación de la Rama Judicial*, Primera edición. Consejo Superior de la Judicatura, 2011. En línea: <http://aula.ejrlb.net/libraryData/9/los-problemas-actuales-de-la-responsabilidad-civil.pdf> [citado en 2 de agosto de 2016]

El artículo 2 de dicha Ley establece que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza (...). Otra disposición que hace alusión a esta figura es el artículo 2359 del Código Civil, donde se establece quienes son los titulares de la acción por daño contingente.

En segundo lugar, el acto ilícito continuado se da cuando la realización de un hecho generador se mantiene en el tiempo de forma sucesiva y ya habiendo causado perjuicios, los sigue causando, a menos de que se tomen medidas preventivas. El supuesto opera de forma muy similar al daño contingente, difiere en que ya se materializó un daño y existe una amenaza de que se configure uno nuevo.

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998 prevé dicho supuesto, al establecer que: —~~Antes~~ de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o **para hacer cesar el que se hubiere causado**. En particular, podrá decretar las siguientes: a) **Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando**".(Negrilla fuera del texto original)

Y, en tercer lugar, el principio de precaución tiene lugar cuando existan dudas científicas respecto a las consecuencias que genere una actividad. En esos casos, el legislador, el juez o la administración, podrán prohibir la conducta para evitar la causación de un daño posterior.

El principio de precaución se encuentra regulado en la Ley 99 de 1993 "*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*". En su artículo 6 se establece que: —La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica.

No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al **principio de precaución** conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”. (Negrilla fuera del texto original)

Pese a que el principio de precaución no se encuentra definido en la legislación colombiana, ello no ha impedido su aplicación en otros escenarios diferentes al ambiental, pues la categoría de principio implica el no tener que estar expresamente regulado, sino que, por el contrario, es fuente de derecho en sí mismo y goza de un alcance general¹⁴⁸.

La Corte Constitucional en Sentencia T-1077 de 2012 estableció que —al aplicación del principio de precaución no solo tiene como finalidad la protección del medio ambiente, sino también evitar una daño a la salud” y ha sostenido en varios pronunciamientos, incluyendo el anterior, que en los casos donde se encuentre en riesgo el derecho al medio ambiente sano o a la salud pública —se debe dar aplicación al principio de precaución, herramienta hermenéutica idónea para determinar la necesidad de intervención por parte de las autoridades públicas ante daños potenciales a dichos derechos colectivos”.

Que la Jurisprudencia haya expandido el ámbito de aplicación del principio de precaución previsto en la legislación, abre las puertas a que sea utilizado en otros campos, como en el de los alimentos, tal como ocurre en la Unión Europea¹⁴⁹.

¹⁴⁸Para más información véase: TRONCOSO, María Isabel. “El principio de precaución y la responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho Privado Universidad del Externado*, N°18. 2010, pp. 205 - 220. En línea: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/407/38>[citado en 2 de agosto de 2016] y LORA KESIE, Karem Ivette. “El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana”, en *Actualidad jurídica*, 3ra y 4ta edición, 2011, En línea: <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/El+principio+de+precauci%C3%B3n+en+la+legislaci%C3%B3n+ambiental+Colombiana/c7e464c7-f69c-43e3-967d-f9d63ce1ca6f?version=1.0> [citado en 2 de agosto de 2016]

¹⁴⁹Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano, existen algunas manifestaciones que constituyen un freno a un desarrollo más extenso del principio de precaución. En el 2011, con la incorporación del Estatuto del Consumidor, en materia de seguridad, se acoge un régimen especial de responsabilidad: la

Sin embargo, aún se debate en la doctrina si estas figuras efectivamente hacen parte de la Responsabilidad Civil, pues, aunque en principio son afines a la institución, sobreviven opiniones que descartan esta posibilidad por no materializarse un daño, en el entendido de que solo se puede estar en el campo de la responsabilidad cuando efectivamente se cause daño.

Más allá de arribar a una conclusión sobre la jerarquía de la función preventiva en el esquema de la Responsabilidad Civil, se debe poner de relieve que no en todos los casos es posible la aplicación o la manifestación de los efectos preventivos en la Responsabilidad Civil.

Según Eugenio Llamas Pombo¹⁵⁰, se requiere de un daño amenazante, un comportamiento antijurídico, una relación causal entre ambos y la posibilidad material de causar un daño, para que la función preventiva de la responsabilidad pueda tener plena aplicación.

responsabilidad por productos defectuosos. Este nuevo esquema presenta varias particularidades, entre ellas que no pertenece ni a un régimen contractual ni extracontractual, la jurisprudencia lo ha catalogado como una responsabilidad de mercado. Además, en dicho régimen el hecho generador imputable se define como el incumplimiento de una obligación de seguridad, lo que ha llevado a la mayoría de la doctrina a sostener que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva, toda vez que para que se configure la responsabilidad, basta con que el producto no cumpla con la seguridad razonable, con independencia de las medidas que haya tomado el responsable. De igual forma, el Estatuto prevé en su artículo 22, las causales de exoneración en materia de productos defectuosos, donde la mayoría constituyen una causa extraña; pero existe una en particular, consagrada en su inciso 6, relativa al riesgo de desarrollo, según el cual a pesar de que se cause un daño al consumidor, el mismo debe asumirlo y el productor o distribuidor podrán exonerarse *“cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto”*. Así mismo, la anterior disposición se encuentra consagrada en la Directiva Comunitaria, sin embargo, la mayoría de los países miembro de la Unión Europea la han excluido de su legislación, con fundamento en lo establecido en su artículo 15 b, el cual les concede dicha facultad. En estos supuestos, países como Luxemburgo y Finlandia, han descargado la responsabilidad en cabeza del fabricante sin lugar a restricciones; mientras que en España, la causal tiene plena aplicabilidad, excepto en los casos de medicamentos y alimentos. Así las cosas, el riesgo de desarrollo puede ser considerado una manifestación del principio de precaución llevado al extremo, que pone en evidencia los recelos de Colombia en este ámbito, y a la vez vislumbra su avance en los países europeos. A partir de la argumentación desplegada, podría explicarse el porqué de la aplicación del principio de precaución sobre los alimentos en la Unión Europea, contrario a lo que ocurre en el caso colombiano. Finalmente, las concepciones e interpretaciones de la jurisprudencia y la doctrina colombiana están en constante desarrollo, lo que significa que puede existir un cambio en torno a este punto. Para más información véase: VEGA TEJEDERO, Rafael. “Riesgos del desarrollo o caso fortuito intrínseco. Acciones e Investigaciones sociales” en *Dialnet*, 1999, p. 6. En línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/170256.pdf> [citado en 3 de agosto de 2016]

¹⁵⁰ LLAMAS, *op. cit.*, p. 62.

A partir del panorama descrito, en el que se expuso una noción de lo que se ha entendido por función preventiva en el derecho continental, sin entrar en mayor detalle, al esta exceder el objeto de estudio, es posible extraer la siguiente premisa: el efecto preventivo de la Responsabilidad Civil, actualmente es reconocido ya sea como consecuencia de una función autónoma de igual o menor jerarquía que la función indemnizatoria, o como un mero efecto accesorio o secundario de la función reparadora. En todo caso, hoy ha quedado superada una concepción de responsabilidad desde una perspectiva puramente indemnizatoria o reparadora.

Las revoluciones de pensamiento y la tutela de los derechos de la víctima en la Responsabilidad Civil, no se vieron restringidos al campo de la prevención, en este sentido, varias voces se levantaron y de forma temeraria le atribuyeron a esta institución una función sancionatoria¹⁵¹.

Tal como lo pone de presente Gustavo Ordoqui Castilla —sbien se había dejado de lado la idea de ver la responsabilidad como sanción, pues la culpa en diversos casos había perdido aplicación práctica, pasando a coexistir otros factores de atribución objetivos, lo cierto es que hoy parece haber comenzado el retorno a la sanción, incluso punitiva, con el ánimo de que lo que más importa es prever el daño, y se pasa a figuras que están a la mitad de camino entre lo civil y lo penal”¹⁵².

En consecuencia, el derecho ha procurado a través de diferentes dispositivos evitar la materialización de daños, tendencia frente a la cual la institución de la responsabilidad no se ha mostrado indiferente. Incluso, autores como Geneviève Viney¹⁵³, de nacionalidad francesa, le han atribuido a la Responsabilidad Civil dicha finalidad, y la han catalogado como un mecanismo tendiente a disuadir

¹⁵¹Varios autores como Reglero Campos, han catalogado esta función como una prevención general, en la que se le atribuye a la responsabilidad un efecto disuasorio a partir de la imposición de sanciones.

¹⁵²ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, Tomo IV, Vol. 2. Bogotá, Temis, 2010.

¹⁵³VINEY, *op. cit.*, p. 89.

aquellos comportamientos antijurídicos que resulten potencialmente dañosos para la sociedad, a pesar de negarle a la disuasión y prevención su carácter de función autónoma dentro de la Responsabilidad Civil.

La autora delimita los campos en los cuales considera que existe un verdadero efecto disuasorio de la responsabilidad: como el de la responsabilidad profesional, a pesar de que exista un seguro de por medio, por la reputación del posible responsable; la responsabilidad por competencia desleal; y el caso de los ilícitos lucrativos, en los que se causa un daño y el provecho que obtiene el responsable es mayor al valor de la indemnización reclamada por la víctima.

Esta última figura será desarrollada en el siguiente capítulo, hasta el momento, basta con señalar que, la autora pone de presente un interesante fenómeno respecto al efecto o la incidencia que puede tener la Responsabilidad Civil de cara a las dificultades que representa esta situación en la Responsabilidad Penal:

La responsabilidad civil presenta aún, para los delitos que se pueden calificar de "lucrativos", una superioridad real sobre la responsabilidad penal, pues, a diferencia del juez penal, que se encuentra obligado por el "principio de legalidad" y que por ese hecho no puede pronunciar nunca una condena sin poner de relieve todos los elementos que la ley exige para caracterizar la infracción ni ordenar una multa de un monto más elevado que aquel que prevé el texto que la contiene, aun si el provecho obtenido del delito es bien superior, el juez civil dispone de una libertad muy amplia para apreciar la existencia de la culpa y para evaluar los daños y perjuicios¹⁵⁴.

Aunque Viney en un principio, se muestra escéptica frente a la eficacia de la disuasión en la Responsabilidad Civil, reconoce que, en los comportamientos individuales, la función puede tener plena aplicación cuando la sanción comprometa un interés patrimonial o extrapatrimonial del responsable.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 90 y 91.

Reglero Campos ha circunscrito la función disuasoria de la responsabilidad, a supuestos específicos donde —el coste secundario de los accidentes¹⁵⁵ o su coste de fraccionamiento lo soporte el agente de forma exclusiva, sin posibilidad de repercusión, por no permitirlo la norma o impedirlo el mercado”¹⁵⁶.

Aunque el autor afirma que, otras áreas del derecho, como la penal o la administrativa, ostentan una verdadera función disuasoria, con una normativa que tiene por objeto evitar conductas potencialmente dañosas, reconoce que en ciertos casos, el patrimonio del agente dañador permanece incólume, toda vez que la sanción no representa un valor significativo comparado con el patrimonio del responsable y agrega que, cuando se trata de —conductas delictivas de escasa gravedad, la responsabilidad puede tener una mayor eficacia intimidatoria que la penal”¹⁵⁷.

Con fundamento en lo anterior, el autor circunscribe la función disuasoria de la responsabilidad a casos específicos y materializa su efecto a partir de la imposición de un —coste añadido a modo de reparación civil extraordinaria”¹⁵⁸. Aclara que ello no constituiría un incremento en el valor de la indemnización tasada sino —una expansión de la imputación causal en lo relativo a los daños indemnizables o, sobre todo, como extensión del daño moral”¹⁵⁹.

Así, ambos autores son cautelosos al momento de referirse a la función disuasoria de la responsabilidad y en muchos casos encuadran la imposición de sanciones a escenarios puramente preventivos sin manifestar la función que cumple la sanción sobre el responsable y su víctima, una vez el daño se materializa, lo que termina por empobrecer el debate respecto a la función sancionatoria.

Plantean que la imposición de un costo adicional se orienta a disuadir las conductas potencialmente dañosas, pero no fundamentan la viabilidad de una

¹⁵⁵ Es decir, el coste social de la reparación y la compensación de los daños ya producidos.

¹⁵⁶ REGLERO, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 73.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 73.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 73.

sanción, que queda relegada a los supuestos propuestos, dentro del plano de la responsabilidad, bajo las figuras tradicionales. En consecuencia, se pasa por alto las implicaciones que ello generaría en la concepción de la institución y hasta en las mismas normas procesales que rigen la responsabilidad.

Otros autores, de forma osada, proclaman la existencia de una función no sólo preventiva sino también sancionatoria de la Responsabilidad Civil. En dicho sentido, Nicolas Polanía resalta que —resultaría útil asumir sin ambages la arquitectura de un sistema de punición civil, que cumpla una marcada función de prevención general sobre las consecuencias altamente gravosas de incurrir en ciertas conductas predeterminadas y necesariamente maliciosas o en extremo negligentes”¹⁶⁰.

Jesús Alberto Buitrago¹⁶¹, en su artículo “Objeciones planteadas a la aplicación de la figura del daño punitivo y sanción civil en el derecho colombiano” hace referencia al autor Edgar Ignacio Saux¹⁶², quien sugiere la implementación de sanciones civiles en los casos donde se materialice un daño por una conducta grave. Agrega que la sanción civil goza de una naturaleza diferente a la de la sanción penal, por lo que no resulta necesario reformar el esquema procesal civil hasta el límite de un garantismo procesal excesivo, basta entonces con asegurar el debido proceso y el derecho de defensa.

Sin embargo, la mencionada postura ha sido criticada por varios autores como Mónica Rodríguez¹⁶³, quien alega que el esquema procesal penal prevé los lineamientos necesarios para la imposición de sanciones, por ello bajo el supuesto

¹⁶⁰ POLANÍA TELLO, Nicolás. “Sobre las funciones de la Responsabilidad”, en *Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 27, 2010, pp. 630 y 631.

¹⁶¹ BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto. “Objeciones planteadas a la aplicación de la figura del daño punitivo o sanción civil en el derecho colombiano”, en *Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 22, 2007, p. 471.

¹⁶² Para más información: SAUX, Edgardo Ignacio. “La tutela inhibitoria y la multa civil: dos modos de evitar la causación del daño en el proyecto del nuevo código civil argentino”, en DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto. *Responsabilidad Civil – Derecho de Daños: Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Lima, Grijley, 2006, pp. 131 - 148.

¹⁶³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Mónica. *La función punitiva de la Responsabilidad Civil*. Bogotá, Tesis de grado, Universidad del Externado, 2005, pp. 67 y 68. Tomado de BUITRAGO, *op. cit.*, p. 471.

de un proceso de Responsabilidad Civil, en el que se fuere a imponer una sanción, aunque de carácter privado, se exigirían las mismas garantías propuestas en la Responsabilidad Penal.

Sergio Rojas, por su parte, reconoce la función sancionatoria que desempeña la Responsabilidad Civil en el ordenamiento colombiano, en consecuencia, expone algunas de las disposiciones que evidencian la presencia de dicha función en el sistema y posiciona la función preventiva - sancionatoria del derecho civil como el nuevo destino de la responsabilidad.

En este orden de ideas, agrega que –~~as~~ funciones punitivas y preventivas han empezado a ser reconocidas en los más novedosos y actuales instrumentos internacionales en materia de responsabilidad, lo que demuestra, de una parte, la conveniencia que se ha reconocido en aquellos y, de otra, la movida internacional en pro de reconocer estas finalidades”¹⁶⁴.

Por último, una visión radical propugna por la inexistencia de la función sancionatoria en la Responsabilidad Civil. Así, aunque se reconoce la necesidad de imponer sanciones en casos específicos, se propone la incorporación de dichas sanciones a través de campos diferentes al de la Responsabilidad Civil, como el derecho administrativo o el derecho penal, ambos de carácter sancionatorio.

Roberto Valls, autor español, desde el año 1992, viene afirmando que –es fundamental darse cuenta de que el derecho de daños, o el derecho relativo a la responsabilidad civil, se prefiere llamar así, ha ido evolucionando claramente desde una concepción de castigo a una visión de reparación”¹⁶⁵.

Así las cosas, pese a que hoy sobreviven autores que niegan rotundamente la función sancionatoria de la Responsabilidad Civil, se podría afirmar que, la tendencia actual es la asunción de una postura que de forma gradual ha

¹⁶⁴ ROJAS, *op. cit.*, p. 356.

¹⁶⁵ VALLS PORTEL, Roberto. *El derecho de daños en la práctica actual. Ponencias y coloquios en la jornada sobre derecho de daños*. Barcelona, Bosch, 1992, p. 70. Tomado de BUITRAGO, *op. cit.*, p. 468.

empezado a reconocer, en la responsabilidad, una función punitiva, sin ser posible, hasta el momento, delimitar los alcances que ello implica.

La función sancionatoria de la responsabilidad emerge en razón de los conflictos que se suscitan respecto al responsable con capacidad económica de asumir el costo del daño; o, desde un análisis costo-beneficio, respecto a los casos en los cuales se considera más eficiente en términos económicos indemnizar que prevenir, lo que ocasiona que el principio de no causar daño en la sociedad pierda su relevancia y materialización, por la carencia de mecanismos que lo reaseguren.

Como fue expuesto con anterioridad, la perspectiva económica del derecho basada en criterios de eficiencia y costos, debe ser matizada a partir de los principios de bienestar y orden que rigen el derecho.

-El pago de una indemnización, como única consecuencia del reato, estimula la perniciosa praxis de franquear el usufructo de posiciones de poder sustentadas sobre la explotación ilícita de una actividad, gracias a la capacidad de asumir costos. En ese orden de ideas la valoración ética de un modo de proceder termina por ser reemplazada por un cálculo de beneficios y costos ligados a cierta acción u omisión”¹⁶⁶.

Con fundamento en lo expuesto, más allá de acoger una postura o exponer sus críticas, lo que se pretende es esbozar el panorama del sistema continental respecto a la función preventiva y sancionatoria de la Responsabilidad Civil.

El anterior análisis cobra sentido, cuando en términos de Sergio Rojas, se proponen –2 alternativas de intervención de la responsabilidad civil cuando se trata de prevenir y castigar: la intervención típicamente preventiva o intervención ex-ante, y la intervención punitiva o intervención ex-post al daño”¹⁶⁷.

La intervención ex-ante (prevención especial), se concreta en la tutela inhibitoria, la cual se ciñe a la aplicación de remedios preventivos, que buscan impedir la

¹⁶⁶ CConst, C- 320 /1998, E. Cifuentes.

¹⁶⁷ ROJAS, *op. cit.*, pp. 360 y 361.

consumación del daño mediante acciones de evitación, como las previamente enunciadas: las acciones populares en los daños contingentes y en los actos ilícitos continuados y la aplicación del principio de prevención; mientras que la intervención ex-post, se circunscribe a la prevención general, la cual tiene por objeto disuadir las conductas potencialmente dañosas y adicionalmente, incorporar a determinados casos, la idea de sanción en el campo de la Responsabilidad Civil, con el ánimo de castigar aquellas conductas graves en las que se llegare a incurrir, a partir de la figura de los daños punitivos.

Esta última alternativa propicia un punto de encuentro entre las diferentes funciones de la Responsabilidad Civil y el objeto de estudio del presente trabajo, los daños punitivos, como herramienta que propende por la materialización de ciertas aspiraciones o más bien, de los objetivos de la responsabilidad en un plano preventivo y sancionatorio.

Expuestos los fundamentos que impulsarían y motivarían la figura de los daños punitivos en el *Civil Law*, se pasará a realizar un breve recuento del esquema del derecho civil del *Common Law*, con el propósito de tener un referente de la Responsabilidad Civil desde la perspectiva de un sistema que acepta la imposición de los daños punitivos.

2.2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL COMMON LAW

El análisis que se pretende adelantar, no busca entrar a indagar por las particularidades que caracterizan el derecho de daños en el sistema del *Common Law*, ni tampoco tiene por objeto llevar a cabo una descripción precisa que abarque todas sus diferencias en relación con el *Civil Law*, específicamente en el campo de la Responsabilidad Civil. El objetivo que persigue el presente subtítulo se limita a estructurar a grandes rasgos, el esquema del derecho civil de los países parte del *Common Law*, un esquema que permita reconocer tanto las

similitudes como las diferencias entre el sistema anglosajón y el sistema civil en terreno de la responsabilidad y, por último, identificar el punto de partida de los daños punitivos.

Así las cosas, el estudio al que se aspira presenta ciertas complicaciones en virtud de las particularidades de este sistema, las cuales han sido postuladas por Kemmelmajer de Carlucci¹⁶⁸:

- La traducción de la terminología del sistema anglosajón a la lengua española: Existen palabras que sencillamente no son traducibles o que ostentan diversos significados conforme al contexto en el que se utilicen.

La traducción jurídica es una tarea ardua, que implica un alto rigor en la precisión de las definiciones y en la referencia de los conceptos. Una traducción laxa puede ocasionar grandes problemas de interpretación, que terminen por tergiversar el contenido y la naturaleza de una institución dentro de un sistema específico.

Tal como lo afirman Fletcher y Sheppard, —discuir sobre derecho en inglés difiere en lo fundamental respecto a conversaciones paralelas en francés o alemán, y otros idiomas continentales”¹⁶⁹.

- Las amplias diferencias que existen entre los países parte del *Common Law*: Los ordenamientos del *Common Law* presentan diferencias importantes en el campo de la Responsabilidad Civil. Estados Unidos e Inglaterra, pese a que pertenecen a un mismo sistema, difieren en su línea de desarrollo, en virtud del papel que le

¹⁶⁸KEMMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Responsabilidad Extracontractual. Análisis comparativo del problema en el Common Law y en el Civil Law”, en *Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 6, 1999, pp. 703 y 704.

¹⁶⁹FLETCHER y SHEPPARD, *op. cit.*, p. 54. Traducción propia.

ha sido otorgado a la jurisprudencia. Así, cada uno de los territorios ha optado por diferentes líneas jurisprudenciales, que conllevan a una evolución, en ciertos casos, aislada de las demás.

En razón de lo anterior, se entrarán a analizar dos países, considerados grandes representantes del derecho común, en virtud de su alto grado de reconocimiento y familiaridad por parte del derecho continental: Inglaterra¹⁷⁰ y Estados Unidos, cada uno con un sistema único de *Common Law*, a excepción del estado de Luisiana, donde se aplica un sistema mixto. Lo anterior, en aras de construir una noción de lo que puede ser llamado *Common Law*¹⁷¹.

Estos obstáculos ponen de presente la gran complejidad que representa el estudiar un sistema que en sí mismo es disímil, y que, por consiguiente, ha propiciado dudas en varios autores respecto de su agrupación en una sola tradición.

Sin embargo, con fundamento en la tesis propuesta por H. Patrick Glenn en los acápites anteriores, se acepta la existencia de un sistema, integrado por diversos territorios que gozan de diferentes características, lo que refleja como tal la verdadera naturaleza de una tradición y sus implicaciones.

El derecho privado en el *Common Law*, se clasifica en cuatro ramas: el derecho de propiedad¹⁷², el derecho de los contratos¹⁷³, el derecho de daños¹⁷⁴ y el enriquecimiento injusto¹⁷⁵.

¹⁷⁰A lo largo de este trabajo se ha presentado una aproximación al sistema del *Common Law* a través de uno de sus grandes representantes: Inglaterra. Sin embargo, se debe precisar que el Reino Unido incluye tanto a Inglaterra, como a Gales y Escocia, y pese a que en los 2 primeros existe un sistema unificado de *Common Law*, en el último existe un sistema mixto. Ahora bien, en el campo del derecho de daños se acogen los mismos principios y la regulación es prácticamente idéntica. Para más información véase: STAPLETON, Jane. "Un recorrido por el mundo common law", en *Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 34, 2014, pp. 14 y 15.

¹⁷¹*Ibid.*, pp. 14 - 16.

¹⁷² Terminología original: Law of Property.

James Gordely expone que —durante el Siglo XIX y el Siglo XX, se hizo un esfuerzo por racionalizar el Common Law. Anteriormente, los abogados del Common Law organizaban su estructura mental en términos de acciones. Ahora, ellos lo hacen en términos de diferentes campos del derecho como la propiedad, los daños, los contratos y el enriquecimiento sin causa”¹⁷⁶.

2.2.1 EL DERECHO DE PROPIEDAD

Cabe destacar, a partir de una breve referencia, que existen 2 particularidades fundamentales que diferencian el derecho de propiedad del *Common Law* con el del *Civil Law*. La primera es que, en los países parte del sistema continental existen unos intereses restringidos sobre la propiedad, que son de carácter taxativo; mientras que en el *Common Law*, se les otorga a las partes un campo de acción y libertad más amplio, que les faculta para regular el tipo de interés que pueda llegar a surgir respecto a la propiedad. La segunda es que, en el *Civil Law*, se reconoce una propiedad absoluta; mientras que en el *Common Law*, no se traza una línea clara entre la propiedad y la posesión, que permita su diferenciación¹⁷⁷.

¹⁷³ Terminología original: Law of Contract.

¹⁷⁴ Terminología original: Law of Torts.

¹⁷⁵ Esta terminología no es más que una traducción, que no tiene plena correspondencia con el idioma español. Terminología original: Unjust enrichment.

¹⁷⁶ GORDLEY, James. *Foundations of Private Law property, tort, contract, unjust enrichment*. New York, Oxford University Press inc., 2007, p. 49. Traducción propia.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 49.

2.2.2 EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

James Gordley¹⁷⁸ asegura que, al momento de fundamentar la presente clasificación, lo más conveniente es acudir al principio del enriquecimiento injusto, según el cual una persona no debe enriquecerse a expensas de otra. Pese a que varios autores¹⁷⁹ sostienen que lo más provechoso es agrupar esta rama bajo el derecho de la restitución, Gordley afirma que el enriquecimiento injusto es un principio claramente estructurado y ordenado, mientras que el derecho de la restitución carece de un fundamento coherente, que únicamente sienta sus bases en ser una justificación de carácter residual, donde se encajan aquellos casos que no encuadran en las demás clasificaciones.

Según Brick¹⁸⁰, el derecho de la restitución es mejor conocido que el principio del enriquecimiento injusto, debido a que el primero inició su desarrollo de forma independiente en el año 1930, en Estados Unidos, a partir del estudio de los Restatements of the Law of Restitution. En Inglaterra, fue en el año 1966, que el derecho de restitución tuvo un gran auge, con publicaciones elaboradas por Goff y Jones.

Sin embargo, el desarrollo del enriquecimiento injusto, aunque opacado en el Siglo XX por el derecho de la restitución, ha alcanzado hoy un gran reconocimiento, considerado el punto de partida de grandes avances jurídicos.

El principio de enriquecimiento injusto ha tenido un vasto desarrollo en el derecho común y aunque se reconoce su alcance amplio e indeterminado en sus inicios, hoy se rechaza la idea de ser concebido como un principio universal, en razón de

¹⁷⁸*Ibid.*, p. 417.

¹⁷⁹Peter Bricks por ejemplo, explica la principal diferencia que existe entre el enriquecimiento injusto y el derecho de la restitución. Afirma que el derecho de la restitución es mucho más extenso que el enriquecimiento injusto pues, pese a que todo enriquecimiento injusto trae consigo el derecho a reclamar una restitución; no siempre que se presente un derecho a la restitución, se tendrá como fuente el enriquecimiento injusto. Para más información véase: BRICKS, Peter. *Unjust Enrichment*. New York, OXFORD University press, 2 Edición, 2005, p. 4.

¹⁸⁰*Ibid.*, p. 4.

las excepciones que le han sido impuestas, como es el caso de la prescripción adquisitiva.

Gordley¹⁸¹ ha definido el campo de aplicación del principio de enriquecimiento injusto, al indicar que el mismo comprende los casos en los cuales una persona tiene el derecho exclusivo de obtener un beneficio respecto a un recurso, y éste es utilizado para conferir dicho beneficio a otra persona. Como regla general esta última persona deberá una compensación¹⁸².

Es importante aclarar que, el enriquecimiento injusto no debe ser considerado un derecho exclusivo o completamente aislado de los demás que integran el *Common Law*. Tal como lo expone Bricks¹⁸³, un derecho de propiedad que surja a partir de un enriquecimiento injusto, debe ser restaurado no solo por el principio de enriquecimiento injusto, sino también por el derecho de propiedad.

El principio de enriquecimiento injusto ha alcanzado una clara consolidación, existen diversas manifestaciones como la agrupación de remedios que buscan la restitución bajo este principio¹⁸⁴, en virtud del derecho vulnerado. Aunque tiempo atrás se negaba la existencia de una doctrina general del enriquecimiento sin causa en Inglaterra, hoy se han escrito tratados sistemáticos sobre el tema, y la jurisprudencia ha reconocido la vigencia de un principio general de responsabilidad por enriquecimiento injusto.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 426.

¹⁸² Otros autores como Peter Bricks, han proyectado el enriquecimiento injusto bajo cinco postulados esenciales: 1. El demandado debió enriquecerse, 2. A expensas del demandante, 3. De forma injusta, 4. adquiriendo un derecho, 5. Y sin contar con una defensa. Para más información véase: BRICKS, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 37.

¹⁸⁴ O bajo el derecho de la restitución para quienes utilizan y defienden esta categoría.

2.2.3 EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

James Gordley¹⁸⁵ explica que, antes del Siglo XIX, en el *Common Law* no existía una teoría desarrollada sobre los contratos, el derecho de los contratos era analizado por los autores y los abogados en términos de acciones¹⁸⁶, en consecuencia, hasta ese momento, no se presentaba una construcción organizada de los contratos y su contenido.

Después del Siglo XIX, el derecho de los contratos fue revaluado y reinventado, para ello se tuvo como referente su desarrollo en el *Civil Law*.

La cuestión principal a destacar en este punto, es la clara diferenciación que hace el *Common Law* respecto al derecho de contratos y el derecho de daños, por considerar que ambos, eran ramas independientes del derecho civil, con una regulación autónoma.

La jurisprudencia anglosajona ha tenido que luchar en contra de las incomodidades derivadas de la distinción entre el derecho de daños y el derecho de los contratos: Según Kimmelmajer de Carlucci¹⁸⁷ la jurisprudencia ha diferenciado los daños materiales, aplicables a ambas clasificaciones; y la pérdida puramente económica¹⁸⁸ reconocida en el derecho de los contratos o en razón de una norma estatutaria que así lo indique.

La autora pone de presente un nombrado caso en el derecho inglés (*Anns vs Merton London Borough* 1978) según el cual: -El daño es daño (damage) y no una

¹⁸⁵ GORDLEY, *op. cit.*, p. 288.

¹⁸⁶ Traducción de "writ system", este sistema fue explicado en el primer capítulo, el mismo se refiere a la clasificación utilizada antes de la aplicación de los diferentes campos del derecho como: el derecho de daños, el derecho de propiedad, entre otros. En él se conjugaban el derecho sustancial y el derecho procesal. Para más información véase: FLETCHER y SHEPPARD, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸⁷ KEMMELMAJER, *op. cit.*, p. 709.

¹⁸⁸ Entendida como una pérdida que no deviene de un daño a la persona o de un daño al patrimonio.

pérdida económica, y los contratos, diferentes al derecho de daños, tienen diferentes medidas del daño”¹⁸⁹. (Traducción propia)

Sin embargo, el anterior postulado no goza de una aplicación general en Inglaterra, pues es la Corte quien, en cada caso analiza, si en un asunto concerniente al derecho de daños podría llegar a solicitarse la pérdida puramente económica, con independencia de que existan casos similares donde esta haya sido concedida o denegada.

Por el contrario, en el caso de Estados Unidos, opera una regla de carácter general, dispuesta en los Restatements of Law, en virtud de la cual se establece que no existe un daño puramente económico en materia de derecho de daños¹⁹⁰.

Finalmente, la conclusión a la que se llega es que el derecho de los contratos es un derecho innovador y dinámico, que generalmente propende únicamente por la reparación derivada del incumplimiento de una obligación contractual, que causa un daño o una pérdida económica; mientras que el derecho de daños es un derecho que aboga por la protección de los individuos en la sociedad, guiado por un principio de no causar daño y que tiene diferentes funciones, adicionales a la reparación, como la prevención y la sanción.

En diversos países del *Common Law*, se ha acogido la idea de que únicamente se es responsable en el derecho de los contratos, por aquellos daños previsibles al momento de la celebración del contrato. Esta tendencia, de igual forma, fue acogida por algunos países del *Civil Law* como Francia e Italia, pero de forma matizada, con ayuda de la excepción propuesta por Pothier. Así, la parte es responsable únicamente por los daños previsibles al momento de la celebración del contrato, a menos de que se actúe con dolo, en dicho caso, se libera la restricción y se es responsable por todos los daños.

¹⁸⁹Texto original: “*damage is damage and not economic loss, and contracts as distinct from tort with their respective and different measure of damages*”.

¹⁹⁰STAPLETON, *op. cit.*, p. 21.

En todo caso, en el derecho anglosajón, específicamente en Estados Unidos, el responsable puede llegar a asumir todas las consecuencias derivadas de su incumplimiento contractual, siempre que dicho incumplimiento constituya un daño, es decir, que la conducta encaje dentro de la clasificación del derecho de daños¹⁹¹.

2.2.4 EL DERECHO DE DAÑOS

Según James Gordley¹⁹², el derecho continental ha estructurado su esquema de responsabilidad extracontractual a partir de dos principios fundamentales: El primero es que el demandante puede solicitar la reparación de un perjuicio, cuando el responsable ha violado alguno de sus derechos, o un interés legalmente protegido, premisa basada en el postulado general de que “quien cause un daño a otro tendrá la obligación de repararlo”, presente en el Código Francés y por ende en varios de los códigos pertenecientes al derecho continental.

El segundo es que existen tres supuestos en los que una persona puede ser responsable (clasificación del hecho generador imputable): Cuando se actúa con dolo, cuando se actúa con negligencia, y recientemente se ha considerado que, en caso de materializarse un daño en desarrollo de una actividad peligrosa, hay lugar a una responsabilidad objetiva. Esta última categoría ha ocasionado ciertas complicaciones en los ordenamientos continentales, toda vez que los códigos, aún vigentes, no prevén norma alguna que fundamente este tipo de responsabilidad. En consecuencia, el desarrollo de esta figura se ha presentado por parte de la jurisprudencia, que en ciertos casos, ha forzado la interpretación de normas en aras de otorgarle un fundamento normativo a la responsabilidad objetiva¹⁹³.

¹⁹¹ GORDLEY, *op. cit.*, pp. 409 – 411.

¹⁹² *Ibid.*, p. 180.

¹⁹³ En el caso de Colombia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, ha sostenido una tesis por varios años, la cual ha conformado una línea jurisprudencial estricta, a excepción de la Sentencia del 14 de

Diferente a lo ocurrido en los países del *Common Law*, que en el Siglo XIX, aún utilizaban un sistema de acciones, que no distinguía con claridad ni los derechos afectados, ni la clasificación del hecho generador imputable. Posterior a esto, diferentes juristas comenzaron a reorganizar el derecho de daños bajo los principios utilizados por el *Civil Law*. Y finalmente, hoy en los países del *Common Law*, existe un derecho de daños, que difiere en muchos aspectos del sistema civil, pero que en todo caso, acoge las mismas bases que fundamentan el esquema de los países continentales.

marzo de 1938. En diferentes pronunciamientos: La Sentencia 13 de octubre de 1998, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo; Sentencia del 25 de octubre de 1999, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez; Sentencia 23 de octubre de 2001, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; Sentencia 7 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos; y Sentencia de 25 de febrero de 2002, Magistrado Ponente Jorge Ballesteros; la Corte ha afirmado que el sistema de responsabilidad en Colombia es subjetivo, lo que significa que siempre se requiere de la existencia de una culpa como presupuesto para la configuración de la Responsabilidad Civil, incluso en sede de actividades peligrosas.

En todo caso, el supuesto de actividades peligrosas presenta una particularidad, el ser considerado un supuesto de culpa presunta indivisible, en el que el demandado únicamente se puede exonerar probando causa extraña. El fundamento normativo que sirve de base para su interpretación es el artículo 2356 del Código Civil, en los siguientes términos: *“RESPONSABILIDAD POR MALICIA O NEGLIGENCIA. Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:*

- 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.*
- 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.*
- 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.*

Existió un giro en la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en el año 2009, con la Sentencia del 24 de agosto de 2009, con Magistrado Ponente William Namén Vargas, donde la Corte reevalúa dos concepciones importantes: (1) El título de imputación de la Responsabilidad Civil en sede de actividades peligrosas, (2) La concurrencia de actividades peligrosas. Para efectos del presente estudio, el análisis se centrará en la primera de ellas, así, la Corte considera que, en el caso de actividades peligrosas, el título de imputación debe ser objetivo, en consecuencia, se deja a un lado la concepción de un régimen de responsabilidad puramente subjetivo. El sostener una culpa indivisible en el plano de las actividades peligrosas únicamente tenía una incidencia formal, dado que, a efectos prácticos, los mecanismos de defensa y la decisión del caso son los mismos de la responsabilidad objetiva.

Aunque dicha postura generó expectativas en la doctrina sobre un cambio en la línea jurisprudencial, la Sentencia del 26 de agosto de 2010, con Magistrado Ponente Ruth Marina Díaz Rueda, reitera la postura clásica de la Corte, al afirmar que el título de imputación de la responsabilidad en los casos de actividades peligrosas es de culpa presunta no desvirtuable. Además, en la Sentencia del 1 de junio de 2010, se afirma que la postura de la Corte no varió con la sentencia de 2009, pues respecto al título de imputación en actividades peligrosas no se alcanzó una mayoría, solo se rectificó el título de imputación en la concurrencia de actividades peligrosas, toda vez que el tribunal venía aplicando una neutralización de las presunciones de culpa, y pasaba a un plano de culpa probada. En consecuencia, la Corte rectificó que a ambas partes se les presumiría una culpa presunta no desvirtuable.

Harold Luntz ha delimitado una definición estándar del derecho de daños que, para este caso, puede reflejar los aspectos principales que se deben reconocer: —*Ńrt* (daño) es un término aplicado a un grupo de actos ilícitos civiles, diversos y más o menos desconectados, diferentes al incumplimiento de un contrato, para los que una Corte concederá un remedio en la forma de una acción para el cobro de perjuicios”¹⁹⁴.

Los países parte del sistema anglosajón, acogieron las mismas categorías utilizadas por el *Civil Law* en relación con el hecho generador imputable: La responsabilidad por daños intencionales, la responsabilidad por negligencia y la responsabilidad objetiva. Pese a que existen ciertas diferencias en cuanto a los supuestos que se contemplan y su desarrollo, conservan la misma naturaleza del *Civil Law*.

Según Jane Stapleton¹⁹⁵, uno de los criterios diferenciadores entre los países parte del *Common Law*, en cuanto al derecho de daños, es el alcance que tienen sus disposiciones, es decir, si se está frente a normas de carácter nacional, o si, por el contrario, se está frente a normas de carácter local.

La autora¹⁹⁶ hace una breve referencia al panorama anglosajón respecto a la jurisdicción en cada territorio:

En Inglaterra, al no existir un sistema federal formal, las normas que regulan el derecho de daños gozan de un alcance nacional, en consecuencia, la jurisprudencia al momento de resolver asuntos relativos al derecho de daños, lo hace a partir del precedente aplicable a este tema específico. El órgano de cierre de esta área es la Corte Suprema del Reino Unido, y hasta el año 2009, lo fue de igual forma, el Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores.

¹⁹⁴ LUNTZ, Harold. *Assessment of damages for personal injury and death*. Sidney, Lexis Nexis Butterworths, 2002, p. 211.

¹⁹⁵ STAPLETON, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 16 – 19.

Cuando se analiza la estructura del *Common Law*, no solo desde Inglaterra sino desde el Reino Unido, se incorporan al panorama dos países adicionales: Gales y Escocia.

Gales goza de un sistema idéntico al de Inglaterra, por el contrario, Escocia presenta un sistema mixto. Pese a esta diferencia, Escocia tiene como órgano de cierre a la Corte Suprema del Reino Unido, al igual que Inglaterra y Gales.

Ahora bien, tanto Inglaterra como Gales presentan una jurisdicción independiente a la de Escocia, por ello, los casos resueltos en este último, no pasan a ser jurisprudencia aplicable a Inglaterra y Gales de forma automática. Sin embargo, respecto al derecho de daños, el desarrollo de ambas jurisdicciones es prácticamente idéntico, lo que implica que una y otra se estructuran bajo los mismos principios.

En el caso de Estados Unidos, el esquema cambia, pues aunque allí existe una Constitución Federal, en ella se dispone que son los Estados quienes se encargaran de regular el derecho de daños. Así, existen tres eventos¹⁹⁷ específicos en los que se puede acudir a la Corte Federal en asuntos de derecho de daños, y en los demás casos, como regla general se debe acudir a la jurisdicción estatal.

Otra particularidad destacada por Stapleton¹⁹⁸, se refiere al proceso judicial. En Inglaterra, los procesos judiciales no cuentan con un jurado, son los jueces quienes deben decidir sobre el caso, y motivar su decisión conforme a los principios desarrollados por la jurisprudencia¹⁹⁹. Por el contrario, en Estados

¹⁹⁷Según Stapleton se puede acudir a la Corte Federal cuando: “*Se enfrenta una diversidad de jurisdicciones aplicables al mismo asunto*”; “*situaciones de política federal que deben ser atendidas por dichas cortes federales*” como la jurisdicción marítima; y “*cuando una de las partes alega que la solución del caso está afectada por principios de leyes federales de rango constitucional*”. Para más información véase: *Ibíd.*, pp. 17 y 18.

¹⁹⁸*Ibíd.*, p. 19.

¹⁹⁹ En los casos civiles, el jurado únicamente participa en los procesos que versen sobre: fraude, difamación, detención ilegal, enjuiciamiento injusto. Lo anterior fue establecido por Acto 1981. Para más información

Unidos, el proceso involucra un jurado, en consecuencia, no existe una clara motivación de las decisiones en torno a los asuntos relacionados con el derecho de daños. El juez debe indicarle al jurado los principios que rigen en este campo, mediante un manual con instrucciones detalladas, respecto del caso.

Un aspecto digno de resaltar, expuesto por Kimmelmajer de Carlucci²⁰⁰, que podría resultar paradójico luego del recuento realizado sobre las familias jurídicas y sus particularidades, es que en los países del sistema continental no existe una regulación legislativa detallada de la responsabilidad extracontractual, por el contrario, su desarrollo legislativo se limita a unas pocas disposiciones y a un principio general de no causar daño. En consecuencia, la jurisprudencia ha tenido un papel protagónico en el desarrollo de esta institución.

En el derecho anglosajón, especialmente en Estados Unidos, es posible encontrar una regulación mucho más detallada, en virtud de diferentes fuentes como los Restatements of Law que, a pesar de no ser una fuente principal de derecho, son considerados postulados persuasivos, que en muchas ocasiones orientan las decisiones de los jueces. Los Restatements of Law son compilaciones hechas por el Instituto Americano de Derecho (ALI), una organización que involucra jueces, profesores y juristas. Generalmente, lo que se busca con ellos es reiterar el derecho común vigente. Sin embargo, en ciertas ocasiones, estos señalan cual es la norma o el principio que se debe acoger en un caso particular. Los tratados más citados y utilizados en el derecho anglosajón son los Restatements of Torts (de daños) y los Restatements of Contracts (de contratos)²⁰¹.

Además, en Inglaterra, existe un desarrollo legislativo digno de resaltar en torno a este aspecto. Según Stapleton²⁰², tanto en Inglaterra como en Gales, existen

véase: KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspective*. New York, Springer Wien New York, Vol. 25, 2009, p. 37. Traducción propia.

²⁰⁰ KEMMELMAJER, *op. cit.*, pp. 704 y 705.

²⁰¹ KRIBBLE, Megan. "Secondary sources: ALRs, Encyclopedias, Law Reviews, Restatements, & Treatises", en *Harvard Law School Library*, 2016. En línea: <http://guides.library.harvard.edu/c.php?g=309942&p=2070280> [citado en 3 de agosto de 2016]

²⁰² STAPLETON, *op. cit.*, p. 18.

disposiciones proferidas por el Parlamento de Westminster que tratan asuntos como –al responsabilidad de los terratenientes por daños físicos” y productos defectuosos.

Aunque los modelos básicos de responsabilidad extracontractual y responsabilidad de daños gozan de una estructura similar, compuesta por un hecho generador imputable, un daño²⁰³ y un nexo causal entre ambos, existe una figura en el derecho anglosajón que ha generado gran polémica en el sistema civil: los daños punitivos.

Después de a grandes rasgos, esbozar el panorama de la Responsabilidad Civil extracontractual tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law*, y establecer como postulado general la gran semejanza que existe entre ambos sistemas, no solo en su estructura sino también en sus funciones, pese a no ahondar en el desarrollo

²⁰³ Tal como lo explica James Gordley, es posible que, en el sistema anglosajón una persona resulte responsable pese a no haber causado un daño, siempre y cuando hubiese actuado con dolo. Lo anterior ha sido fundamentado en la justicia conmutativa, la cual propone que cuando una persona priva a otra de un recurso, el balance debe ser restablecido. Por ello en el supuesto de que no se configure un daño, si el responsable actuó de forma dolosa, el demandante podrá recobrar contra el demandado, pues existió un aprovechamiento o un intento del mismo por parte de demandado, en aras de obtener un beneficio a expensas del demandante, lo cual afectó el equilibrio existente. Kit Baker, en su texto “Damages without loss” pone de presente un vacío en el derecho privado, frente a los casos donde existe un quebranto de los derechos del demandante, pero este no sufre un daño (o en ciertas clasificaciones se referirá más bien a un perjuicio). Los casos más frecuentes en los que se presenta esta situación son aquellas interferencias con el derecho de propiedad, con derechos de propiedad intelectual y con las oportunidades hipotéticas. (Traducción propia) Algunos autores como Hohfeld, han interpretado este asunto como un problema de infracción o trasgresión de un derecho, y no como la materialización de un daño. Baker expone un caso bastante interesante, en el que ilustra los diferentes elementos que deben confluir para que pueda presentarse un supuesto de responsabilidad sin daño. Si A tiene un caballo en un establo y B toma el caballo sin su consentimiento o en contra de la voluntad de A y luego lo devuelve, B deberá pagarle una suma de dinero a A por el uso del caballo, aunque A no lo hubiese puesto en ninguna actividad económica que le reportara algún beneficio durante ese periodo, e incluso si la acción de B, le hubiese reportado un provecho a A. Aunque no se haya causado ningún daño, y aunque A haya sido devuelto al estado anterior a la conducta dañosa, se debe una suma. Ahora bien, el ejemplo evidencia la dificultad que entraña este tipo de casos: la argumentación para sustentar esa reparación, pues no existe un daño en sí que reparar. Problema que, según el autor, puede ser resuelto en el entendido de que es la pérdida de un poder legal derivado de un derecho del demandante, pues, aunque en el caso, posterior a la violación del derecho, este quede intacto y el demandante no sufra un perjuicio, sí se afectó su poder legal respecto al derecho, el cual se refiere al poder que tiene el demandante de insistir en reclamar su derecho o de solicitar la cesación de la conducta que lo afecta. Para más información véase: GORDLEY, *op. cit.*, p. 183 y 184 y BARKER, Kit. “Damages without loss can Hohfel Help?”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34, N° 4, 2014, pp. 631 - 658.

del tema; resulta claro que del derecho anglosajón provienen las teorías económicas del derecho que impulsaron el establecimiento de las funciones preventivas y sancionatorias del derecho de daños. Así las cosas, se entrará a analizar una figura objeto de críticas y discusiones en ambas familias, que encuentra sustento en la función preventiva y sancionatoria, los daños punitivos.

Y es que es en torno a esta figura que se ha llevado a cabo el análisis del presente trabajo, que tuvo como objeto en páginas anteriores, estudiar las dos familias jurídicas representativas del derecho europeo y americano, establecer sus orígenes, historia, diferencias, similitudes, y afirmar que entre ambas tradiciones existe un constante diálogo que le otorga un equilibrio al desarrollo del derecho, y que a partir de la implementación de trasplantes jurídicos, posibilita su evolución en cada uno de los territorios. La implementación de nuevas figuras no asegura que se conserve de forma idéntica su estructura original, por el contrario, son las mutaciones de los conceptos que se exportan lo que enriquece el derecho mismo.

Dicho esto, se da inicio a una nueva etapa de la investigación, en la que más allá de buscar resultados concretos o verdades absolutas, se tiene como fin delimitar el concepto de daño punitivo en relación con su desarrollo en los diferentes sistemas que lo han acogido y en los que, pese a que lo rechazan, se han presentado discusiones conforme a su implementación. La investigación se basará en las manifestaciones legislativas y en los postulados jurisprudenciales y doctrinales que han perfeccionado tanto los países que lo acogen (Inglaterra y Estados Unidos), como los países que hasta el día de hoy no los aplican (Francia y España), y por último, se planteará el caso de Colombia, en el que se expondrán las posturas doctrinales, pronunciamientos jurisprudenciales y manifestaciones legislativas más importantes en torno a la figura de los daños punitivos, además de las críticas que los detractores han estructurado en su contra, con énfasis en los efectos de su implementación respecto al principio de reparación integral.

CAPÍTULO 3

DAÑO PUNITIVO¹

Hablar del daño punitivo como un concepto uniforme, resulta ser una pretensión bastante ambiciosa; lo cierto es que las diferencias en materia de derecho de daños entre los países del *Common Law*, resaltadas en el subtítulo anterior, son un indicio de la heterogeneidad que presenta esta área en particular.

Pese a que los países del *Common Law*, a grandes rasgos, gozan de un esquema común que comprende los mismos aspectos; existen en ellos ciertas particularidades respecto al derecho de daños, que alteran dicha armonía. Así, el daño punitivo es de las primeras figuras en manifestar las variaciones más relevantes entre un territorio y otro.

El autor Ulrich Magnus², en su texto “¿Por qué es tan diferente el derecho de daños en Estados Unidos?”, al tomar como punto de referencia Estados Unidos, plantea las diferencias que existen entre los países del *Common Law*. Además, advierte que, en términos generales, el territorio americano presenta una estructura similar frente al derecho de daños, con excepción del estado de

¹Varios autores han rechazado la traducción literal del concepto como Jesús Alberto Buitrago, quien afirma que, la traducción no se compadece con su verdadero significado en los países anglosajones, debido a que en estos tiene el carácter de una verdadera indemnización. Autores como Sebok y Wilcox, han acogido la expresión *aggravated damages* en busca de evitar una “confusión terminológica”, sin embargo, reconocen que dicha expresión es utilizada de diversas formas en los diferentes países que integran el *Common Law*. Dan Markel por su parte, propone llamar a los daños punitivos, daños extracompensatorios, y lleva a cabo, de forma exhaustiva una clasificación detallada de las diferentes modalidades que ocupan dicha categoría, sobre las cuales no se entrara en detalle. Basta con ilustrar la variedad terminológica y ser cautelosos a la hora de abordar la figura por su propensión a la confusión. En todo caso, en este estudio nos concentraremos en el término daño punitivo y a lo largo de su desarrollo, realizaremos las anotaciones pertinentes respecto a su alcance y su génesis. Para más información véase: BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto. *El daño punitivo en la Responsabilidad Civil*. Pereira, Litografía Moderna Digital, 2007, p. 23 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Daños Punitivos*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2012, pp. 23 y 24.

² MAGNUS, Ulrich. “¿Por qué es tan diferente el derecho de daños en Estados Unidos?”, en *Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 28, 2010, p. 638.

Luisiana, que posee un sistema mixto, pero reconoce que —en un nivel micro de las normas específicas sobre responsabilidad civil, se encuentra, sin embargo, una confusa variedad”³.

Lo anterior, evidencia la complejidad de identificar y definir una figura propia del derecho de daños, toda vez que las divergencias existentes entre los diferentes países o dentro del mismo, respecto a un aspecto particular, provocan que la comprensión de un tema específico pueda variar de un lugar a otro.

Es posible extraer entonces que, pese a que entre los países del *Common Law* existe una estructura básica de derecho de daños, —so las diferencias las que caracterizan la cultura del derecho de daños a ambos lados del Atlántico”⁴.

Ulrich expone en su texto los rasgos característicos del derecho de daños en Estados Unidos, en el que los daños punitivos son la figura que encabeza la lista. El autor asegura que, al tener como punto de partida las particularidades del derecho norteamericano, desde una perspectiva europea, —cuando se le compara con el derecho inglés, francés, alemán o de la comunidad europea uno no encuentra estos elementos allí, o al menos se los encuentra mucho menos desarrollados”⁵.

Por ello, más allá de delinear un concepto o una definición de daños punitivos, desde sus avances en los ordenamientos donde han sido acogidos, lo que se pretende en esta introducción, es plasmar aquellos elementos esenciales de la figura, sin dejar de lado las variaciones de la misma, en virtud de su desarrollo en cada territorio.

Los daños punitivos, como previamente se explicó, son una figura que se desarrolla a partir de la incorporación, o al menos, a partir del planteamiento de las funciones preventiva y sancionatoria del derecho de daños. Ahora bien, aunque en el *Civil Law* dichas funciones de la Responsabilidad Civil aún son cuestionadas, en

³ *Ibid.*, p. 638.

⁴ *Ibid.*, p. 638.

⁵ *Ibid.*, p. 640.

el *Common Law* existe una mayor aceptación en torno a su aplicación en el derecho de daños.

En el Siglo XIX, Jeremy Bentham, propuso por primera vez la función preventiva del derecho de daños, y esta adquirió especial importancia con los postulados de las escuelas económicas americanas⁶.

En el contexto americano, Fletcher y Sheppard⁷ afirman que los daños punitivos pueden ser impuestos de forma apropiada, en aras de promover el interés legítimo del Estado de castigar conductas ilegales e impedir su repetición.

Un autor que ha sido objeto de múltiples críticas en países del *Civil Law*, toda vez que en sus postulados ha propuesto la ampliación del ámbito de aplicación del derecho de daños es Boris Starck⁸.

Starck centra la atención en señalar que el derecho de daños cumple doble función como instrumento de garantía y de pena privada. Entiende que la tendencia de los jueces consiste en aumentar las indemnizaciones por las faltas graves y disminuirlas en casos de culpa de la víctima, dejando en evidencia un sentimiento punitivo. Considera que si la garantía es una de las funciones esenciales de la responsabilidad, la prevención y la sanción de culpas caracterizadas son importantes y evidencian la función represiva de la responsabilidad⁹.

Es claro entonces que, en los países del *Common Law* el desarrollo jurisprudencial y doctrinario ha estado encaminado a aceptar la función preventiva y sancionatoria del derecho de daños. Dicha evolución tuvo como antecedentes el nacimiento del análisis económico del derecho, corriente que surgió en Estados

⁶KOZIOL, Helmut. *Basic questions of Tort Law from a comparative perspective*. Austria, Jan Sramek Verlag, 2015, p. 380.

⁷FLETCHER, George P. y SHEPPARD, Steve. *American Law in a global context*. New York, Oxford University Press, 2005, p. 491.

⁸Para más información sobre este autor y sus postulados véase: STARCK, Boris. *Droit Civil, Obligations*. Paris, Litec, 1972.

⁹ROJAS QUIÑONES, Sergio. "Apología del potencial preventivo de la Responsabilidad: Desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria", en *VNIVERSITAS*, Ed. 125. 2012, p. 345.

Unidos; el cambio filosófico que centró el análisis en la víctima y su daño; y una visión comunitaria del derecho de daños, situaciones que consolidaron una revolución en el derecho de daños y permitieron la incorporación de figuras que tenían como fundamento la prevención y la sanción, como es el caso del daño punitivo.

Ulrich reitera el fin que persiguen los daños punitivos al afirmar que ~~los~~ perjuicios punitivos son una reacción (del derecho civil) a un comportamiento socialmente inaceptable por parte del demandado y están diseñados para enseñarle a este que el hecho ilícito no paga¹⁰.

Entrando en materia, se pueden agrupar algunos de los presupuestos básicos de los daños punitivos, que a grandes rasgos, se encuentran presentes en los ordenamientos que los acogen y permiten ilustrar de forma general, la estructura de la figura.

En primer lugar, para poder considerar la concesión de los daños punitivos, se requiere que la víctima sufra un daño¹¹ causado por un hecho generador imputable al responsable y que este último, no logre probar una causal exonerativa (ya sea una causa extraña o un hecho justificativo). Tal como lo expone Magnus ~~los~~ perjuicios punitivos, al igual que la indemnización compensatoria, requieren generalmente que la víctima haya sufrido una lesión¹².

En segundo lugar, los daños punitivos se estructuran sobre un componente económico que se tasa a partir de la gravedad de la conducta del responsable. Es este el elemento que separa los daños punitivos de las diferentes indemnizaciones o compensaciones que puede solicitar la víctima en el proceso. Por regla general, los perjuicios se tasan en virtud de la extensión del daño, pero el daño punitivo se

¹⁰ MAGNUS, *op. cit.*, p. 641.

¹¹ Esta precisión se hace, para diferenciar los supuestos donde se han concedido daños punitivos de los casos anotados en la nota al pie 120, del subtítulo anterior, la cual se refiere a los supuestos de responsabilidad sin daño.

¹² *Ibid.*, p. 641.

estima con base en la actuación del demandado, la intencionalidad, la negligencia extrema o el notorio desinterés por el bienestar ajeno.

Es a partir de este esquema que, se aprecian las funciones que satisfacen las diferentes figuras de la Responsabilidad Civil: la indemnización busca —le restablecimiento del equilibrio patrimonial quebrantado por el hecho dañoso bajo una concepción individualista”, mientras que bajo la figura de los daños punitivos el derecho recobra una función —reguladora de la conducta social, en la medida en que, en casos excepcionales, se impone una sanción al demandado, que sirve no solo para disuadirlo de reincidir en tales actos, sino además para prevenir a toda la colectividad, de tal suerte que sus miembros no incurran en dichas conductas (...)”¹³.

En tercer lugar, es el demandante quien obtiene provecho de los daños punitivos concedidos, es decir, es la víctima quien recibe la cuantía impuesta a título de daños punitivos en el proceso. Dicha situación, tal como lo expresa Ulrich¹⁴, ha motivado a que la figura sea promovida por los mismos demandantes, y en consecuencia, sean las víctimas quienes velen por la aplicación de dichos daños, que tienen por objeto prevenir y sancionar al responsable, y no el Estado directamente.

Sin embargo, la anterior característica ha sido replanteada en ciertos territorios, tal es el caso del estado de Georgia, donde se ha distribuido el monto de la sanción entre el Estado y la víctima. El Estado recibe el 75%, mientras que la víctima recibe el 25%.

Es por ello que, pese a que existen diversos aspectos que caracterizan los daños punitivos en la mayor parte de los territorios, los mismos no son *conditio sine qua non* de la figura. En este orden de ideas, en aquellos lugares donde se rompen los esquemas, a la vez se demuestra que varios de los rasgos que identifican los

¹³ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴ MAGNUS, *op. cit.*, p. 642

daños punitivos pueden ser alterados, sin que la figura pierda su finalidad y logre conservar su esencia.

Una definición provisional de lo que puede entenderse por daños punitivos en el contexto del derecho inglés es: —Daños¹⁵ que son concedidos por encima de lo necesario para compensar al demandante”¹⁶.

Basta entonces con esta breve exposición del concepto de daño punitivo, para que el lector adquiera una noción del mismo, que le permita adentrarse en su análisis, consciente de la diversidad que envuelve a esta figura, no solo a nivel terminológico, sino también en cuanto a sus elementos y su comprensión.

Así las cosas, se pasará a realizar un estudio de los antecedentes que marcaron el inicio de los daños punitivos, desde de su nacimiento, lugar de origen, alcance de la figura en sus inicios, hasta sus modificaciones a lo largo del tiempo.

3.1 ANTECEDENTES

El primer lugar en el que nació una figura que rompía con el esquema clásico indemnizatorio fue Inglaterra¹⁷. Sir Henry Brooke¹⁸, en el texto —Positive damages: Common Law and Civil Law perspective”, plantea la motivación o al menos el cometido que a grandes rasgos, dio origen a los daños punitivos.

¹⁵ Como se ha dejado claro a lo largo de este estudio, no es fácil traducir los términos que son empleados en el derecho común al sistema civil. En este caso puede ser considerado, según el esquema referencial de Responsabilidad Civil que se tome, como un perjuicio.

¹⁶ KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspective*. New York, SpringerWien New York, Vol. 25, 2009, p. 7. Traducción propia.

¹⁷ En Inglaterra la figura es conocida como daños punitivos “punitive damages” o daños ejemplares “exemplary damages”.

¹⁸ BROOKE, Henry. “A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages”, en KOZIOL y WILCOX, *op. cit.*, p. 1.

En un principio, la suma¹⁹ otorgada a la víctima, en el contexto del derecho de daños, tiene como propósito fundamental la indemnización, o en todo caso, la compensación del daño sufrido; lo cual se corresponde con la premisa central del principio de **reparación integral**: regresar a la víctima al estado en el que se encontraba antes de que el daño ocurriera²⁰.

Sin embargo, en Inglaterra, la función puramente indemnizatoria y compensatoria no es la única existente. El derecho Inglés consideró necesario analizar la conducta del responsable, y previó un elemento conocido como los daños agravados²¹. Los mismos se centran en la conducta del responsable al momento de causar el daño, o luego de causado el daño. En todo caso, estos no se refieren a lo que se conoce en el derecho inglés como daños punitivos.

Los daños *punitivos* —son concedidos en los casos en que la mera compensación es insuficiente: casos en los que la conducta del demandado es considerada ultrajante y atroz y por ello merece un castigo²².

La anterior afirmación pone de presente un aspecto fundamental, los daños punitivos dentro del contexto inglés gozan de un ámbito de aplicación bastante restringido. La conducta debe llevar implícita un claro desinterés por el derecho

¹⁹ En el derecho inglés, la compensación siempre se lleva a cabo en términos monetarios. No hay un concepto de restitución en especie. Para más información véase: KOZIOL, *op. cit.*, p. 423.

²⁰ Este tipo de indemnización se refiere a los daños compensatorios, los cuales buscan la "*restitutio in integrum*". Para más información véase: KOZIOL, *op. cit.*, p. 376.

²¹ En principio se entiende que su función es compensatoria, pero respecto a daños extrapatrimoniales. A este tipo de daños, de igual forma, se les ha atribuido una función punitiva, pues para poder ser impuestos requieren una conducta "calificada" del demandado (una conducta maliciosa, arrogante, negligente, imprudente). A partir de esta clasificación la víctima puede reclamar con fundamento en consecuencias intangibles como la humillación, la violación a la dignidad o al buen nombre.

El derecho inglés prevé otros tipos de daños como los daños restitutorios que, como su nombre lo indica, buscan la restitución de un provecho obtenido, los mismos se desarrollan en el campo del enriquecimiento injusto, y en todo caso, pueden ser concedidos en el campo del derecho de daños, aunque este no sea un remedio propio de esta área. Como ya se dijo, en varios casos, el enriquecimiento injusto debe involucrarse con otros campos del derecho, pues en un mismo caso puede coincidir la aplicación de ambas áreas.

Adicionalmente, se encuentran los daños nominales, los cuales se conceden en los casos en "*que los derechos del demandante han sido vulnerados por la conducta ilícita del demandando, pero en todo caso, la víctima no sufrió ninguna pérdida como consecuencia*". Estos daños de igual forma buscan la reivindicación del derecho del demandado. Para más información véase: *Ibid.*, pp. 374 - 379.

²² BROOKE, *op. cit.*, p. 1.

ajeno, una negligencia descarada por parte del responsable, para que pueda llegar a considerarse su imposición.

Ahora bien, no siempre lo que la víctima reciba en consideración a la conducta del responsable será un daño punitivo, pues como se señaló previamente, en el derecho inglés existen los daños agravados que, al igual que los daños punitivos, tienen como criterio orientador la conducta del responsable, pero en todo caso, no constituyen un daño punitivo; y de igual forma, podrán ser tenidos en cuenta al momento de conceder una suma en favor de la víctima.

Según Jesús Alberto Buitrago²³, basado en los desarrollos realizados por otros autores como Pizarro, el origen de los daños punitivos se remonta al año 1275. Buitrago afirma que, en ese año, el estatuto inglés consagraba una disposición que permitía la aplicación de los daños punitivos, pero esta sanción no era en consideración a la conducta del responsable, sino en consideración a la víctima, "p[er]punición con el duplo del daño causado cuando el damnificado fuese un religioso"²⁴.

Por el contrario, Brooke²⁵ ubica el primer antecedente de los daños punitivos conocido en el derecho inglés en los años 1760's. El mismo tiene origen en las demandas interpuestas en virtud de una publicación del diario North Briton. El gobierno inglés intentó suprimir una publicación relacionada con John Wilkes, político reconocido de la época. Dicha actuación fue considerada una violación a la libertad de expresión por parte de la autoridad pública.

A raíz de lo sucedido y las demandas presentadas, los jueces, enfrentados a una encrucijada, por ser justamente estos los casos que, incluso hoy, resultan problemáticos en virtud del grado de complejidad que involucra el tasar esta clase de violaciones, otorgaron unos perjuicios que no cumplían con una finalidad

²³ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 29.

²⁴ *Ibid.*, p. 29.

²⁵ BROOKE, *op. cit.*, p. 1.

compensatoria en favor de las víctimas²⁶. En consecuencia, en este punto resulta pertinente resaltar que, la determinación de estas sumas tiene una clara incidencia en las conductas posteriores, pues si la suma pagada por el responsable no representa un valor significativo, a su consideración habrá valido la pena cometer el ilícito.

En ese momento, las sumas a las que fueron condenados los responsables no fueron llamadas daños punitivos, ni fueron clasificadas en una nueva tipología de perjuicio, pero si constituyeron un claro indicio de la evaluación de la conducta del responsable y de la imposición de una sanción en razón de su actuación.

En resumen, tal como lo afirma Felipe Navia, —~~o~~ intentar suspender la publicación de un periódico que se oponía a ciertas políticas del gobierno, la Cámara de los Lores consideró que era el caso de condenar al Estado a pagar, además del perjuicio efectivamente sufrido por la víctima, una suma adicional (...) con el objetivo de destacar la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de disuadir de la repetición de conductas antijurídicas similares”²⁷.

Aunque esta fue la primera vez que se impuso una suma con fundamento en esta línea argumentativa, no fue la última. Por más de 200 años, la jurisdicción inglesa continuó aplicando este tipo de perjuicios, sin que existiera un gran desarrollo de su justificación ni clasificación. Los casos en los que generalmente se concedían estos perjuicios eran: agresión, privación ilegítima de la libertad, difamación, enjuiciamientos dolosos e invasión de la propiedad²⁸.

Así, fue hasta 1964, con el caso de *Rooke vs Barnard* (1964), que el derecho inglés reconoció los daños punitivos propiamente, como una nueva categoría dentro de la tipología de daños existente.

²⁶ De existir un jurado que debiera decidir, los jueces debían orientarlo en su fallo, a partir de unas directrices que tuvieran como punto de partida la gravedad de la conducta del responsable. Para más información véase: *Ibid.*, p. 1.

²⁷ NAVIA ARROYO, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 97.

²⁸ Traducción propia, idioma original: assault, false imprisonment, defamation, malicious prosecution and trespass to land. Para más información véase: BROOKE, *op. cit.*, p. 1

Ahora bien, cabe ampliar en este punto, lo ya dicho al inicio del capítulo. En la comprensión de los daños punitivos dentro del derecho inglés, se debe ser sumamente cauteloso, pues resulta factible confundir los daños agravados con los daños punitivos.

Desde el inicio de este estudio, se ha insistido en que los daños punitivos se caracterizan por estructurarse a partir de la conducta del responsable y no de la extensión del daño. No obstante, en el derecho inglés, existen otro tipo de daños, los daños agravados, que al igual que los daños punitivos, se conceden en virtud de la conducta del responsable y lo reprochable de la misma.

Sin embargo, no siempre que se concedan daños agravados se concederán daños punitivos, no porque se hayan concedido daños agravados, no se podrán conceder daños punitivos y no porque se concedan daños punitivos, se deben conceder daños agravados²⁹.

Los daños agravados tienen una finalidad compensatoria en el derecho inglés, aún más fuerte que la de los daños punitivos, por ello solo se concederán estos últimos cuando la suma otorgada a la víctima a título compensatorio (incluyendo, en ciertos casos, los daños agravados), no sea suficiente para satisfacer la categoría sancionatoria o punitiva exigible en el caso concreto, al igual que la categoría compensatoria³⁰.

Esta diferenciación entre ambos tipos de perjuicios, fue plasmada en el caso previamente mencionado (*Rooke vs Barnard* 1964), resuelto por la Cámara de los Lores, que en aras de delimitar el ámbito de aplicación de los daños punitivos y establecer una clara diferenciación con los daños agravados, postuló dos categorías de carácter taxativo, sobre las cuales se podrían conceder a futuro los daños punitivos. A esto se le llamó, el test de las categorías³¹.

Los dos supuestos se referían a casos en que:

²⁹*Ibid.*, p. 27.

³⁰*Ibid.*, p. 7.

³¹*Ibid.*, pp. 8 y 9.

- Mediara una acción opresiva, arbitraria o inconstitucional, perpetrada por funcionarios del gobierno³².
- El demandado calculara el beneficio obtenido para sí con la conducta ilícita, y que el mismo excediera la compensación pagada al demandante.

Sin embargo, posteriormente una nueva categoría fue incluida, la cual fue considerada bastante evidente, por hacer alusión a la supremacía del poder legislativo figura.

- Cuando expresamente las disposiciones estatutarias lo permitieran.

³²El tema de la responsabilidad de los funcionarios de gobierno tanto en el derecho inglés como americano, fue catalogado en sus inicios, como “la oveja negra” del derecho de daños. Inglaterra, al ser el colonizador de los países pertenecientes al *Common Law*, exportó un principio medieval que marcó la línea de desarrollo respecto a este asunto: “*El Rey no puede cometer un daño*”. La irresponsabilidad por parte de los funcionarios de gobierno fue una tendencia marcada en los países anglosajones, donde el poder y el campo de acción del gobierno estuvo en constante expansión, pero era el ciudadano quien asumía los riesgos de los daños causados por las autoridades, pese a esta última, haber actuado de forma negligente, abusiva u opresiva. Así, el Estado no era responsable por los daños causados por sus oficiales, lo que terminaba por ser completamente incoherente, en tanto que estos países profesan una protección absoluta de los derechos de los individuos y sus libertades. Sin embargo, esta etapa fue superada con varios desarrollos jurisprudenciales que aclararon el panorama de la responsabilidad de los funcionarios públicos. El fallo *Mersey Docks and Harbour Board Trustees vs Gibbs* (1886) estableció que los funcionarios públicos no tenían inmunidad en el campo del derecho de daños y, con el Act 1947, se abolió casi por completo la inmunidad de la corona y el principio anteriormente referenciado. Así, cuando se entabla una demanda en contra del departamento de gobierno, la responsabilidad no es personal y es la tesorería (el patrimonio estatal) quien entra a responder por la cuantía de los daños concedidos en favor de la víctima. Este avance provocó ciertos inconvenientes pues, en principio los funcionarios públicos tienen una gran cantidad de deberes a su cargo, lo que hace que sean objeto de varias demandas, en muchos casos temerarias, por el incumplimiento de alguno de ellos y el hecho de que la responsabilidad patrimonial recayera en el estado, hizo que se aumentaran las demandas por tan buen soporte económico y seguridad patrimonial. En consecuencia, la Corte y la Cámara han orientado sus esfuerzos a limitar el margen de responsabilidad de los funcionarios: En *X and Others (Minors) vs Bedfordshire CC* (1995) se enunciaron las conductas que podían dar lugar a una acción en contra de funcionarios públicos: negligencia, incumplimiento de un deber estatutario y un abuso de poder por parte de un funcionario público (caso relativo a la aplicación de daños punitivos.) Es claro entonces que, en estos casos se está ante un esquema de derecho privado, dirigido a funcionarios de gobierno, lo que implica la aplicación de todos los principios generales del derecho de daños. Lo anterior ha sido objeto de varios estudios y fallos jurisprudenciales, en aras de integrar el concepto de un deber propio del campo de derecho privado a los deberes de los funcionarios de gobierno. Aunque esta referencia no es más que una breve contextualización, el tema se desborda en su extensión y presenta un sin número de particularidades. Para más información véase: LUNNEY, Mark y OLIPHANT, Ken. *Tort Law: Texts and materials*. New York, OXFORD University Press, 4th edition, 2010, pp. 504 - 544. y BORCHARD, Edwin M. “Government Liability in Torts”, en *Yale Law Journal*, Vol 34, 1924, pp. 1 - 6.

Respecto a estas causales, cabe señalar ciertas precisiones que permiten ampliar el sentido y las limitaciones de los daños punitivos en su aplicación.

El primer caso se refiere a situaciones donde medie una conducta opresiva, arbitraria o inconstitucional, la cual haya sido desplegada por funcionarios del gobierno.

En el caso de *Rookes vs Barnard*, Lord Devlin plasma el fundamento de la causal e ilustra el sentido por el cual se instituyó como una categoría.

Cuando un hombre es más poderoso que otro, es inevitable que el primero trate de usar su poder para conseguir sus fines; y si su poder es mucho mayor que el del otro, se dirá que él lo usa de forma opresiva. Si el usa su poder de forma ilegal, él debe pagar por dicha ilegalidad de forma ordinaria, pero no será castigado únicamente por ser más poderoso. En el caso del gobierno es diferente, los funcionarios del gobierno son de igual forma, los funcionarios del pueblo y su uso de poder siempre debe estar subordinado a sus deberes en servicio. Es verdad que es repugnante el hecho de que un hombre grande hostigue a un hombre pequeño y lo más probable es que el hostigamiento sea una forma de humillación que hace viable que en el caso se concedan daños agravados, pero en mi opinión no debe ser castigado a partir de daños punitivos³³.

Dicha premisa además de establecer porque la conducta del gobierno comparada con la de un particular es diferente, pese a que en ambos casos exista un abuso de poder; también limita las fronteras de los daños punitivos respecto a los daños

³³ *Rookes vs Barnard* (1964) 1 All ER367, 208 por Lord Deblin. Traducción propia. Texto original: “Where one man is more powerful than another, it is inevitable that he will try to use his power to gain his ends; and if his power is much greater than the other’s, he might perhaps be said to be using it oppressively. If he uses his power illegally, he must of course pay for his illegality in the ordinary way; but he is not to be punished simply because he is the more powerful. In the case of the government it is different, for the servants of the government are also the servants of the people and the use of their power must always be subordinate to their duty of service. It is true that there is something repugnant about a big man bullying a small man and very likely the bullying will be source of humiliation that makes the case one for aggravated damages, but it is not in my opinion punishable by damages.”

agravados. Los funcionarios de gobierno deben actuar en pro de los intereses de los ciudadanos, ceñidos a los deberes legales impuestos, en consecuencia, su abuso de poder tiene un mayor significado respecto a la violación de dichos intereses, pues es la autoridad quien debe velar por su seguridad, la que terminaría por vulnerar y lesionar los derechos de la sociedad que tiene a su cargo.

Esta categoría se limita exclusivamente a los funcionarios de gobierno, esto significa que aplica únicamente a aquellas personas que cumplan funciones de naturaleza ejecutiva derivada del gobierno, ya sea central o local, mas no es expansible a autoridades que ostenten su poder en virtud de otras fuentes, como la Unión Europea. En todo caso esta causal se refirió a funcionarios de gobierno (en general) en contraste con particulares.

Según Wilcox³⁴, otro aspecto importante en consideración a esta causal, radica en establecer si las diferentes clasificaciones de la conducta pueden ser alternativas o incluyentes, es decir, si la conducta debe ser opresiva, arbitraria e inconstitucional para que se concedan los daños punitivos, o si basta con que se materialice una de ellas.

La respuesta, desarrollada en varios fallos como, *Holden vs Chief Constable of Lancashire* (1987) y *Rowlands vs Chief Constable of Merseyside* (2006) ha sido concertada, basta la materialización de uno de los supuestos para que proceda la imposición de daños punitivos. Ahora bien, si existiese como en los casos mencionados, una detención ilegal, en el que la víctima no haya sido objeto de conductas directamente opresivas, la conducta en todo caso sería claramente inconstitucional, y resultaría procedente la imposición de daños punitivos.

Por otro lado, la autora³⁵ plantea el interrogante de si toda violación a un derecho constitucional permite la concesión de daños punitivos. En el caso *Watkins vs Secretary of State for the Home Department and others* (2006), se resuelve esta

³⁴ WILCOX, Vanessa. "Punitive Damages in England", en KOZIOL y WILCOX, *op. cit.*, pp. 9 – 10.

³⁵ *Ibid.*, pp. 10 y 11.

inquietud, toda vez que la Cámara de los Lores confirma que la violación de un derecho constitucional no implica, de forma automática, la imposición de daños punitivos, —un daño accionable primero debe materializarse y esto requiere un daño físico, mental o financiero³⁶.

En virtud de lo anterior, se requiere no solo de la violación de un derecho constitucional, sino también de la configuración de un daño material, emocional o económico para que se concedan los daños punitivos.

El segundo caso se refiere a aquellas situaciones en las que el demandado, al momento de calcular el beneficio que obtiene con el ilícito, concluye que este es mayor a la compensación que debe pagar al demandante.

Esta, según Jesús Alberto Buitrago, —es sin duda, la categoría más importante y la que en la práctica resulta susceptible de mayor expansión en el futuro³⁷. Pues es aquí donde el derecho, a partir de la concepción clásica de perjuicios, limitados a un esquema indemnizatorio o compensatorio, queda maniatado; y de forma indirecta, permite y hasta motiva conductas ilícitas, que resultan de bajo costo desde un esquema compensatorio, pero que reportan un gran beneficio para el responsable.

Así, en el sistema inglés, una postura le atribuye al derecho la función de reiterar que las normas no pueden ser quebrantas con impunidad, a través de la figura del daño punitivo³⁸.

Este caso generalmente se agrupa en dos supuestos: la difamación y el desalojo o desahucio ilegal.

El primer supuesto plantea ciertas condiciones para que puedan concederse los daños punitivos. Como lo clarifica Wilcox³⁹, el solo hecho de que el demandado cause un daño, particularmente incurra en calumnia, dentro del curso de un

³⁶*Ibid.*, p. 11.

³⁷BUITRAGO, *op. cit.*, p. 33.

³⁸WILCOX, *op. cit.*, p. 12.

³⁹*Ibid.*, p. 12.

negocio y a raíz de ello obtenga un beneficio; no es suficiente para cumplir con los requisitos de este primer supuesto de difamación.

Adicionalmente, se requiere que el demandado tenga conocimiento de que lo que se propone hacer va en contra de la ley o que actué con una completa indiferencia, que alcance los límites de la imprudencia y de la negligencia, sobre si lo que se propone hacer es legal o ilegal (generalmente se presenta en aquellos casos en los que el demandado no cuenta con los argumentos suficientes ni los elementos genuinos para saber si lo publicado es verídico), y una decisión de continuar realizando la conducta, porque la probabilidad de obtener un beneficio material es mayor a la probabilidad de reportar pérdidas.

En ese orden de ideas, es claro que el fundamento de esta categoría es la protección de los derechos de las personas, lo cual puede ser corroborado con la siguiente afirmación de Lord Devlin, —un hombre no debe estar autorizado a vender la reputación de otro hombre a cambio de una ganancia”⁴⁰.

Respecto al caso de desalojo o desahucio ilegal, se replanteó la premisa según la cual el beneficio que obtuviese el responsable debiera ser netamente económico. En consecuencia, se estableció que cuando el demandado busque a expensas del demandante, obtener provecho, ya sea con un objeto, un derecho, o cualquier beneficio que no se limite en sentido estricto a una cuestión económica, de igual forma procedería la imposición de daños punitivos⁴¹.

Por último, la autora⁴² concluye que esta categoría no solo fue pensada para extraer del demandado la ganancia obtenida con el acto ilícito, pues en el derecho inglés, los daños restitutorios tienen dicha función, la cual fue expuesta dentro del plano de la organización del derecho privado de los países anglosajones, en la categoría del principio de enriquecimiento injusto; sino que además, tiene como

⁴⁰ *Ibid.*, p. 14.

⁴¹ *Ibid.*, p. 14. Para mayor información sobre este tipo de casos véase: *Drane vs Evangelou* (1978), allí el propietario del bien incurrió en el desalojo ilegal para el que sus parientes ocuparan el inmueble, siendo este último el provecho perseguido.

⁴² *Ibid.*, p. 16.

propósito demostrarle al demandado que incurrir en una conducta dañosa no paga.

La tercera y última categoría bien podría ser llamada una cláusula de cierre, que abarca los casos donde, de forma expresa, las disposiciones estatutarias han previsto la imposición de daños punitivos. Así, este postulado le atribuye al parlamento la potestad de regular aquellos casos en los que considere necesaria la imposición de esta figura.

Existen varias disposiciones que consagran la concesión de daños punitivos, ubicadas en diferentes estatutos como: *Reserve and Auxiliary Forces (Protection of civil interests) Act 1951*⁴³, *Copyright, Design and Patents Act 1988*⁴⁴, and *Patents Act 1977*⁴⁵, entre otros.

Sin embargo, esta última alternativa no ha sido un mecanismo utilizado por el parlamento para expandir el espectro de los daños punitivos, lo cierto es que la legislación inglesa ha guardado cierto recelo a la figura, y son pocos los casos donde expresamente se permite la imposición de este tipo de daños.

Ahora bien, la figura de los daños punitivos, en la jurisdicción inglesa, no solo se ha visto limitada por el test de las categorías. En 1993, La Corte de Apelaciones, en el caso *AB vs South West Water Services Ltd. (1993)*, ordenó un nuevo

⁴³Sobre la disposición que consagra los daños punitivos en este caso, ha existido una discusión, pues esta norma aplica de igual forma en Escocia, y en este territorio no se reconocen los daños punitivos, por lo que se ha intentado replantear la disposición en el sentido de que lo que verdaderamente consagra son los daños agravados. Para más información véase: *Ibid.*, p. 17.

⁴⁴ Se dice que esta disposición es bastante ambigua, pues la terminología que utiliza en ningún momento se refiere a daños punitivos, sino a daños adicionales. La disposición consagra que los daños adicionales únicamente se impondrán en los casos en que haya una infracción a los derechos de autor. En varios casos, donde se materializa el supuesto, los jueces han decidido imponer daños restitutorios y agravados, mas no punitivos.

⁴⁵ El gobierno en un documento de consulta, ha emitido un concepto sobre lo que considera son daños adicionales, refiriéndose a daños agravados y restitutorios, en virtud de lo anterior, se ha propuesto reformar las disposiciones, para no crear confusiones. El problema que gira en torno a esta reforma radica en que la Corte de Apelaciones ha rechazado la idea de que puedan imponerse daños agravados a corporaciones, al ser personas jurídicas, lo que dificultaría el tema en derechos de autor y patentes que generalmente recae sobre una sociedad. Para más informaciones véase: *Ibid.*, pp. 18 y 19.

requisito para concederlos daños punitivos, el cual consistía en satisfacer un test de casos⁴⁶.

Tal como lo pone de presente Wilcox⁴⁷, el derecho inglés, de forma irracional, restringió a través de este mecanismo, la concesión de los daños punitivos. Así, únicamente sería posible su imposición, en los casos que versaran sobre temas frente a los cuales ya se hubiese presentado una demanda, en la que efectivamente se otorgaran daños punitivos antes de 1964, fecha en la que se resolvió el primer caso que empleó la terminología de daños punitivos.

Lo ilógico de este postulado salta a la vista por sí solo, que la jurisprudencia inglesa limitara los casos de daños punitivos a situaciones donde hubiesen sido otorgados, cuando la categoría ni siquiera existía por sí misma, es un obstáculo para su desarrollo, e incluso una vía para su posible extinción.

W.H.V Rogers criticó la decisión tomada por la Corte de Apelaciones y acusó al derecho de llegar a puntos irracionales, en los que los resultados no dependen de los principios sino de que los accidentes dentro del campo del litigio se hayan desplegado antes de 1964. Rogers reiteró que endicha época todavía no existía en el derecho inglés una clara diferenciación entre los daños punitivos y los daños agravados⁴⁸, lo que pone en evidencia lo absurdo que resulta desarrollar una figura a partir de situaciones descontextualizadas de los avances actuales.

Así, hasta el año 2001, para que los daños punitivos fuesen otorgados, las víctimas conocían que sus procesos debían corresponder con uno de los casos (en el campo del derecho de daños) en los que se hubiesen concedido daños punitivos, antes de 1964; de lo contrario no habría lugar a reclamar esta clase de daños.

En virtud de esta regla, los casos en los cuales se podían otorgar daños punitivos se limitaban al enjuiciamiento negligente, la detención ilegal, la agresión, la

⁴⁶ Expresión original: cause of action test.

⁴⁷ WILCOX, *op. cit.*, pp. 7, 8 y 19.

⁴⁸ ROGERS, W.V.H. *Winfield and Jolowics on Tort*. London, Sweet & Maxwell, 1998, p. 746.

difamación, la violación al derecho de propiedad y la interferencia ilícita en los negocios⁴⁹. En consecuencia, se excluían otros supuestos como el incumplimiento de normas de la comunidad europea, la violación de patentes, y la discriminación⁵⁰ racial, sexual y respecto a las personas con discapacidad.

La decisión tomada por la Corte de Apelaciones fue bastante controvertida, lo que provocó que la Law Commission for England and Wales⁵¹, en ese mismo año (1993), publicara un documento de consulta sobre los daños agravados, punitivos y restitutorios, cuyo resultado fue objeto del reporte emitido en 1997. En este reporte se hicieron varias recomendaciones y se adentró en el desarrollo de los daños punitivos, pero el gobierno, en 1999, rechazó dichas recomendaciones⁵².

En el año 2001, con el fallo *Kuddus vs Chief Constable of Leicerstershire* (2002), la Cámara de los Lores concluyó que el test de casos, impuesto por la Corte de Apelaciones, había sido un error y procedió con su eliminación. En consecuencia, a la fecha, el único test aplicable para la imposición de daños punitivos es el test de categorías.

En el 2007, el gobierno emitió un documento de consulta llamado the Law on Damages, en el que apoyó la decisión tomada y a la vez limitó su alcance, al afirmar que con ello no se pretendía ampliar el ámbito de aplicación de los daños punitivos. Por último, el gobierno clasificó la decisión de la Cámara como un cambio afable, que removió una restricción arbitraria, respecto a las solicitudes que podía hacer el demandante⁵³.

⁴⁹ WILCOX, *op. cit.*, p. 19. Expresiones originales: malicious prosecution, false imprisonment, assault and battery, defamation, trespass for land, and tortious interference with business.

⁵⁰ Sin embargo, en el curso en que los daños punitivos fueron excluidos de estos supuestos, existió un fallo en el que se concedieron daños punitivos respecto a un caso de una persona que fue víctima de discriminación racial y sexual. Para más información véase: *Bradford City Metropolitan Council vs Arora* [1991] 2 QB 507.

⁵¹ Traducción propia: Comisión de derecho para Inglaterra y Gales.

⁵² *Ibid.*, p. 7.

⁵³ *Ibid.*, p. 20.

Hasta aquí, se encuentra a grandes rasgos, un recuento de la historia de los daños punitivos, sus orígenes, su desarrollo y su estado actual en la jurisdicción que los creó.

Sin embargo, hasta este punto, varias de las preguntas de vital importancia, para comprender el panorama actual de los daños punitivos, han quedado sin respuesta. Por ello, en aras de expandir el alcance de este estudio al estado actual de los daños punitivos en Inglaterra, se hará referencia a ciertos supuestos y se analizará, a partir de lo expuesto por Wilcox⁵⁴, el desarrollo actual de los mismos.

El primer caso, es la concesión de daños punitivos en el campo de la negligencia⁵⁵. En principio parece claro que, pese a las restricciones que a la fecha tiene la figura, no existe impedimento para que los daños punitivos puedan imponerse en este tipo de asuntos, diferente a lo que sucedía cuando se encontraba vigente el test de casos, toda vez que entre los supuestos en los que se habían concedido este tipo de daños, no se encontraba la negligencia.

Esta discusión aún no está zanjada, pues aunque en el campo procesal es posible la imposición de daños punitivos, en el campo sustancial la situación es otra. Varios autores se han preguntado si las conductas negligentes son compatibles con la imposición de este tipo de daños, y si será necesario en estos casos satisfacer una función preventiva y sancionatoria. La Comisión de Derecho en un

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 20 - 22.

⁵⁵ La negligencia es un tipo de responsabilidad autónoma del derecho de daño. Puede ser referenciada como un tipo de "Tort" específico, consagrado en uno de los supuestos contemplados por la jurisdicción inglesa. *"Hay negligencia cuando el demandado no tiene intención de causar el resultado dañoso, y el daño se ha producido por falta de cuidado o prudencia en su comportamiento"* En el caso de *Donoghue vs Stevenson* (1932) la Cámara de los Lores estableció que el fabricante de un producto, en el contexto de derecho de daños, era responsable del daño causado al consumidor por el incumplimiento de un deber de cuidado. Por ello los supuestos que deben satisfacerse para que haya lugar a responsabilidad a título de negligencia son: que el demandado tenga un deber de cuidado específico, el incumplimiento de ese deber por parte del demandado y que, consecuencia de ese incumplimiento, el demandante sufra un daño. Para más información véase: VÉLASQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2011, pp. 144 y 145.

principio planteó que si era posible solicitar daños punitivos en casos de negligencia, pero lo limitó a los supuestos de *“la más culpable negligencia”*, casos en los que existiera una violación de los derechos de la víctima de forma atroz y deliberada. Sin embargo, el gobierno rechazó el reporte.

La discusión continúa abierta y con el dinamismo y la actividad judicial presente en Inglaterra, es casi seguro que existirán diferentes pronunciamientos que expondrán argumentos a favor y en contra, y que a la larga, los jueces terminarán depurando dichos postulados, hasta arribar a una conclusión sobre la aplicación de los daños punitivos en supuestos de negligencia.

Un segundo caso se refiere al incumplimiento contractual. Pese a que la visión clásica ha sostenido que los daños punitivos no pueden ser concedidos en este campo, la jurisprudencia inglesa⁵⁶ ha planteado un caso de imposición de daños punitivos, bajo el supuesto de que concurren una acción propia del derecho de daños con una derivada del incumplimiento contractual. Así, en un caso de incumplimiento se pueden presentar conductas negligentes, ultrajantes y violentas, que den lugar a una acción por incumplimiento contractual, y de forma alternativa a una acción de daños.

Si el demandante opta por la acción de daños, podrá solicitar daños punitivos, en caso de reunir los requisitos establecidos; por el contrario, si el demandante opta por la acción de incumplimiento contractual, no habrá lugar a solicitar daños punitivos.

El anterior no es un punto pacífico en la doctrina y en el derecho anglosajón. Autores como Wilcox⁵⁷, defienden una postura innovadora, que considera que en el derecho inglés hay cabida para los daños punitivos en los casos de incumplimiento contractual, bajo los argumentos formulados en otras

⁵⁶ Para más información véase: *Addis vs Gramophone Co. Ltd.* [1909] AC 488 y *Perera vs Vandiyar* [1953] All ER 1109.

⁵⁷ WILCOX, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

jurisdicciones. Así, en Canadá, la jurisprudencia⁵⁸ ha aceptado la concesión de daños punitivos en casos de incumplimiento contractual, aun en situaciones donde no se configure una conducta por parte del demandado que dé lugar a una acción en el derecho de daños, bajo la premisa de que los perjuicios compensatorios no son suficientes para disuadir al demandado y a la sociedad de no incurrir en dicha conducta y de no repetirla.

Por último, se ha cuestionado la procedencia de los daños punitivos cuando el demandado ya ha sido sancionado en el ámbito penal o disciplinario.

En la jurisdicción inglesa se ha entendido que castigar nuevamente al demandado, al imponer una suma en favor de la víctima, desnaturaliza la verdadera función de los daños punitivos. En consecuencia, los casos de encarcelamiento, imposición de multas, procesos de confiscación, procesos disciplinarios, han sido tratados conforme a esta línea argumentativa⁵⁹.

Como nota personal, para la comprensión del panorama se presenta una premisa implícita: los supuestos que suplen la función de los daños punitivos, efectivamente cumplen una finalidad preventiva y sancionatoria. No es el hecho de la imposición de una sanción lo que limita el cobro de los daños punitivos, sino la satisfacción de la función punitiva y disuasoria a partir de una multa, lo que hace innecesario y hasta contradictorio la concesión de los mismos.

Son estos tres casos los que más confusiones han generado a la hora de analizar los daños punitivos, pues tal como se advirtió al inicio, —el concepto de los daños punitivos es móvil, no estático, incluso en los países en los que desde antiguo se viene reconociendo⁶⁰.

Por ello la descripción y elementos de los daños punitivos no solo varían entre los territorios, sino también dentro de cada uno de estos a lo largo del tiempo. Así

⁵⁸Para más información véase: *Royal Bank of Canada vs W Got & Associate Electric Ltd.* (1999) 3 Supreme Court Reports (S.C.R.) 408.

⁵⁹WILCOX, *op. cit.*, pp. 28 - 31.

⁶⁰DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 35.

pues, quién sabe qué nos depara la jurisprudencia inglesa en unos años, pues si de algo se puede acusar al desarrollo de los daños punitivos, es de ser volátil.

Muchos son los aspectos cambiantes de esta figura, pero también muchos son los elementos que se conservan y no se pueden perder de vista. Para la concesión de daños punitivos, la víctima debe haber sido objeto de conductas opresivas, que merezcan ser sancionadas, los jueces deben tasar la cuantía con moderación, establecer una suma razonable que no exceda los límites de la función, que tenga en consideración el patrimonio del demandado, pues la cuantía impuesta a un individuo, no puede ser igual que la impuesta a una empresa multinacional, en consecuencia, lograr el efecto de prevención y sanción, frente a los dos sujetos, involucra sumas diferentes.

Se debe tener presente que este estudio, busca ilustrar una perspectiva general de los daños punitivos, en medio de las críticas que los asedian, en virtud de los autores y jueces que buscan su caída o su remplazo con los daños restitutorios e incluso los daños agravados.

Más adelante se efectuarán las consideraciones que resulten pertinentes respecto a los argumentos que han planteado los detractores de esta figura, pero hasta el momento basta con bosquejar un panorama general y reiterar que hasta hoy, los daños punitivos son una tipología de perjuicio aplicable en la jurisdicción inglesa.

3.2 CONCEPCIONES DE DAÑO PUNITIVO EN EL CIVIL LAW Y EN EL COMMON LAW

Después de una breve exposición de los antecedentes y el estado actual de los daños punitivos en su lugar de origen, se pasará a analizar su desarrollo en los diferentes contextos jurídicos. Se tomará como representante de la familia del *Common Law*, a Estados Unidos, país que ha impulsado el avance de la figura

más que cualquier otro, y que ha logrado posicionar a los daños punitivos como un aspecto fundamental en la concepción del derecho de daños.

Luego de estudiar la jurisdicción más representativa del sistema jurídico que acoge los daños punitivos, se pasará a estudiar la incidencia de esta figura en los países del *Civil Law*, que, como es bien sabido, no aceptan dicha categoría de forma autónoma. Se tomarán como referentes, a Francia y España, por ser estos los países que en primer lugar, tienen una gran trascendencia en los orígenes, el desarrollo y la evolución del sistema civil y, en segundo lugar, por haber lanzado algunas de las propuestas legislativas que han ampliado el debate sobre los daños punitivos.

Una vez concluya el estudio de los daños punitivos en ambos sistemas, a partir de sus elementos, tanto los que constituyen parte de su esencia, como los que varían a través del tiempo y de los diferentes territorios, se pasará, con fundamento en la información recogida, a construir una definición de daños punitivos que pueda gozar de un alcance internacional.

3.2.1 ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos, pese a ser un heredero de la cultura jurídica inglesa, presenta un campo de aplicación y una evolución jurídica que se ha desviado de los lineamientos impuestos por el Commonwealth. Así, el país americano se ha caracterizado por construir un sistema jurídico activo, dinámico y adaptado a la realidad americana.

Tal como lo señala Koziol: —Aunque el derecho sustancial inglés influenció el derecho americano en un principio, la mayoría del derecho de daños fue

desarrollado a finales del Siglo XIX, cuando las cortes americanas ya habían sido establecidas y estaban funcionando”⁶¹.

Según Magnus⁶², las principales áreas en las que ha existido un quebrantamiento entre los países del *Common Law* y Estados Unidos, en el marco del derecho de daños son: las altas indemnizaciones compensatorias, el impacto de ciertas peculiaridades procesales⁶³, el sistema de un jurado⁶⁴, la legislación sobre las costas del litigio⁶⁵, los honorarios contingentes de los abogados⁶⁶, los procedimientos de descubrimiento⁶⁷, los MASC, el carácter especialmente inventivo⁶⁸ y, más importante aún, los daños punitivos.

Los daños punitivos representan un claro ejemplo de mutación, fruto de un trasplante jurídico entre Inglaterra y Estados Unidos, que amplió el alcance de la figura y enriqueció su concepción. Tal como fue puesto de presente al final del primer capítulo, la mutación de las figuras jurídicas engrandece el desarrollo jurídico y enriquece el debate. En palabras de Magnus: —Etrasplante legal de los perjuicios punitivos sufrió un desarrollo propio en Estados Unidos”⁶⁹.

⁶¹ KOZIOL, *op. cit.*, p. 431.

⁶² MAGNUS, *op. cit.*, pp. 640 - 652.

⁶³ Como el carácter acusatorio estricto en los procesos, donde el juez más que un sujeto que busca develar la verdad, es una arbitro entre las partes y los abogados buscan explotar las emociones del jurado. Para más información véase: *Ibid.*, pp. 647 y 648.

⁶⁴ Los jurados desempeñan un papel fundamental en los casos civiles, el derecho a que un jurado sea quien decida el caso, está consagrado en la Séptima Enmienda de la Constitución Federal. Por ello, a diferencia de Inglaterra, en Estados Unidos, los casos de derecho de daños siempre cuentan con un jurado. Para más información véase: KOZIOL, *op. cit.*, p. 432.

⁶⁵ Las partes asumen los gastos en los que se incurran en el litigio, independiente del resultado del proceso. Para más información véase: MAGNUS, *op. cit.*, pp. 649 y 650.

⁶⁶ Funciona como si el abogado comprara una parte de la pretensión de su cliente, prevista en un porcentaje, si el abogado pierde el pleito, no recibe honorarios. Para más información véase: *Ibid.*, pp. 650 - 652.

⁶⁷ En el derecho procesal estadounidense se obliga a las partes a presentar toda la información o documentos que la otra parte requiera, siempre y cuando estos sean relevantes para el caso. Ello posibilita al demandante ampliar la información del caso. Para más información véase: *Ibid.*, pp. 654 y 655.

⁶⁸ Todas las diferencias puestas de manifiesto “atestiguan la fuerza creativa que impulsa el desarrollo jurídico en Estados Unidos, en lo atinente al proceso de responsabilidad civil”. Para más información véase: *Ibid.*, p. 658.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 643.

Pese a que los estudios de los daños punitivos se escudan en una falsa uniformidad, disfrazada de un territorio (Estados Unidos). Lo cierto es que la evolución de la figura ha carecido de un motor central, en consecuencia, han sido los diferentes estados desde cada una de sus perspectivas, los que han trazado el camino de los daños punitivos y han terminado por dificultar su agrupación y estudio.

El desarrollo de los daños punitivos en el contexto del país norteamericano ha sido bastante variado y disperso. La autonomía regulatoria de la que gozan los estados respecto al derecho de daños y específicamente, en torno al daño punitivo, ha provocado que el análisis de esta figura sea bastante complejo y sin duda, el entrar a develar todas las particularidades, excede el objeto de estudio del presente trabajo.

Tal como lo afirma Koziol⁷⁰, la ley federal no se encarga de regular el derecho de daños en Estados Unidos, lo que ha provocado que este campo no sea uniforme en el derecho americano.

Este postulado ha tenido plena aplicación en figuras específicas y aspectos particulares del derecho de daños, pues en un plano más o menos genérico, es a partir de los Restatements of Torts⁷¹, que se han esquematizado ciertos principios generales, los cuales han sido acogidos por la jurisprudencia de diferentes estados.

La ambivalencia del derecho de daños en Estados Unidos se ve retratada en una afirmación de Ulrich Magnus: —Ederecho de daños norteamericano se parece a

⁷⁰ KOZIOL, *op. cit.*, p. 435.

⁷¹En el derecho anglosajón, especialmente en Estados Unidos, es posible encontrar una regulación mucho más detallada, en virtud de diferentes fuentes como los Restatements of Law que, a pesar de no ser una fuente principal de derecho, son considerados postulados persuasivos, que en muchas ocasiones orientan las decisiones de los jueces. Los Restatements of Torts han tenido un papel importante en el desarrollo del derecho de daños, pues a partir de ellos se han agrupado los principios fundamentales que rigen esta área del derecho, los cuales se han ido construyendo desde las decisiones judiciales y han sido adoptados en las decisiones posteriores.

una pintura de un artista impresionista: mientras uno mira más de cerca los detalles, menos puede reconocer la estructura general y el contenido”⁷².

El estudio del derecho norteamericano estará integrado por varias etapas: la primera se referirá a aspectos generales del derecho de daños y los daños punitivos en Estados Unidos, esto para facilitar el entendimiento de ciertas particularidades que serán tratadas en un análisis posterior; la segunda comprenderá a grandes rasgos el desarrollo del daño punitivo en la historia norteamericana, con un énfasis en aquellas fases que han marcado su evolución; en la tercera se hará referencia a las funciones atribuidas a esta figura; la cuarta plasmará las características de la regulación estatal (las particularidades del daño punitivo en cada estado), y por último; en la quinta, se expondrán los casos más influyentes de la figura, mediante los cuales la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha encauzado la constitucionalidad de los mismos.

3.2.1.2 Aspectos Generales

El derecho de daños en Estados Unidos se estructura principalmente bajo dos criterios: el primero se refiere a la calificación de la conducta desplegada por el responsable, es decir, si el hecho generador imputable al demandado, puede ser enmarcado dentro de las categorías de dolo (*intent*), negligencia (*negligence*) o responsabilidad objetiva (*strict liability*). El segundo alude al tipo de interés protegido, lo que podría ser una lesión corporal, una lesión al buen nombre, entre otras⁷³.

Hoy, los manuales de Derecho de Daños han innovado en sus clasificaciones, en consecuencia, han agrupado los tipos de conducta desplegados por el responsable y los típicos intereses con estas lesionados, lo que ha facilitado su

⁷²MAGNUS, *op. cit.*, p. 640.

⁷³KOZIOL, *op. cit.* p., 436.

comprensión, a partir de la interrelación entre la conducta del demandado y el daño sufrido por la víctima.

Adicionalmente, se debe reiterar la clara independencia que existe entre el derecho de daños y el derecho de los contratos en el derecho americano. Ambos son campos del derecho privado, que gozan de plena autonomía y se desenvuelven de forma diferente. Incluso el funcionamiento del jurado difiere en ambas áreas; por ejemplo, Richard Posner⁷⁴ ha afirmado que el derecho de los contratos se ha empeñado en limitar la autoridad conferida al jurado en los procesos, mientras que el derecho de daños no ha manifestado dicha predisposición respecto a los vaivenes del jurado.

Sin embargo, en los últimos años ha existido cierta tensión entre los jueces y los jurados. Varias construcciones teóricas y principios fundamentales que rigen el derecho en Estados Unidos han estado encaminados a prevenir la imposición de la voluntad absoluta de los jurados, situación que constituye un indicio de los controles y los límites a estos impuestos, en su máxima expresión en el derecho de los contratos, y de forma más atenuada, en el derecho de daños.

El principio fundamental que rige el derecho de daños en Estados Unidos es la reparación de la víctima. Por ello, a pesar de la existencia de los daños punitivos, nominales y los calculados a partir del enriquecimiento injusto, los cuales únicamente son impuestos de forma ocasional, los daños compensatorios rigen el esquema actual, al erigirse como los daños estándar de esta área del derecho.

Los daños compensatorios en el derecho americano se clasifican en tres categorías: generales⁷⁵, especiales e incidentales. Los daños compensatorios

⁷⁴*All Tech Telecom Inc. vs Amway Corp*, 174 Federal Report, Third Series (E3d) 862. 866 (7th Cir. 1999).

⁷⁵ La doctrina americana ha planteado que, en el caso de los daños compensatorios generales, evaluar la extensión del daño es casi imposible y que ampararlos puede provocar en cierta medida su extensión. Para más información véase: *Ibid.*, p. 460.

Es necesario destacar que la compensación de los perjuicios extrapatrimoniales en los países continentales no es más que una ficción jurídica, y por ello existe la diferenciación terminológica entre compensar e indemnizar. Lo más curioso es la ignorancia selectiva frente a ciertos temas, pues los defensores acérrimos de la función unitaria de la responsabilidad como indemnización, a partir del principio de la reparación

generales se refieren a los daños extrapatrimoniales, lo que en el derecho colombiano se clasificaría en daño moral y daño a la vida de relación (el sufrimiento y el dolor padecido por la víctima).

Los daños compensatorios especiales hacen alusión a la pérdida de ingresos o a los gastos médicos en los que llegare a incurrir la víctima. Y por último, están los daños compensatorios incidentales, los cuales se refieren a los costos de mitigación del daño en los que incurre la víctima, como el alquiler de un carro si por ejemplo el daño recae sobre su automóvil⁷⁶.

Así, el principio de reparación integral tiene plena vigencia en el contexto anglosajón. Tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, la función principal del derecho de daños es llevar a la víctima al estado en el que se encontraba antes de que se hubiese causado el daño.

Según Koziol, la principal diferencia entre el sistema de remedios europeo y el americano radica en que, en este último, los daños son valorados por un jurado, con poca orientación por parte del juez⁷⁷. Esta premisa demuestra que, pese a la existencia de ciertas figuras referentes al daño, ajenas al sistema continental, la principal diferencia no versa sobre las diversas funciones de la responsabilidad, ni sobre la supuesta “negación” del principio de reparación integral, sino que, por el contrario, reside en un asunto estrictamente procesal, relacionado con la determinación y cuantificación del daño.

El temor del derecho continental a que sea el jurado quien calcule la cifra de los daños a imponer, por considerar que pueden llegar a ser excesivos o irrisorios, es infundado. Varios estudios han demostrado que las cifras impuestas tanto en los

integral, usualmente aceptan las compensaciones sin cuestionar si efectivamente la víctima fue reparada integralmente en el caso concreto.

⁷⁶*Ibid.*, p. 460.

⁷⁷*Ibid.*, p. 442.

juicios con jurado como en los juicios sin jurado, no presentan una diferencia considerable, toda vez que el promedio general es similar en ambos⁷⁸.

Pese al protagonismo de la función compensatoria en el derecho de daños americano, se ha puesto de presente que existen unas figuras excepcionales, las cuales aparentemente persiguen una finalidad diferente, como es el caso de los daños punitivos.

En Estados Unidos no es enteramente aceptado, desde un esquema general, que los daños punitivos cumplen una función sancionatoria. Autores como Koziol⁷⁹ han puesto de manifiesto que la existencia de los daños punitivos, en esencia, no busca únicamente sancionar al responsable, y afirman que de aceptar en gracia de discusión que la función de los daños punitivos no es sancionatoria, estos de igual forma conservan un fundamento para su existencia: la prevención. Sin embargo, una posición mayoritaria les atribuye a los daños punitivos una función regulatoria (sancionatoria), autores como Mallor y Roberts⁸⁰ sostienen que, los daños punitivos buscan reafirmar el orden social y desincentivar tanto al responsable como a la sociedad de incurrir en conductas similares. En todo caso, en la mayoría de los estados, se ha admitido que los daños punitivos buscan tanto prevenir como sancionar.

A raíz de las críticas en torno al derecho de daños y su apropiación de las funciones que le corresponden en un principio a otras áreas del derecho, como el derecho penal; en el año 2001, la Corte Suprema de Estados Unidos, convirtió este ataque en una defensa de los daños punitivos. Afirmó que, superada la primera etapa de los daños punitivos, la cual será brevemente narrada en las próximas páginas, en la que se tendió a confundir la figura de los daños punitivos

⁷⁸ En el 2005, el promedio nacional de los daños impuesto en los juicios que cuentan con un jurado fue de USD \$24.000 mientras que en los juicios sin jurado fue de USD \$21.000. Para más información véase: *Ibid.*, p. 442.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 445.

⁸⁰ MALLOR, Jane P. y ROBERTS, Barry. "Punitive Damages: on the path to a principled approach", en *Hatings Law Journal*, Vol. 50, 1999, p. 1002.

con los daños compensatorios extrapatrimoniales, la teoría de los daños punitivos se ha revelado en virtud de su verdadero significado, la sanción⁸¹.

Ahora bien, Koziol, ante las falencias del sistema penal, expone la necesidad de los daños punitivos. En Estados Unidos, es usual que, cuando se presenten casos de producción masiva de daños, generalmente causados por grandes corporaciones, los responsables resulten impunes en el ámbito penal. En consecuencia, se ha entendido que esta área del derecho, no ha logrado satisfacer una función preventiva ni sancionatoria en dichas situaciones⁸².

El anterior escenario, en el cual se resaltan evidentes vacíos en el campo penal, ha impulsado el desarrollo de los daños punitivos. Así, ante la aceptación de una función o al menos una consecuencia necesaria del derecho de daños como la prevención, se requiere de la existencia de una figura que la materialice, pues es claro que los daños compensatorios no alcanzan a satisfacer dicha finalidad en los casos mencionados.

Desde esta perspectiva, la aplicación de los daños punitivos, para algunos autores, ha desestabilizado ciertos postulados estrictamente teóricos del derecho de daños, pero realmente ha estado encaminada a moldear la práctica social, en aras de corregir las falencias regulatorias que existen en ciertos casos.

En todo caso, el tema de los daños punitivos no es pacífico: los demandados (que usualmente son corporaciones) los han acusado de ser aberrantes, lo que según ellos, ha transformado al derecho de daños americano en un sistema “caprichoso” y “hostil”, mientras que los demandantes y la sociedad los han catalogado como “al más grande virtud del derecho de daños americano” por ser un mecanismo idóneo para proteger los intereses de los ciudadanos⁸³.

⁸¹ SEBOK, Anthony. “Punitive Damages in the United States”, en KOZIOL y WILCOX, *op. cit.*, p.171.

⁸² El ejemplo que esclarece esta situación es el caso del asbesto, aunque en los juicios se impusieron daños punitivos en razón de la conducta desplegada por las grandes corporaciones, por considerarla indignante, hasta la fecha no se ha presentado una sola condena en el campo penal. KOZIOL, *op. cit.*, p. 444.

⁸³ SEBOK, *op. cit.*, p. 156.

El caso de Estados Unidos es de suma importancia al momento de reflejar el panorama actual de los daños punitivos, pues aunque se trata de un trasplante legal de Inglaterra, el mismo tomó su propia vía de desarrollo y derribó los límites impuestos en su lugar de origen, en consecuencia, algunos autores y jueces reconsideraron su aplicación y hasta su misma existencia, por considerar que estos se habían convertido en la regla y no en la excepción.

En 1982, David Owen afirmó que, en los casos de productos defectuosos, los daños punitivos estaban siendo abiertamente aceptados, y acto seguido expresó su preocupación frente a dicha situación, toda vez que la imposición de grandes sumas ya era una práctica común en ese momento.

Sin embargo, a la fecha, esta crítica ha perdido su relevancia, pues la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Constitución Federal y las legislaciones estatales se han encargado de limitar la aplicación y la cuantificación de los daños punitivos, lo que hoy permite afirmar que, la imposición de los daños punitivos no solo es la excepción sino un evento bastante atípico y que, en virtud de la construcción teórica que los rodea, su concesión es bastante predecible.

Respecto a la cuantificación de los daños punitivos existen opiniones encontradas: algunos autores, como Anthony J. Sebok⁸⁴, afirman que los daños punitivos en años relativamente recientes han sido cuantificados a partir de la valoración que se haya hecho de los daños compensatorios⁸⁵. Mientras que otros autores, como George L. Priest⁸⁶, aunque reconocen que la concesión de los daños punitivos es un evento extraño, consideran que en los últimos años se ha incrementado la

⁸⁴ SEBOK, *op. cit.*, p. 158.

⁸⁵ Anthony J. Sebok expone varios estudios desarrollados entre 1990 y 2000 que ponen en evidencia la proporción entre los daños compensatorios y los daños punitivos. Por ejemplo, en el año 1990, la estimación de daños punitivos en promedio fue de USD \$38.000 a USD \$52.000, una suma más o menos proporcional. Sin embargo, resaltan que las cifras más altas concedidas por daños punitivos, sobrepasan con creces los promedios (USD \$735.000). Para más información véase: *Ibid.*, p.158.

⁸⁶ SUSTEIN, Cass R. *et al.* with an introduction by George L. Priest. *Punitive Damages. How juries decide.* Estados Unidos, University of Chicago Press, 2002, p. 1.

cuantificación de los mismos a sumas excesivas, que no guardan ninguna proporción con los daños compensatorios⁸⁷.

Al tomar como punto de partida esta discusión, resulta pertinente conocer en términos generales, cómo opera el proceso de imposición de daños punitivos en el derecho americano, a partir de lo expuesto por George L. Priest⁸⁸.

Mediante diferentes mecanismos como listas de votantes o licencias de manejo, los estados citan a los residentes para servir como jurados en un proceso.

Una vez son escogidos de forma aleatoria, se convocan como potenciales jurados. Los abogados de ambas partes les harán diferentes preguntas, las cuales pueden ir encaminadas a determinar si estas personas pueden ser propensas a conceder sumas a título de daños punitivos.

Lo anterior, les permite a los abogados identificar la posición de los posibles jurados frente al caso. Aquí es importante precisar que en esta etapa los potenciales jurados aún no han recibido ninguna instrucción por parte del juez.

Posteriormente, se le permite a la parte demandante y demandada, de forma somera y general, narrar los hechos del caso y explicar qué es lo que persiguen. En caso de que haya lugar a daños punitivos, la parte demandante los subrayará y le anticipará al jurado a grandes rasgos en qué consisten.

Luego de que el jurado es elegido, inicia el juicio. El jurado debe concentrarse en determinar la responsabilidad del demandado. Así, en caso de que considere que el demandado es responsable, deberá establecer la cuantía necesaria para reparar el daño causado: los perjuicios compensatorios.

⁸⁷ El autor pone de presente las sumas impuestas a las tabacaleras por concepto de daños punitivos, las cuales han llegado a cerca de USD \$114.8 billones en Florida, en julio del 2000. Sin embargo, admite que esta es la suma más escandalosa, y que los demás casos de industrias tabacaleras varían entre USD \$500 y USD \$200 millones. Para más información véase: *Ibid.*, p. 1.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 1 - 16.

Solo cuando la evidencia respecto a la responsabilidad y los daños compensatorios ha sido conocida, el jurado, en situaciones excepcionales, se enfrenta a establecer la imposición y la cuantificación de los daños punitivos.

El tratamiento de los mismos varia en los diferentes estados, en algunos se permite el desarrollo de los daños punitivos durante el juicio, concretamente en la fase de establecimiento de responsabilidad y procedencia de los daños compensatorios; mientras que en otros se utiliza un especie de *proceso bifurcado*, integrado por un primer juicio respecto a la determinación de la responsabilidad y la imposición de los daños compensatorios, y un segundo juicio, respecto a la imposición de los daños punitivos. En esta clase de proceso, durante el primer juicio, no se podrá plantear ningún cuestionamiento o interrogante en lo concerniente a los daños punitivos.

Después de que las partes demandante y demandada exponen el caso y presentan la evidencia, el juez, en aras de determinar la imposición de los daños punitivos, deberá otorgarle ciertas instrucciones al jurado. En el primer caso, deberá instruir al jurado no solo respecto a la responsabilidad y la cuantificación de los daños compensatorios, sino también en materia de daños punitivos. En el segundo caso, únicamente se impartirán las instrucciones respecto a los daños punitivos en el segundo juicio.

Es con estas instrucciones que el jurado conoce las dimensiones de los daños punitivos, con el objeto de establecer su imposición y cuantificación⁸⁹. Por último, las partes exponen los argumentos finales y el jurado se retira a deliberar.

Con base en una investigación empírica sobre el proceso cognitivo, emocional y social de los jurados al momento de imponer daños punitivos, llevada a cabo por

⁸⁹ Respecto a este punto, George L. Priest destaca el problema que existe frente a las instrucciones impartidas por el juez, pues en cada estado son diferentes. En algunos estados, a consideración del autor, los parámetros explicados al jurado no cumplen la finalidad de brindarle a las personas una comprensión de la figura de los daños punitivos, lo que termina con la imposición de este tipo de daños en casos en los que no habría lugar.

varios autores, entre ellos Cass R. Sunstein⁹⁰, es posible arribar a ciertas conclusiones: las personas en general presentan dificultades para llegar a un veredicto consistente y predecible en términos económicos (la cuantificación de los perjuicios punitivos). Dicha situación se le atribuye al sistema legal, por no proveer estándares que traduzcan las conductas del responsable en un equivalente económico. Estándares que, más que imponer barreras o límites, orienten al jurado en su cuantificación⁹¹.

Esta investigación va a mucha más profundidad y evalúa aspectos culturales, sociales y de género, sin embargo, para no perder el curso del estudio, basta con señalar el problema que se ha venido presentando respecto a la cuantificación de los perjuicios: muchos hoy han contestado que la cuantificación de los daños a partir de la evaluación de casos aislados, puede conducir a resultados distorsionados.

Sebok⁹² insiste en que estudios recientes han confirmado que la proporción entre la valoración de la mayoría de los daños punitivos y la de los daños compensatorios es equivalente, teniendo como radio 1:1.

El autor⁹³ agrega que, la valoración de los daños punitivos resulta predecible, pues considera que a partir de ciertos factores es posible llegar a un estimado: para él, el factor más importante es la suma impuesta por daños compensatorios, pero existen otros elementos como el tipo de caso, la identificación del demandante y del demandado y el estado en que se juzgue. Así, todos estos ayudan a estimar la procedencia y la cuantía correspondiente en materia de daños punitivos.

Sin embargo, otros autores han arremetido en contra de la defensa de los daños punitivos, alegando que “los daños punitivos están fuera de control”, y que sus

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 29 - 42.

⁹¹ *Ibid.*, p. 29.

⁹² SEBOK, *op. cit.*, p. 158. La afirmación se basa en un estudio empírico sobre los daños punitivos, para más información véase: EISENBERG, Theodore, *et al. Juries, judges, and punitive damages: An empirical study*. Estados Unidos, Cornell Law Review, Vol. 87, No 3, 2002, p. 754.

⁹³ *Ibid.*, pp. 158 y 159.

casos —astiguan los resultados impredecibles y la flagrante injusticia que caracteriza al proceso de los daños punitivos en el Common Law⁹⁴.

A estos ataques, Michael Rustad⁹⁵ ha contestado que todas estas afirmaciones no son más que especulaciones que no están soportadas en evidencias. El autor adelantó nueve estudios sobre los daños punitivos y cada uno, según él, arrojó la misma conclusión: que no existe ninguna crisis respecto a los mismos, es más, la evidencia lo llevó a concluir que la tasa general y el nivel de los daños punitivos son bajos.

Según Mallor y Roberts⁹⁶, los estudios revelaron que, en términos generales, existe una verdadera proporción entre las condenas impuestas por daños compensatorios y daños punitivos.

Además, los autores⁹⁷ agregan que es cierto que la cuantía de los daños punitivos es hasta cierto punto impredecible, pero ello no es un defecto; por el contrario, es esta la característica que les permite cumplir su función.

La función preventiva y hasta sancionatoria, busca que las personas se abstengan de cometer ciertas conductas en virtud del temor de que les sean impuestas estas sumas, pero si las personas de antemano, pudiesen calcular la cuantía que se les fuere a imponer, podrían calcular los términos del ilícito y, en ciertos casos, resultarles más favorable cometerlo, situación que terminaría por distorsionar la función y concepción de los daños punitivos.

La cuantía de los daños punitivos varía no solo con respecto a la conducta sino también con respecto a su autor, pues algunos, como Hugo Nelson Castañeda⁹⁸, han afirmado que el criterio para la imposición de daños punitivos no debe ser la

⁹⁴ MALLOR y ROBERTS, *op. cit.*, p. 1004.

⁹⁵ RUSTAD, Michael y KOENIG, Thomas. "The historical continuity of punitive damages awards: Reforming the tort reformers", en *American University Law Review*, Vol 42, No 4, 1999, p. 69.

⁹⁶ MALLOR y ROBERTS, *op. cit.*, p.1005.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 1003.

⁹⁸ CASTAÑEDA RUÍZ, Hugo Nelson. "Daños punitivos: reflexiones sobre las posturas de Polinsky y Shavell", en *Revista Vínculos*, Vo.l 1, 2010, p. 44.

riqueza del demandado, sino la neutralización del riesgo (pues si el daño no puede neutralizarse, va existir una aversión al riesgo que cumple una función disuasoria), lo cierto es que generar un efecto disuasorio en el responsable a partir de la cuantía, varía en gran medida conforme al patrimonio del mismo.

Con todo, los casos menos frecuentes en los que se han impuesto condenas a título de daños punitivos son aquellos que versan sobre responsabilidad por productos defectuosos, lesiones personales por una negligencia descarada y errores médicos⁹⁹ (estos dos últimos generalmente son impuestos a personas naturales). De allí se extrae que, la imposición de daños punitivos en cabeza de personas naturales no es tan frecuente, al tener en cuenta que únicamente entre el 2 y 4% de los casos en los que las pretensiones del demandante prosperan, se imponen condenas por concepto de daños punitivos¹⁰⁰.

Así, los casos en los que más se presentan condenas por daños punitivos se centran en: daños intencionales, difamación, y daños financieros¹⁰¹ (impuestos generalmente respecto a personas jurídicas¹⁰²).

⁹⁹SEBOK, *op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁰MALLOR y ROBERTS, *op. cit.*, p. 1005.

¹⁰¹ Referente a temas como seguros, fraude, contratos, ventas comerciales. Para más información véase: SEBOK, *op. cit.*, p. 158.

¹⁰² Los daños punitivos impuestos a grandes corporaciones han sido ampliamente criticados por Polinsky y Shavelle. Ambos cuestionan si efectivamente se cumple una función sancionatoria y hasta preventiva. La duda surge en torno al funcionamiento de las personas jurídicas, las cuales desvían los costos impuestos a título de daños a los consumidores, incrementando los valores de los productos o servicios que ofrecen para cubrir la sanción impuesta a título de daños punitivos. Adicionalmente, no es posible identificar al sujeto infractor, sino que la sanción recae sobre la corporación y la deben asumir personas que en algunas ocasiones no están involucradas con el daño causado, por ejemplo, los socios. Por último, ponen de presente que las empresas no son susceptibles de juicios de reproche al ser personas jurídicas. Para más información véase: CASTAÑEDA, *op. cit.*, p. 44

3.2.1.2 Desarrollo Histórico

Sin entrar en un recuento exhaustivo de la historia y el desarrollo de los daños punitivos en Estados Unidos, es pertinente realizar de forma somera, un esquema de la evolución de la figura, basado en las apreciaciones de Anthony J. Sebok¹⁰³.

Ahora bien, en Estados Unidos no han operado los test aplicados en Inglaterra, dicha situación ha permitido una diversificación en la construcción de la figura.

El primer periodo que marcó el desarrollo de los daños punitivos en Estados Unidos se refirió a las sanciones por humillaciones e insultos. En los Siglos XVIII y XIX, se resolvieron los primeros casos ingleses, en los que el elemento determinante que motivó la imposición de los daños punitivos fue la forma en como el demandado causaba el daño, si lo hacía de forma humillativa e insultante. En consecuencia, el hecho de que la conducta del responsable fuese intencional, no era suficiente para imponer los daños punitivos.

Pese a que en Inglaterra, posteriormente se optara por imponer este tipo de daños, en aquellas situaciones en que alguna de estas conductas fuese ejecutada por un funcionario de gobierno, el desarrollo americano fue diferente.

El primer caso que involucró daños punitivos en Estados Unidos (*Genay vs Norris*¹⁰⁴ 1784) y los casos que le siguieron, estuvieron manifiestamente influenciados por la forma humillativa o insultante con la que el demandado hubiese actuado al momento de causar el daño. Uno de los casos, *Coryell vs Colbaugh* (1791), se refiere al incumplimiento de una promesa de matrimonio, donde se impusieron daños punitivos por la actuación desplegada por el responsable, quien, de forma humillante, incumplió su promesa.

¹⁰³ SEBOK, *op. cit.*, pp. 159 – 169.

¹⁰⁴ En este caso, un doctor puso una gran dosis de un medicamento en la copa de vino de la víctima, en virtud de una riña que habían tenido. El demandante colapsó y perdió el duelo con el responsable. Para más información véase: *Ibid.*, p. 160.

En el *Treatise on the Law of Torts*¹⁰⁵ (1864), se estipuló que cuando una lesión (*injury*) o una invasión (*trespass*) estuviese acompañada de una conducta opresiva o un insulto, habría lugar a la imposición de daños punitivos.

Y en 1851, en el caso *Day vs Woodworth*, La Corte Suprema de Justicia¹⁰⁶ reconoció que, pese a las críticas¹⁰⁷ que asechaban la figura, en Estados Unidos los hombres debían ser castigados por causar un daño de forma agravada y el valor recogido a título de sanción debía ser entregado a la parte lesionada.

Una situación que marcó esta etapa de desarrollo de los daños punitivos fue la confusión desatada en relación con los daños compensatorios generales, motivada por el progreso y el perfeccionamiento de la teoría compensatoria. Street notó que al momento de calcular el monto de la compensación por el sufrimiento causado a la víctima, se tomaba como elemento para su valoración la motivación del demandado, factor que de igual forma era utilizado para la imposición de los daños punitivos, así, concluyó que ambos tenían la misma función, lo que convertía a los daños punitivos en una figura innecesaria¹⁰⁸.

Sin embargo, Sedwick resaltó que el hecho de que ambos daños tuviesen el mismo factor para su estimación, no significaba que fuesen lo mismo. Además, llegó a afirmar que si en Estados Unidos existiese una teoría desarrollada y organizada de los daños compensatorios, que abarcara todos los supuestos, los daños punitivos serían innecesarios y el derecho civil podría librarse de la función punitiva que le fue atribuida¹⁰⁹.

Todos estos cuestionamientos dieron inicio a la segunda etapa del desarrollo de los daños punitivos en Estados Unidos: sanción por abuso de poder.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 160

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 160.

¹⁰⁷ El profesor Greenleaf afirmó que, los daños punitivos eran un error, porque confundían la función pública y privada del derecho. El Juez Foster catalogó los daños punitivos como una deformidad. Para más información véase: *Ibid.*, pp., 161 - 169.

¹⁰⁸ GREENLEAF, Simon. *A treatise on the law of evidence*. Boston, Littler, Brown and Company, Vol. 2, Ed. 16, 1899, p. 240.

¹⁰⁹ SEDWICK, Theodore. *A treatise on the measure of damages*. Estados Unidos, Arno Press, 1972, p. 39.

A principios del Siglo XX, en el país americano, fruto de los incrementos en la responsabilidad corporativa y de los movimientos progresistas y de los trabajadores, las víctimas empezaron a solicitar daños punitivos en los casos de transacciones comerciales y ferroviarias.

La jurisprudencia decidió conceder este tipo de daños en aquellas situaciones en que las relaciones comerciales fueran usadas como un vehículo para el ejercicio y abuso del poder económico¹¹⁰. En estos asuntos era muy importante que la empresa conociera o ratificara la conducta del empleado cuando, prestando un servicio, causaba un daño abusando de su posición, pues en caso contrario, no se configuraría un abuso de poder.

Estos casos son diferentes a los anteriormente expuestos (humillación e insultos), pues difícilmente la administración de una corporación se ve motivada a insultar o humillar a un cliente a través de uno de sus empleados. Por ello, el abuso de poder no se funda en el deseo de humillación, sino que se refiere a un trato injusto y desigual con una persona que está en una posición de desequilibrio de poder¹¹¹.

Otro tipo de supuestos que se desarrollaron en esta época fueron los casos de fraude. Cuando en un negocio, una parte, por codicia, abusaba de su poder en la negociación y engañaba a la otra parte para satisfacer sus propios intereses, había lugar a la imposición de daños punitivos. Ellos se concedían especialmente cuando existía una desigualdad en el ámbito social o respecto al poder económico de las partes.

La tercera y última etapa que marcó la construcción de los daños punitivos, surgió en la post guerra y fue el boom de la prevención. Los daños punitivos se extendieron a otros campos como los productos defectuosos y los daños causados en negocios.

¹¹⁰ SEBOK, *op. cit.*, p. 163.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 163.

Respecto al primer caso es interesante anotar que el régimen aplicable es la responsabilidad objetiva. Sin embargo, para la concesión de daños punitivos se requiere que la parte demandante pruebe un completo desinterés y una negligencia descarada por parte del productor. Generalmente los problemas se presentan en el área de diseño. Por ello, el demandante debe probar que el producto tenía un defecto de diseño y que el productor era plenamente consciente de la situación, pero que por una relación de costo beneficio, prefirió asumir los riesgos.

Esta figura ha impulsado a las partes a llegar a acuerdos para no someterse a largos procesos, donde el demandado puede ser condenado por altas sumas (aunque realmente la concesión de daños punitivos en este campo es excepcionalísima).

Los dos argumentos que impulsaron la imposición de daños punitivos en casos de responsabilidad por productos defectuosos y daños causados en los negocios fueron el abuso de poder entre las partes, generalmente, de las grandes compañías frente a los consumidores y una finalidad de prevención y disuasión¹¹².

Autores como Polinsky y Shavell¹¹³ han desarrollado esta última finalidad, desde una perspectiva económica han afirmado que la imposición de daños punitivos puede contribuir a que los actores del mercado adapten su conducta, que busca la maximización del beneficio, a las normas que rigen el derecho de daños.

Pero concluyen que, desde una perspectiva económica, los daños punitivos solo tienen fundamento cuando el responsable, antes de incurrir en la conducta dañosa, conocía que existía una posibilidad de no ser descubierto. Por ello, en los casos en que las personas, de forma deliberada y expuesta llevan a cabo la conducta dañosa no se deben imponer daños punitivos, pues abiertamente contrariaron el derecho de daños, sin una intención encaminada a engañarlo, pero

¹¹² *Ibid.* pp. 166 y 167.

¹¹³ Para más información véase: POLINSKY, A. Mitchell y SHAVELL, Steve. "Punitive Damages: An Economic Analysis", en *Harvard Law Review*, Vol. 111, 1998, pp. 870 - 880.

con respecto a las personas (futuros responsables) que razonablemente esperaron ser pasadas por alto, sí cabe su imposición, pues con ello se busca advertir a los demás actores de las consecuencias que puede traer el tratar de burlar el sistema de daños mediante sus vacíos o ineficiencias¹¹⁴.

Una diferencia importante que se ha puesto de manifiesto en el desarrollo de la figura respecto a la construcción teórica en Inglaterra, es que en Estados Unidos se ha aceptado la imposición de daños punitivos en el campo del incumplimiento contractual. En consecuencia, esta figura no es exclusiva del derecho de daños (*Tort Law*) y estos casos representan un porcentaje significativo en la imposición de daños punitivos¹¹⁵.

A partir de este recuento histórico, se evidencia la clara expansión que han tenido los daños punitivos a lo largo de la historia americana, los nuevos supuestos que han surgido, las variaciones en su concepción y el perfeccionamiento de su teorización.

La totalidad de los supuestos desarrollados, son hoy conservados como parte de la teoría del daño punitivo, pero son sus avances los que han estilizado las diferentes concepciones y han proporcionado un mejor entendimiento en la comprensión de la figura.

3.2.1.3 Funciones del daño punitivo

Aunque en anteriores capítulos se ha hecho referencia a las funciones que satisfacen los daños punitivos, se considera necesario plantear las funciones atribuidas a esta figura desde la concepción de diferentes estados y autores norteamericanos.

¹¹⁴SEBOK, *op.cit.*, pp. 167 y 168.

¹¹⁵ Los casos de daños en virtud de un negocio, representan el 50% de los supuestos en que se han impuesto daños punitivos en Estados Unidos. Para más información véase: *Ibid.*, pp. 168 y 169.

Según Anthony J. Sebok¹¹⁶, los daños punitivos en la mayoría de los estados han sido sustentados a partir de una función compensatoria, así, se imponen este tipo de daños cuando la compensación que recibe la víctima, no alcanza a repararla de forma integral, por lo vil y antisocial de la conducta del demandado, es decir, cuando queda un sinsabor luego de que la víctima ha recibido una suma a título de daños compensatorios.

Pocos estados, como Michigan y Connecticut, han limitado la función de los daños punitivos a este esquema, toda vez que la mayoría de los estados han ampliado el espectro de los daños punitivos, en donde su imposición no solo se ha concentrado en la necesidad de la víctima sino en su efecto respecto al demandado, de prevención y sanción.

Otra función que ha impulsado la evolución de los daños punitivos es la función reivindicatoria (*“vindictive”*). A partir de un estudio terminológico de la palabra, según el diccionario de Inglés de Oxford, el término se refiere a: venganza, rescate, liberación. Por ello, la reivindicación, más que una función compensatoria, cumple una función sancionatoria¹¹⁷.

En este orden de ideas, desde una perspectiva reivindicatoria, los daños punitivos son concedidos cuando el ~~daño~~ causado a la víctima no puede ser calculado a partir de estándares económicos. En consecuencia, los daños otorgados dependen de la conducta atroz y despiadada del demandado y por ello, más que una finalidad compensatoria, tienen como fin la reivindicación, la sanción del demandado¹¹⁸.

Por último, varios estados como Dakota del Norte, Carolina del Sur, Texas, Wyoming y Nueva York, han aceptado expresamente una función punitiva, donde el propósito de la imposición de daños punitivos va encaminado a sancionar al responsable por la ofensa desplegada.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 170.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 174.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 174.

Según Sebok¹¹⁹, algunos estados han orientado esta sanción a restablecer intereses privados, mientras que otros alegan que está orientada a restablecer intereses públicos, pero en todo caso, su imposición busca castigar al responsable. Estados como Indiana, por ejemplo, han prohibido la concesión de los daños punitivos cuando a la persona se le ha impuesto una sanción penal, lo que reafirma el carácter sancionatorio de la figura¹²⁰.

Existe un consenso en torno a la finalidad de carácter sancionatorio de los daños punitivos. Se acepta que la figura satisface ciertos fines del derecho penal, y que en consecuencia, la misma constituye una excepción al procedimiento especial que rige esta área del derecho respecto a la imposición de sanciones.

3.2.1.4 Particularidades de los daños punitivos en la regulación estatal

Se pasará entonces a realizar un recorrido de forma general, por las particularidades que caracterizan a los daños punitivos en los diferentes estados, en aras de identificar a grandes rasgos, los elementos que varían en la construcción de los daños punitivos.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 176.

¹²⁰ Respecto al tema es importante destacar que en Inglaterra, tal como se evidenció en el subtítulo anterior, existe un desarrollo encaminado a establecer la imposibilidad de la concurrencia entre la sanción penal o disciplinaria y los daños punitivos, aunque no se desarrolla explícitamente el principio del *non bis in ídem*, el razonamiento cumple el mismo objetivo. En Francia, como se verá en el subtítulo posterior, tiene plena vigencia la aplicación del principio del *non bis in ídem*, siendo justamente uno de los factores que ha servido como argumento para neutralizar la discusión de los daños punitivos y su posible incorporación en el ordenamiento francés. En Estados Unidos, no se manifiesta propiamente una discusión en torno a este principio, pero la regulación de ciertos estados, como la de Indiana, expone una aplicación de dicho postulado. Además, en términos generales, la Corte Suprema de Estados Unidos ha delimitado como criterio básico para la cuantificación del daño punitivo la concurrencia de sanciones penales o disciplinarias, como factor para la disminución del monto.

En primer lugar, existen cinco estados que se rehúsan a reconocer o limitan a su máxima expresión los daños punitivos. Estos son Luisiana¹²¹, Washington, Massachusetts¹²², Nebraska y New Hampshire¹²³. Los demás estados, en términos generales, aceptan la concesión de los daños punitivos.

Como se ha hecho referencia, en años recientes, diferentes fuentes han limitado la aplicación de los daños punitivos, figura que desde su definición ha gozado de un carácter excepcional.

Y es a partir de estas restricciones que se llevará a cabo la exposición de los daños punitivos en los diferentes estados, con fundamento en los postulados expuestos por Anthony J. Sebok¹²⁴ y Mallor y Roberts¹²⁵.

El primer tipo de restricciones que ha limitado el alcance de la figura de los daños punitivos son las estrategias legislativas desarrolladas por cada estado, con variadas manifestaciones en los diferentes territorios.

En algunos estados, la suma impuesta a título de daños punitivos ha sido repartida entre la víctima y el estado, y en ciertos casos, ha sido otorgada en su totalidad al estado. Esta limitación tiene como objeto el desincentivar la supuesta litigiosidad que ocasionan los daños punitivos, pues según sus detractores, la figura provoca que las víctimas, que en un principio podrían no haber demandado, inicien procesos en búsqueda de recibir una suma superior a su compensación. Además, a partir del argumento de que los daños punitivos buscan restaurar ciertos intereses públicos, lo más lógico sería que parte de la sanción sea transferida directamente al fisco.

¹²¹El estado de Luisiana tiene un sistema de derecho mixto, y no reconoce en su Código Civil la procedencia de los daños punitivos, excepto en los casos en que una norma estatutaria lo autorice. Casos como pornografía infantil y lesiones por conducción en estado de embriaguez. Para más información véase: SEBOK, *op. cit.*, p. 155. y MAGNUS, *op. cit.*, p. 642.

¹²² Massachusetts, al igual que Washington, no reconoce los daños punitivos a menos de que exista una Ley que lo autorice. Para más información véase: *Ibid.*, p. 155.

¹²³ Ni Nebraska, ni New Hampshire reconocen la figura de los daños punitivos bajo ningún supuesto. *Ibid.*, p. 155.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 176 - 189.

¹²⁵ MALLOR y ROBERTS, *op. cit.*, pp. 1005 - 1007.

En Georgia¹²⁶, Indiana y Iowa se ordena a la víctima transferir el 75% de la suma impuesta por concepto de daños punitivos a los fondos del estado. Mientras que en Alaska, Missouri¹²⁷ y Utah, se le requiere a la víctima transferir el 50% del valor concedido a fondos fiduciarios del Estado.

En Oregón, la víctima recibe el 40%, y el otro 60% es transferido a una cuenta de compensaciones por lesiones causadas en virtud de actos criminales. En Illinois existe una completa autonomía por parte de la corte para asignar la repartición de los daños punitivos entre la víctima, el abogado y el Estado.

Algunos estados han limitado las sumas a las que puede ascender la concesión de los daños punitivos, dicha restricción pretende evitar que la figura se salga de control y termine por aniquilar la actividad económica.

Colorado, por ejemplo, limitó la cuantía de los daños punitivos al valor concedido por daños compensatorios. Alabama, limitó la concesión de daños punitivos a tres veces la suma concedida por daños compensatorios o USD \$500.000. Alaska, Arkansas, Florida y Dakota del Norte, limitaron el valor de los daños punitivos a dos veces lo concedido por daños compensatorios o USD \$250.000, mientras que New Jersey a cinco veces lo otorgado a título de daños compensatorios o USD \$350.000.

Oklahoma estableció diferentes límites en consideración al reproche de la conducta del demandado; así, cuando la conducta hubiese sido negligente de forma descarada, se conceden hasta USD \$100.000 o la cifra otorgada por concepto de daños compensatorios; y en caso de que la conducta del demandado hubiese sido intencional y atroz, el límite se amplía a USD \$500.000 o hasta el doble de los daños compensatorios.

¹²⁶ Únicamente en los casos de responsabilidad por productos defectuosos.

¹²⁷ Missouri transfiere los ingresos obtenidos a un fondo de compensación para víctimas de daños.

Por otro lado, la discrecionalidad¹²⁸ del jurado a la hora de conceder los daños punitivos, se ha visto coartada en algunos de los estados en virtud sus reglas. En Rhode Island, Carolina del Sur y Vermont existe una completa discrecionalidad por parte del jurado; en Maine se otorgan algunas instrucciones; mientras que en Kentucky, Minnesota y Mississippi, se han establecido ciertos postulados con el ánimo de orientar al jurado en la determinación de la imposición de los daños punitivos.

Otro aspecto que ha sido restringido en ciertos estados, como Colorado y Dakota del Norte, es que para la imposición de daños punitivos, el jurado no debe contar con ninguna información sobre los recursos económicos del demandado. En consecuencia, se acoge la teoría de que la suma impuesta no debe regirse por un criterio de riqueza sino de neutralización del riesgo.

Por último, se encuentra el estándar probatorio. En los procesos civiles basta con una —preponderancia de la evidencia”, mientras que en los procesos penales, se requiere de un —convencimiento más allá de toda duda razonable”. 35 estados han acogido un estándar intermedio cuando se imponen daños punitivos, llamado —evidencia clara y convincente”. Colorado, por el contrario, ha acogido el estándar utilizado en los procesos penales, con un estándar más exigente que el de la mayoría de los estados para la imposición de daños punitivos.

¹²⁸Stapleton expone que “*las demandas de responsabilidad civil extracontractual se tramitan ante un gran jurado, que no motiva las razones de sus decisiones*” lo cual implica una gran discrecionalidad por su parte, pues cuando el jurado concede una indemnización, no tiene que fundamentar el porqué ni los elementos que se utilizó para tasarla. Esta situación de igual forma, implica una dificultad para la parte que desea apelar, toda vez que el jurado, al no motivar sus decisiones, le dificulta a la parte inconforme proponerle al juez de segunda instancia, los argumentos en contra de la decisión, por ello generalmente, las partes cuando interponen apelación basan su argumentación en las instrucciones impartidas por el juez al jurado. Respeto a las sumas impuestas por concepto de daños punitivos, George L. Priest desarrolla un estudio en torno a esta cuestión. Tal como lo pone en evidencia el autor, las instrucciones dadas al jurado para la concesión de daños punitivos varían en cada estado. Algunas son más exigentes que otras, lo que genera que en casos similares, jurados de diferentes estados, impongan cuantías disímiles, pues en principio el jurado puede basarse en diferentes estándares para imponer el valor: En algunos casos los jurados han tomado como base para la cuantificación del daño el presupuesto anual del demandado en publicidad, en otros casos el jurado ha tomado una figura y la ha multiplicado por el número de productos vendidos alrededor del mundo. Para más información véase: STAPLETON, *op. cit.*, p. 19 y SUSTEIN, *op. cit.*, p. 3.

Estas son algunas de las particularidades que destacan la figura de los daños punitivos en los diferentes estados, se pasará a evaluar las restricciones impuestas a nivel nacional.

3.2.1.5 Decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos

Ahora bien, los límites impuestos a los daños punitivos no han tenido como única fuente las leyes estatales o federales, estos de igual forma han sido restringidos por factores constitucionales.

La Corte Suprema de Estados Unidos, a partir de diferentes decisiones, en importantes casos donde se han impuesto daños punitivos, ha limitado la autonomía de los estados para regularlos, al imponer ciertos principios generales sobre la constitucionalidad de los mismos.

Se expondrán de manera breve, con fundamento en los comentarios hechos por Mallor y Roberts¹²⁹ y Anthony J. Sebok¹³⁰, los casos que han marcado la línea de pensamiento impuesta por la Corte Suprema de Estados Unidos, orientada por el principio al debido proceso:

3.2.1.5.1 *Pacific Mutual Life Insurance vs Haslip (1991)*

El primer caso digno de consideración es *Pacific Mutual Life Insurance vs Haslip* (1991). Allí se concedieron unos daños punitivos que cuadruplicaban la cantidad que había sido impuesta a título de daños compensatorios y eran 200 veces la suma gastada por el demandante para cubrir los costos del proceso.

¹²⁹ MALLOR y ROBERTS, *op. cit.*, pp. 1007 - 1010.

¹³⁰ SEBOK, *op. cit.*, pp. 189 - 196.

En este caso, la Corte direccionó el análisis respecto al procedimiento que se había seguido para la imposición de los daños punitivos, y consideró que la conducta asumida por el juez y el jurado había estado ajustada a los intereses del demandado, y conforme al debido proceso. Así, la discrecionalidad del jurado fue limitada por los parámetros impartidos por el juez, que delimitaron y restringieron la aplicación de los daños punitivos, lo que llevó a la Corte a confirmar la decisión.

3.2.1.5.2 *TXO Production Corp. vs Alliance Resources Corp (1993)*

En segundo lugar, la Corte analizó el caso *TXO Production Corp. vs Alliance Resources Corp (1993)*. Aquí el estudio se centró en el valor de los daños punitivos concedidos y no en el procedimiento seguido por el jurado para imponerlos. En este supuesto se aclaró que el valor concedido por concepto de daños punitivos nunca debe ser excesivo ni desfasado, pero aun así, en el caso concreto se confirmó la suma impuesta de USD \$10.000.000, pese a que la cuantía de los daños compensatorios había sido de USD \$19.000.

3.2.1.5.3 *BMW of North America Inc. vs Gore (1996)*

El tercer caso en el que la Corte delimitó el alcance de los daños punitivos, es uno de los más importantes en la historia americana, *BMW of North America Inc. vs Gore (1996)*. Allí se impusieron daños punitivos por un valor de USD \$4'000.000. y unos daños compensatorios que apenas alcanzaban los USD \$4.000.

En este caso, La Corte Suprema de Alabama, en sede de revisión, aplicó *“The Green Oil Standard”*, postulados que ayudaban a establecer la cuantificación de los daños punitivos a partir de ciertas variables como: el grado de reproche de la

conducta del demandado, el daño que la conducta del demandado pudo causar en relación con el que efectivamente causó, el beneficio obtenido por el responsable, la situación económica del demandado y la imposición de sanciones criminales o civiles por esa misma conducta, como atenuantes para la imposición de la cuantía.

La Corte de Alabama, en consideración a las premisas dispuestas, similares a las que la Corte Suprema de Estados Unidos aplicó en el caso de *Pacific Mutual Life Insurance vs Haslip*, rebajo los daños punitivos a USD \$2'000.000.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, quien, por primera vez, declaró inconstitucional una suma impuesta por concepto de daños punitivos, por considerar que esta era excesiva y quebrantaba la cláusula federal al debido proceso¹³¹.

A partir del contenido de la cláusula al debido proceso, el demandado debe conocer la conducta por la que será castigado y la severidad de la sanción. En consecuencia, la Corte en aras de orientar la relación entre la conducta del demandado y la estimación de los daños punitivos desarrolló tres puntos claves: el primero se refirió al grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, en el cual se debe analizar tanto lo reprehensible de la conducta del demandado como los intereses afectados de la víctima, si son económicos, de seguridad o de integridad física o psicología, siendo los segundos muchos más graves.

El segundo planteó que, debía existir una relación lógica entre la suma concedida por daños punitivos y los daños sufridos por la víctima (los daños compensatorios). Sin embargo, la Corte no estableció una fórmula matemática que calculara dicha proporción.

Y, por último, se exigió tener en cuenta las sanciones ya impuestas sobre la misma conducta, fuese en el campo penal o civil, con el ánimo de disminuir el valor concedido por concepto de daños punitivos.

¹³¹ Para más información véase: *BMW of N. Am., Inc. vs Gore*, 517 U.S. 559, 574 (1996).

La Corte concluyó entonces que, los perjuicios eran excesivos y sobrepasaban los límites constitucionales permitidos, sin embargo, es claro que los parámetros utilizados por la Corte de Alabama son muchos más restrictivos y abarcan las consideraciones hechas por la Corte Suprema de Estados Unidos, lo que desestabiliza el fundamento de esta última, pues los daños punitivos se cuantificaron atendiendo a los criterios mencionados.

3.2.1.5.4 *Browning-Ferris vs State Farm (2003)*

En el cuarto caso: *Browning-Ferris vs State Farm (2003)*, la Corte planteó una regla relativa a la cuantificación de los daños punitivos, la regla de un solo dígito, la cual dictaba que únicamente las sumas que tuvieran una proporción de un dígito entre los daños punitivos y los daños compensatorios, eran ajustadas al esquema del debido proceso. Este esfuerzo iba dirigido a aproximar los valores concedidos por concepto de daño punitivo a la suma impuesta por daños compensatorios e imponer un límite en su concesión, para así evitar condenas que pudieran ser acusadas de ser excesivas.

3.2.1.5.5 *Phillip Morris USA inc. vs Williams (2007)*

En el quinto caso, *Phillip Morris USA inc. vs Williams (2007)*, la Corte revocó la suma impuesta por daños punitivos, en virtud de que las instrucciones dadas por el juez al jurado, permitieron que este último concediera unos daños punitivos por el hecho de que varios fumadores habían resultado muertos o enfermos, en el estado donde el demandante vivía, situación que se sale de todos los parámetros, y en consideración de la Corte, estaría prohibida para el jurado a partir de las instrucciones que debían ser impartidas por el juez.

Y a diferencia del caso anterior, la Corte no llevó a cabo ningún análisis respecto a el desbalance de más de un dígito que existía entre los daños punitivos y compensatorios, lo que lleva a varios autores a pensar que, esta regla ha sido replanteada por la Corte y no tiene aplicación en todos los casos de imposición de daños punitivos.

Con este caso culmina el estudio del panorama americano en torno a la concepción de daños punitivos, una evolución extensa pero digna de exponer, pues con los fallos jurisprudenciales y las leyes estatales la figura ha soportado alteraciones que han replanteado su naturaleza, su esencia. Es a partir de las mutaciones de la figura que hoy se tiene una comprensión más amplia de los daños punitivos, su alcance, su función y su aplicación.

Los jueces no han sido sordos a las críticas de los detractores de los daños punitivos y, en vez de darse por vencidos y eliminarlos del sistema americano, se han propuesto restringir y delimitar la figura, para que esta alcance un equilibrio entre los intereses de la víctima, la función disuasoria y sancionatoria y la protección de los derechos de los responsables.

Otros casos que han marcado la parada en el estudio de los daños punitivos son *Grimshaw vs Ford Motor Co*¹³² (1981) y *Liebeck vs Mc Donalds Restaurants*¹³³(1995), sin embargo, no se entrará en detalle respecto a los mismos, pues son casos bastante mediáticos, que gozan de un conocimiento público y que al final, reiteran lo dicho en los diferentes apartes del texto: la importancia de los daños punitivos en determinados supuestos y su actual vigencia en el derecho americano.

¹³² Para más información véase: *Grimshaw v. Ford Motor Company* (119 Cal.App.3d 757, 174 Cal.Rptr. 348).

¹³³ Para más información véase: CAIN, Kevin G. "The Mc Donalds Coffee Lawsuit", en *Journal of consumer & comercial law*, 2007, pp. 14 - 19. En línea: <http://www.jtexconsumerlaw.com/V11N1/Coffee.pdf> [citado en 1 de septiembre de 2016]

Es importante resaltar la influencia que ha tenido este caso en el ámbito internacional, por ejemplo, en Colombia, donde el Anteproyecto de Ley para la indemnización de los daños a la persona, ha sido impulsado a partir del caso descrito.

Hasta aquí entonces la perspectiva del *Common Law* frente a los daños punitivos. A continuación, se pasará a exponer el panorama general de los daños punitivos en el *Civil Law*, con dos grandes representantes de la cultura jurídica: Francia y España.

3.2.2 FRANCIA

Francia, tal como fue expuesto en el capítulo inicial, es el país con mayor influencia en la historia de la tradición Romano-Germánica, pues en estricto sentido, fue allí donde surgió el primer código, el cual inspiró la mayoría de procesos de codificación llevados a cabo tanto en Europa como en Latinoamérica.

Además, Francia ha sido el centro de varias construcciones jurídicas que posteriormente han sido acogidas por los diferentes territorios. La jurisprudencia de varios países, incluyendo la colombiana, ha utilizado las nuevas propuestas de la doctrina francesa, como justificación de ciertas decisiones proferidas, lo cual demuestra el gran impacto y trascendencia de la evolución del derecho francés en el sistema civil.

Pero más allá del papel protagónico que tiene Francia en el *Civil Law*, se considera pertinente exponer el panorama respecto a los daños punitivos en este territorio, en virtud de las propuestas presentadas en los últimos años, encaminadas a que el derecho de las obligaciones y, en general, el derecho civil, se renueven y evolucionen en aras de adaptarse a la realidad social, lo que para sorpresa de muchos, involucra la incorporación de los daños punitivos en el sistema jurídico francés.

En Francia, al igual que en la mayoría de países pertenecientes al *Civil Law*, rige el principio de reparación integral¹³⁴. Esto significa que la indemnización debe llevar a la víctima al estado en el que se encontraba antes de haberse causado el daño. Por ello se repara el daño, todo el daño y nada más que el daño (*tout le dommage, mais rien que le dommage*).

Lo que se persigue con la indemnización no es enriquecer a la víctima, pero tampoco su cuantía puede ser tan baja que termine por empobrecerla¹³⁵, en consecuencia, la indemnización se cuantifica a partir de la extensión del daño.

La Corte de Casación Francesa¹³⁶, ha reiterado la vigencia y comprensión del principio de reparación integral en varias de sus providencias y ha resaltado la función reparadora de la responsabilidad civil extracontractual¹³⁷, como finalidad exclusiva.

3.2.2.1 La discrecionalidad judicial

La discrecionalidad judicial en Francia resulta ser bastante amplia; los jueces al momento de conceder los daños e imponer su cuantía no deben motivar su decisión. Esto significa que no tienen que justificar el porqué del monto concedido, tanto en primera como en segunda instancia. Además, a la Corte de Casación Francesa no se le permite revocar los fallos de los jueces en virtud de su discrecionalidad a la hora de determinar la cuantía que le será impuesta al

¹³⁴ Con fundamento en este principio, basta con señalar que en Francia se conceden tanto perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales (un esquema muy similar al colombiano). En todo caso, su clasificación va encaminada a satisfacer el principio de reparación integral, pues su concesión únicamente procede cuando sean necesarios para reparar a la víctima.

¹³⁵ BORGHETTI, Jean- Sébastien. "Punitive Damages in France", en KOZIOL y WILCOX, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁶ Para más información véase: Cass. 2e civ., 8 de julio de 2004. Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation (Bull. civ.) II, no 393.

¹³⁷ Es importante aclarar que en Francia rige la teoría dualista, la cual diferencia el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual, tal como fue expuesto al inicio del capítulo anterior.

responsable, a menos de que esta contraría el principio de reparación integral¹³⁸. Sin embargo, a primera vista no es fácil comprender el alcance de este principio ni su incidencia al fijar la cuantía.

Así, los jueces, al conceder una suma en favor de la víctima no deben exponer el proceso o la operación que utilizaron para llegar a dicha cifra, basta con que –cumplan” con el principio de reparación integral.

Jean-Sébastien Borghetti¹³⁹ señala que una de las variables que integran el principio de reparación integral dispone que las sumas deben ser concedidas en relación con el caso concreto, pues es necesario analizar y estudiarla suma requerida por la víctima en particular, para ser llevada al estado en el que se encontraba antes de ocurrido el hecho dañoso, valor que puede variar en cada caso pese a que los supuestos resulten bastante similares. En este orden de ideas, en Francia no existen estándares oficiales que permitan cuantificar las cifras respecto al daño causado.

Sin embargo, el autor¹⁴⁰ asegura que es de conocimiento público que cada juez cuenta con un baremo para calcular en términos generales algunos de los daños causados, especialmente cierto tipo de daños como las lesiones corporales. Lo anterior significa que, desde una perspectiva más estricta y formal del principio de reparación integral, el mismo se ve vulnerado en múltiples ocasiones, y ante la dificultad de evidenciar dicha vulneración, permite que sentencias que utilicen estos estándares queden en firme.

Esta situación evidencia un problema no en la teorización, pero si en su puesta en práctica, pues tal como lo pone de presente Jean-Sébastien Borghetti¹⁴¹, los jueces fijan los valores a partir de estándares o baremos y no basados en las condiciones particulares de cada caso.

¹³⁸BORGHETTI, *op. cit.*, p. 63.

¹³⁹*Ibid.*, p. 63.

¹⁴⁰*Ibid.*, p. 63.

¹⁴¹*Ibid.*, p. 63.

Son estos puntos de quiebre los que evidencian desde una concepción estricta, lo factible que resulta que el principio de reparación integral sea pasado por alto, siendo casi imposible notarlo, pues el alcance de la discrecionalidad judicial permite que los valores sean fijados sin mayores explicaciones, con cuantías que bien podrían abarcar elementos externos a los establecidos por la reparación integral.

A raíz de esta situación, Jean-Sébastien Borghetti¹⁴² pone de presente que entre los académicos y los abogados franceses existe la creencia de que los jueces, cuando tasan la cuantía de los daños, lo hacen no solo a partir de la extensión del daño, sino que también tienen en cuenta la gravedad de la conducta del demandado y, de forma inadvertida, le imponen una sanción al responsable.

Es aquí donde entran al panorama francés los daños punitivos, pues aunque no son aceptados oficialmente en su ordenamiento, existen sospechas de que los jueces los han estado imponiendo desde hace ya varios años y han sido encubiertos como perjuicios que buscan la reparación de la víctima.

En todo caso, la prueba de esta creencia no es nada simple de aportar, pues los jueces, escudados en la discrecionalidad judicial y el mismo principio de reparación integral, fijan diferentes cuantías sin entrar a ser cuestionados.

Sin embargo, existen indicios que permiten esclarecer la intención oculta de los jueces al momento de imponer un valor por concepto de daños. Por ejemplo, hace algunos años se realizó un estudio respecto a las indemnizaciones concedidas a las víctimas, en relación con el daño moral, cuando un familiar fallecía a causa de la conducta del responsable. Pese a que la base de decisiones no fue muy amplia, se encontró que cuando se era responsable con culpa, la indemnización era

¹⁴²*Ibid.*, p. 62.

significativamente más alta que cuando se era responsable bajo un régimen de responsabilidad objetiva, con ausencia de culpa¹⁴³.

Es claro que la clase de perjuicios que con mayor facilidad permite la imposición de daños punitivos de forma secreta, es la de los perjuicios extrapatrimoniales, pues la tarea de calcular económicamente una cifra que logre —compensar” a la víctima, recae completamente sobre el criterio del juez que conoce del caso.

Cabe resaltar que ni siquiera en el esquema de los perjuicios extrapatrimoniales, se ha aceptado la imposición de estándares generales para establecer la cuantía que deberá ser concedida, por ello, en este espectro, la discrecionalidad judicial continúa siendo bastante amplia¹⁴⁴.

Según Jean-Sébastien Borghetti¹⁴⁵, esta situación se ha puesto de manifiesto especialmente en aquellos casos en los que se vulnera el —derecho de la personalidad” como el honor, la privacidad y el buen nombre. En estos supuestos

¹⁴³ *Ibid.*, p. 63. Para más información véase: BOURRIÉ-QUENILLET, Martine. “L’indemnisation des proches d’une victime décédée accidentellement”, en *Etudé d’informatique judiciare, thèse Montpellier 1*, 1983, pp. 97 – 100. El estudio, tal como lo señala Borgueti, no brinda cuantificaciones exactas en torno a los promedios sobre los casos señalados.

¹⁴⁴ En Colombia la discrecionalidad judicial en torno a los perjuicios extrapatrimoniales se ha visto limitada por criterios de unificación de las Altas Cortes. Por ejemplo, en la jurisdicción contencioso administrativa, el Consejo de Estado emitió el 28 de agosto de 2014 un documento mediante el cual se establecían los referentes para guiar a los jueces en la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales, con fundamento en diferentes precedentes, los cuales tienen en cuenta la relación entre la víctima directa, la víctima indirecta y el daño causado. Por otro lado, en la jurisdicción civil, la Corte Suprema de Justicia, mediante precedente ha fijado los valores máximos concedidos a título de perjuicios extrapatrimoniales. El documento emitido por el Consejo de Estado tiene la pretensión de unificar la jurisprudencia respecto a las cuantías otorgadas a las víctimas, y pese a no gozar de un carácter vinculante, en la práctica, los jueces se han ceñido a los topes en él consagrados. En cuanto al precedente, como es bien sabido, los jueces pueden apartarse de él siempre que reconozcan que su decisión constituye una separación del precedente y expongan las razones por las que lo harán, sin embargo, la práctica jurídica ha demostrado que los jueces han sometido sus decisiones a las cuantías otorgadas por las Altas Cortes. En consecuencia, estos mecanismos pueden ser definidos como criterios de orientación judicial, en virtud de los cuales la cuantificación de los perjuicios en Colombia se ve sometida al prudente arbitrio judicial con las limitaciones previstas por el precedente judicial. Para más información véase: ROJAS QUIÑONES, Sergio. *El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pp. 119 - 121. Y TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Cada bien lesionado constituye un daño diferente*. Bogotá, Ámbito jurídico, 2015.

¹⁴⁵ BORGHETTI, *op. cit.*, p.64.

se ha notado una clara variabilidad en las decisiones judiciales¹⁴⁶, pues en los casos en los que el demandado, de forma deliberada, vulnera un derecho ajeno, en busca de obtener un provecho, los jueces han impuesto indemnizaciones mucho más elevadas que en los casos en los que el demandado, no actúa de forma deliberada y vulnera un derecho ajeno, sin intención de obtener un beneficio¹⁴⁷.

Lo anterior significa que al momento de cuantificar el daño, los jueces no solo tienen en cuenta la extensión del daño, sino de igual forma, la conducta del demandado.

¹⁴⁶Para más información véase: Tribunal de Grande Instance (TGI) Paris, 17 december 1986, Gazette du Palais (Gaz. Pal.) 1987. 1. 238. Caso en que un periódico acusó a un heredero de la corona francesa de despilfarrar la fortuna de su familia.

¹⁴⁷Cabe mencionar una figura introducida en el sistema colombiano que presenta varias similitudes con la situación francesa. En Colombia recientemente se ha reconocido un tercer tipo de perjuicios extrapatrimoniales, conocido como daños personalísimos de especial protección constitucional, los cuales han sido abiertamente concedidos por la Corte Suprema de Justicia, quien los ha catalogado como una nueva clase de perjuicio autónomo, referente a la vulneración de los derechos humanos como el derecho al buen nombre, a la imagen, a la libertad, a la privacidad o a la dignidad (todo ellos se derivan de la afectación a la dignidad). La sentencia del 5 de agosto de 2014 con Magistrado Ponente Ariel Salazar, fue la primera en introducirlos y en consecuencia ha sido objeto de múltiples críticas. Sin embargo, hoy son reconocidos en los procesos y se indemnizan como un perjuicio más. La Corte estableció en dicha sentencia los supuestos sobre los cuales procede: cuando el daño a los bienes personalísimos tiene origen en una conducta diferente a aquella que dio lugar a los demás perjuicios o cuando no se reclaman los demás perjuicios. Este tipo de daños amplía en gran medida la discrecionalidad judicial, pues la Corte no fue clara al momento de identificar los casos de procedencia, por lo que las situaciones plasmadas presentan varias ambigüedades y dificultades a la hora de apreciar el caso en concreto y la cuantificación del perjuicio. Así, se dejan muchas preguntas sin respuesta, sin mencionar que estos pueden llegar a ser reconocidos de oficio. Otra de las particularidades de la figura es que la sola violación del derecho da lugar a la concesión de este tipo de perjuicios, sin ser necesaria la configuración de una consecuencia adicional. En palabras de Sergio Rojas: “*Se homologan dos elementos estructurales de la responsabilidad civil: el de la conducta antijurídica del sujeto y el de la consecuencia nociva-daño-*”. Situación que según el autor, resulta bastante desafortunada, toda vez que uno de los presupuestos necesarios para la procedencia de las indemnizaciones en el esquema colombiano es la producción de consecuencias negativas derivadas de la afectación. Varias personas los han acusado de constituir un exceso en la indemnización del perjuicio, toda vez que es muy difícil diferenciarlos de los perjuicios ordinariamente reconocidos, lo que podría llevar a pensar que más que indemnizar buscan sancionar al responsable y que son una manifestación de los daños punitivos. En todo caso, la discusión sigue abierta y se espera que con el paso de los años, la evolución de este tipo de perjuicios alcance una mayor claridad. Para más información véase: ROJAS, *op. cit.*, pp. 139 - 141.

Esta situación ha ido más allá de los límites conocidos y, en varias decisiones¹⁴⁸, la Corte de Casación ha afirmado que cuando se vulnera un derecho de esta naturaleza, aunque no se cause ninguna lesión, la víctima tendrá derecho a una compensación. Una especie de responsabilidad sin daño, figura que en términos generales fue expuesta en el panorama del *Common Law*.

En virtud de estos casos, el autor¹⁴⁹ asegura que el propósito de estas sumas, no es más que el de imponerle una sanción al responsable, por lo que bien podrían ser consideradas una especie de daños punitivos encubiertos.

Otros supuestos que han generado cuestionamientos respecto a la función que allí cumple la concesión de perjuicios, son los casos en los que se le otorga a una persona jurídica perjuicios a título de daño moral. En Francia se acepta esta circunstancia y el principal interrogante es: ¿Cómo una persona jurídica puede sufrir un daño que le genere perjuicios extrapatrimoniales, especialmente respecto a aquellas que tienen ánimo de lucro?

Varios autores han defendido la tesis de que las personas jurídicas puedan sufrir un daño moral, pero realmente no es clara la idea de que una sociedad alcance a experimentar dolor o sufrimiento. Por ello, en consideración de Jean-Sébastien Borghetti¹⁵⁰, estos perjuicios han cumplido una función sancionatoria, encubierta por una supuesta función reparadora, o en algunos casos, realmente han compensado una pérdida patrimonial. En este orden de ideas, estos casos presentan similitudes con los daños punitivos.

Por último, tal como lo expone Borghetti¹⁵¹, algunos autores han señalado que en el campo de la competencia desleal, para la cuantificación del perjuicio, los jueces

¹⁴⁸ Para más información véase: Cass. 1re civ., 5 November 1996, Bull. civ. I no. 378. JCP éd. G. 1997.II.22805. En dicha decisión se establece que: “*la sola constatación de un atentado a la vida privada da cabida al derecho a la reparación*”. Traducción propia.

¹⁴⁹ BORGHETTI, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 65 y 66.

no solo analizan el daño causado a la víctima, sino que igual forma, tienen en cuenta el beneficio obtenido por el responsable con la conducta dañosa.

En estos casos, la discrecionalidad judicial permite a los jueces imponer sumas cuyo único propósito no sea reparar a la víctima, al tener en cuenta factores que, vistos desde la óptica del principio de reparación integral, resultan innecesarios y prescindibles, como la gravedad de la conducta del demandado o el beneficio que este obtuvo.

Sin embargo, aunque se vislumbra la existencia de ciertas manifestaciones de daño punitivo, al estas estar resguardadas en los títulos acogidos por el ordenamiento francés como los perjuicios morales o patrimoniales, no permiten aseguraren un caso concreto la existencia de los mismos, pues en virtud de la discrecionalidad y la inexistencia de estándares o parámetros, los jueces podrán alegar que la cuantía se refiere, desde su posición, a perjuicios encaminados a la reparación de la víctima.

Además, en aquellos casos en los que abiertamente la suma impuesta excede el ámbito compensatorio, tampoco es posible evaluar la cuantía destinada a la reparación y la cuantía encaminada a sancionar ni los factores que utilizó el juez para imponerla¹⁵².

Por ello, estos supuestos, más que verdades absolutas o ejemplos concretos de la presencia de los daños punitivos, son situaciones identificadas por diversos autores que han arrojado estas conclusiones, pero que en todo caso, han tenido varios detractores.

¹⁵² *Ibid.*, p. 67.

3.2.2.2 Manifestaciones del daño punitivo en el ordenamiento francés

Borghetti¹⁵³ ilustra otra de las manifestaciones de los daños punitivos que hacen parte del ordenamiento francés, relativa a figuras consagradas en su código civil, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, como en otros campos del derecho, las cuales desde una perspectiva formal y estricta, rompen con el principio de reparación integral, toda vez que su función no consiste en reparar el daño sufrido por la víctima o por el acreedor.

El autor expone que para varios de los abogados franceses, la función de la Responsabilidad Civil se ha expandido a otros campos, como el preventivo y el sancionatorio, a través de diferentes mecanismos consagrados en la legislación francesa.

3.2.2.2.1 Manifestaciones contractuales

En materia contractual se encuentran dos manifestaciones de los daños punitivos en el ordenamiento francés: la cláusula penal y los —~~as~~seintes”.

Según Jean-Sébastien Borghetti¹⁵⁴, la cláusula penal¹⁵⁵ es una cláusula pactada por las partes, la cual establece a futuro una suma para compensar a una parte, en caso de que la otra parte incumpla sus obligaciones contractuales, según los términos estipulados.

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 56 - 61.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 57.

¹⁵⁵ La cláusula penal está regulada en el artículo 1152 del Código Civil Francés: “*Cuando el acuerdo disponga que aquel que falte a su cumplimiento pagará una cierta suma a título de indemnización por daños y perjuicios, no podrá ser autorizada a la otra parte una suma mayor ni menor.*” Traducción de Michèle Mestrot, José Javier Hualde Sánchez, Christian Laroumet y Jean-Jacques Lemouland.

La cláusula penal ha sido comparada con los daños punitivos en el sentido de que, aunque en principio su función es compensar, el valor se determina antes de producido el incumplimiento y el mismo puede llegar a ser muy superior en relación con la verdadera cuantía de los perjuicios sufridos por la parte contractual. Además, es una práctica social conocida, que las sumas pactadas generalmente excedan el valor necesario para la indemnización, pues con ella, las partes buscan sancionar a quien incumpla el contrato¹⁵⁶.

Sin embargo, existen varias diferencias entre ambas figuras. La más destacada es que son las partes quienes pactan la cuantía dispuesta y no los jueces, como sucede con los daños punitivos.

Ahora bien, la institución de sumas excesivas, provocó que en el año 1975 el legislador agregara un párrafo al artículo que regula la cláusula penal, en aras de evitar el abuso de la figura y de atenuar su alcance. Dicho párrafo dispone que: —N obstante, el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita”¹⁵⁷.

Pese a que este postulado ha disminuido la cercanía entre la cláusula penal y los daños punitivos, en la mayoría de los casos los jueces no han hecho uso de esta facultad y, cuando lo hacen (generalmente en aquellos casos en los que se excede la cuantía indemnizatoria), disminuyen la indemnización hasta el monto necesario para reparar el daño sufrido por el acreedor¹⁵⁸. Sin embargo, esta disposición únicamente aplica en el caso de sumas excesivas o irrisorias. En consecuencia, aún existen supuestos en los que se acuerdan cláusulas penales que superan la suma necesaria para reparar al acreedor y la cláusula, en todo caso, resulta válida y deberá ser pagada por el deudor, aunque en estricto sentido

¹⁵⁶ BORGHETTI, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁷ Traducción de Michèle Mestrot, José Javier Hualde Sánchez, Christian Laroumet y Jean-Jacques Lemouland.

¹⁵⁸ BORGHETTI, *op. cit.*, p. 57.

se vulnere el principio de reparación integral y se persiga una finalidad sancionatoria.

Por otro lado, los *-astreintes*”, en términos de Borghetti¹⁵⁹, son una penalidad cuyo pago es periódico, la cual es impuesta por el juez en los casos en que el deudor ha incumplido alguna obligación que emana del contrato. El deudor en este caso, tendrá que pagar el crédito, los daños causados y esta penalidad. No obstante, estos únicamente proceden una vez el juez haya liquidado el crédito. Los *-astreintes*” podrían aplicarse en el campo extracontractual, en casos excepcionales: por ejemplo, cuando el responsable ya fue condenado por un daño causado y se rehúsa a pagar.

Esta figura se impone en aras de sancionar al deudor por su incumplimiento y además constituye un pago que excede la suma destinada a reparar al acreedor. Por ello, algunas personas la han asociado con los daños punitivos. Sin embargo, el legislador ha reiterado en varias ocasiones que esta penalidad no tiene el carácter de daño y por ello su finalidad no es reparar.

3.2.2.2 Manifestaciones en el área de propiedad intelectual

Respecto al derecho de propiedad intelectual, se puede reconocer un caso oficial de daños punitivos, aunque el legislador no los haya llamado por su nombre propio: la ley 2007-1544 del 29 de octubre de 2007.

Esta disposición es reciente: fue introducida al código de propiedad intelectual en el año 2007 y buscaba traducir la Directiva 2004/48/EC del 29 de abril de 2004¹⁶⁰.

¹⁵⁹*Ibid.*, pp. 57 y 58.

¹⁶⁰En palabras de Kandelaft, la directiva “*modificó perceptiblemente y armonizó el régimen de infracción marcaria vigente en el territorio de la Unión*”. Esta trató dos temas de especial relevancia: la determinación de la existencia del daño y la evaluación de la cuantificación del daño. Para más información véase: KANDELAFT, Lola. “Responsabilidad civil por infracción marcaria propuestas para otorgar una función disuasiva a la infracción marcaria”, en *Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 37, 2016, pp. 133 y 134.

El artículo L331- 1-4, dispone que un juez civil puede confiscar los ingresos obtenidos por el falsificador, y otorgárselos a la parte lesionada¹⁶¹.

Dicha norma incorpora una clara sanción en contra del responsable, además constituye una suma que puede exceder la extensión del daño, lo que implica que la cuantía puede ser mayor a la cantidad necesaria para reparar a la víctima.

La anterior no es la única manifestación: el artículo L331- 1-3 establece los factores o elementos que el juez debe tener en cuenta para fijar el daño en los casos de una infracción al derecho de propiedad intelectual y resalta, como uno de los elementos, los beneficios injustos obtenidos por el responsable con la conducta dañosa. Esta disposición ubica por primera vez en el derecho francés conceptos propios de los daños punitivos. Así, en este caso, al momento de calcular los daños, deberán ser tenidos en cuenta factores diferentes a la extensión del mismo daño.

Finalmente, la norma dispone que a petición de la parte lesionada, el juez puede fijar la cuantía del daño a partir de las ganancias que hubiese obtenido la víctima en caso de que el responsable hubiese utilizado una autorización para hacer uso del derecho de propiedad intelectual, sobre el cual la víctima es titular¹⁶².

Esta situación no es la forma convencional en que se calculan los daños en el derecho francés, parece más bien, un intento de adaptar la situación a un enriquecimiento injusto. Sin embargo, es claro que en el supuesto, aunque el responsable obtenga un provecho, la víctima no necesariamente tuvo un empobrecimiento correlativo de su patrimonio. El caso se ampara en una situación hipotética que debe ser reproducida por el juez y que hace referencia a la cuantificación de un daño, mas no es un caso de enriquecimiento injusto.

Ahora bien, este tema y su interpretación no han sido pacíficos. Pese a que varios autores lo han catalogado como una manifestación del daño punitivo, toda vez que

¹⁶¹BORGHETTI, *op. cit.*, p. 58.

¹⁶²*Ibid.*, p. 59.

no necesariamente el beneficio obtenido por el infractor constituye el mismo que hubiese sido obtenido por el demandante, lo cual significa que el provecho percibido por el infractor no tiene la función de indemnizar a la víctima, lo que ha sido interpretado por muchos, en el esquema clásico de responsabilidad, como un caso de enriquecimiento sin causa. Otros autores han rechazado dicha postura y han interpretado que este supuesto busca *–responder exactamente a la afectación, de restaurar la exclusividad del derecho*”. Mientras que algunos lo han considerado una situación *–suis generis*”, que se adapta específicamente a las necesidades presentes en el campo de la propiedad intelectual¹⁶³.

Por otro lado, en virtud de los planteamientos de Lola Kandelaf¹⁶⁴, en el derecho de propiedad intelectual se ha evidenciado un problema que entorpece de manera considerable la posibilidad de la víctima de reclamar los perjuicios y es justamente la prueba de los mismos. En este orden de ideas, a partir del esquema tradicional de Responsabilidad Civil, se requiere que el demandante pruebe no solo la *–infracción*” de un derecho, sino también las consecuencias que se derivan de ella.

En el campo de las infracciones marcarias, la prueba de los perjuicios entraña un alto grado de dificultad, en consecuencia, en la jurisprudencia francesa se ha planteado la existencia de una presunción del daño, cuya finalidad es aligerar la carga probatoria del demandante. Así, una vez se acredite la infracción se presume que el demandante sufrió un perjuicio.

Lo anterior constituye un supuesto que altera la estructura clásica de la responsabilidad, y que abiertamente podría atentar contra el principio de reparación integral, pues la víctima no tiene la carga de demostrar los daños y perjuicios que le fueron causados para ser acreedora de una indemnización¹⁶⁵.

¹⁶³ KANDELAFT, *op. cit.*, pp. 145 y 146.

¹⁶⁴ KANDELAFT, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

¹⁶⁵ La Corte de Casación francesa ha señalado que el derecho de propiedad intelectual no está sometido en estricto sentido, a la estructura tradicional de la Responsabilidad Civil. Por ello *“lo tribunales no están obligados en fundamentar sus decisiones en las reglas de la responsabilidad civil”* sino en *“la afectación realizada (...) a un derecho de propiedad inmaterial oponible a todos”*. A partir de esta postura, se autoriza a

En todo caso, dicho supuesto puede ser considerado como una especie de daño punitivo, pues en ocasiones la cuantía impuesta no logra corresponder con el daño sufrido por la víctima, al tener como último propósito que el demandado no se exima de la obligación indemnizatoria que le corresponde por un tema de dificultades probatorias. En consecuencia, en aquellos casos en los que no se configure propiamente un daño, podrá ser otorgada una suma a título de reparación, que termine por sancionar la infracción más que por reparar.

Es a partir de estas consideraciones que puede plantearse la posibilidad de que estas disposiciones constituyan la incorporación de los daños punitivos al derecho francés, aunque en un caso bastante restringido cuyo alcance se limita únicamente a lo expuesto.

3.2.2.2.3 Manifestación en una esfera general

Por último, están las multas civiles. Según Borguetti¹⁶⁶, la multa civil es una sanción prevista en el campo civil, que los jueces del área civil pueden imponer contra el demandado. Generalmente son imputadas cuando una persona intenta evadir un deber cívico o público, consagrado en el ordenamiento (arts. 395¹⁶⁷,

los tribunales franceses a presumir la existencia de un daño con la sola prueba de la infracción de un derecho, y en este orden de ideas, la estimación de la cuantía queda sometida a la discrecionalidad judicial. Para más información véase: *Ibid.*, pp. 139 y 140. y Cour de Cassation, 1ère Chambre Civile, 31 de octubre de 1989, Cahier droit d'auteur 1990.

¹⁶⁶*Ibid.*, p. 61.

¹⁶⁷"El juez de tutelas ejercerá una vigilancia general sobre las administraciones legales y las tutelas de su jurisdicción. Podrá convocar a los administradores legales, tutores y demás órganos tutelares, exigirles aclaraciones, dirigirles observaciones y dictar mandamientos contra ellos. Podrá condenar a la multa prevista en el Código de Enjuiciamiento Civil a quienes, sin excusa legítima, no hubieran accedido a sus mandamientos." Traducción de Michèle Mestrot, José Javier Hualde Sánchez, Christian Laroumet y Jean-Jacques Lemouland.

412¹⁶⁸ y 413 del Código Civil Francés) o por un abuso del derecho a la hora de demandar, lo que sería conocido como demandas temerarias.

Aunque en principio, presentan rasgos semejantes con el daño punitivo, pues son sanciones impuestas en el campo civil, por el juez civil, las cuantías nunca alcanzan las sumas concedidas por concepto de daños punitivos, sin mencionar que el monto pagado a título de sanciones civiles es a favor del fisco.

No obstante, existen supuestos específicos en los que las multas alcanzan cuantías significativas, como es el caso en que el responsable le causa un daño a alguien. Por ejemplo, el código de comercio, prohíbe ciertas prácticas comerciales en su artículo L. 442-6, y permite a los competidores, víctimas de estas prácticas, reclamar los daños sufridos. Agrega que en estos casos se puede solicitar la imposición de una sanción civil que no podrá exceder los 2'000.000 de euros. El anterior ejemplo, acerca el concepto de las multas civiles a los daños punitivos, aunque estos últimos no sean concebidos en el ordenamiento dentro de la clasificación de daños¹⁶⁹.

Al agotarse el tema de las manifestaciones, queda por exponer el panorama francés respecto a las propuestas de reforma en el campo del derecho de las obligaciones, y en general de la Responsabilidad Civil, con el ánimo de determinar cuáles han sido los focos principales de actualización.

¹⁶⁸“Los miembros del consejo de familia están obligados a acudir a la reunión. Cada uno podrá, sin embargo, hacerse representar por un pariente consanguíneo o afín a los padres del menor, si este pariente no fuera ya, en su propio nombre, miembro del consejo de familia. El marido podrá representar a la mujer o recíprocamente.

Los miembros del consejo de familia que sin excusa legítima, no estuvieran ni presentes ni válidamente representados, incurrirán en la multa prevista en el Código de Enjuiciamiento Civil.” Traducción de Michèle Mestrot, José Javier Hualde Sánchez, Christian Laroumet y Jean-Jacques Lemouland.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 61.

3.2.2.3 Proyectos legislativos

En Francia, en los últimos años, han surgido varios proyectos de reforma respecto a la Responsabilidad Civil y el derecho de las obligaciones concretamente, encaminados a la incorporación de los daños punitivos, situación atípica que ha tenido varios detractores, pero que de igual forma, grandes autores han planteado y apoyado.

Antes de entrar a reseñar las diferentes propuestas que se han presentado, es importante plantear el panorama que existía en la doctrina francesa en torno a la figura de los daños punitivos.

En Francia se empezó a considerar la implementación de los daños punitivos en los supuestos de ilícitos lucrativos, los cuales tenían como función restituir el provecho obtenido por el responsable.

Los hermanos Mazeaud indicaban que la Responsabilidad Civil tenía como propósito la reparación integral de la víctima y, una vez esta la obtenía, no podía ocuparse del provecho obtenido por el responsable. Señalaban que ningún mecanismo podía proveer esta expectativa, ni siquiera la figura del enriquecimiento sin causa, pues la víctima no había experimentado un empobrecimiento correlativo de su patrimonio con la ganancia obtenida por el responsable.¹⁷⁰

Otros autores, como Savatier, aportaron una visión más liberal al debate, al afirmar que nada puede impedir al juez ser particularmente severo para con el responsable que haya obtenido un beneficio de su culpa¹⁷¹.

¹⁷⁰ MAZEAUD, Henry, *et. al. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo III, Edición 5, Vol. I.* Buenos Aires, 1963, p. 599, número 2401.

¹⁷¹ Tomado de: SOLARTE, Arturo. "Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable", *en Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 37, 2016, p. 36.

Mientras que la Corte de Casación¹⁷² apoyó la visión expuesta por los hermanos Mazeud, y reiteró que la Responsabilidad Civil no ostentaba una función sancionatoria y, por ello, la gravedad de la conducta del responsable no constituía un argumento para otorgarle a la víctima un valor que excediera la cuantía del daño.

Pese a estas discusiones y a la aparente postura inquebrantable de la doctrina clásica y la jurisprudencia, la necesidad de una reforma respecto al derecho de las obligaciones sirvió como excusa para replantear la concepción, función e incorporación de los daños punitivos en el derecho francés.

El primer proyecto con el que se dio inicio a un nuevo debate fue el Proyecto Catalá, el cual no tuvo un carácter oficial y fue planteado en septiembre de 2005. Esta reforma se justificó en –al preocupación de un grupo de civilistas, conscientes del movimiento europeo, encaminado a la modernización del Derecho de las obligaciones¹⁷³.

El anteproyecto fue el producto de los esfuerzos de varios académicos, liderados por Geneviève Viney y Georges Durry¹⁷⁴. Este pretendía reformar los artículos 1001 a 1386 del Código Civil Francés concernientes al derecho de las obligaciones y los artículos 2234 a 2281 respecto a la prescripción de las obligaciones.

Aunque en principio, parecía ser una reforma como cualquier otra, el anteproyecto tuvo una iniciativa bastante ambiciosa: en los artículos 1371 y 1372 pretendió incorporar por primera vez los daños punitivos, de forma expresa, en el derecho francés.

En el artículo 1370, se reiteraba la vigencia del principio de reparación integral y se establecía que el propósito de la concesión de daños era devolver a la víctima, en la medida de lo posible, al estado anterior en el que se encontraba antes de

¹⁷² *Ibid.*, pp. 36 y 37.

¹⁷³ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 207.

¹⁷⁴ BORGHETTI, *op. cit.*, p. 69.

causado el daño sin que ello le reportara un provecho ni una pérdida¹⁷⁵. Sin embargo, inmediatamente después, se planteaba una “excepción” en términos de Borguetti a este principio:

Artículo 1371. El autor de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado a más de a daños y perjuicios compensatorios, a daños y perjuicios punitivos, con facultad para el juez de beneficiar parcialmente al Tesoro Público. La decisión del juez de otorgar tales daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su cuantía desglosada de los demás daños y perjuicios concedidos a la víctima. Los perjuicios punitivos no son asegurables.

Artículo 1372. El juez apreciará el perjuicio al día en que profiera su decisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias que lo hayan podido afectar, tanto en su consistencia como en su valor, así como en su evolución razonablemente previsible¹⁷⁶.

En este orden de ideas, los daños punitivos se limitaron a un caso específico: los ilícitos lucrativos, supuesto que fue planteado en el segundo capítulo, justamente con las apreciaciones de Viney con respecto a la función preventiva y sancionatoria de la Responsabilidad Civil.

Los ilícitos lucrativos consisten en conductas dañosas por parte del demandado, que le reportan un beneficio superior al que debe pagar en virtud del daño causado a la víctima, lo que genera una situación indeseable, pues permite que el demandado incurra en la conducta ilícita y que, aunque sea hallado responsable y pague la cuantía ordenada a título de daños, la conducta dañosa le resulta lucrativa, pues obtiene, a pesar de lo que sea obligado a pagar, un beneficio.

Lo anterior constituye un verdadero problema, pues mientras la Responsabilidad Civil permita la ocurrencia del supuesto enunciado, esta no podrá cumplir en dicho

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹⁷⁶ Traducción tomada de: SOLARTE, *op. cit.*, p. 37.

caso una función preventiva, toda vez que la decisión económicamente racional de cualquier agente dañador será la de incurrir en el ilícito.

El hecho de que en el derecho francés se plantee una iniciativa como esta, constituye una verdadera revolución del pensamiento tradicional conforme a las funciones atribuidas a la Responsabilidad Civil y además, implica la apertura no solo del sistema francés, sino del sistema civil, a concepciones erigidas en el ámbito del *Common Law*, como los daños punitivos.

Para ilustrar el alcance que pretendía tener la disposición y las restricciones a las que estaba sometida, basta con señalar las apreciaciones que hizo Viney al respecto:

En lo que se refiere a la función asignada a la responsabilidad, los textos propuestos acuerdan en primer lugar la reparación, conforme al Derecho actual.

Sin embargo, una disposición (el art 1372) abre prudentemente la vía a la concesión de indemnizaciones de daños e intereses punitivos. Somete el pronunciamiento de esta sanción a la prueba de una «culpa deliberada, especialmente de una culpa lucrativa», es decir, de una culpa cuyas consecuencias beneficiosas para su autor no serían neutralizadas por una simple reparación de los daños causados. Exige igualmente, una motivación especial e impone al juez distinguir los daños punitivos de los daños compensatorios. En fin, prohíbe ponerlos a cargo del seguro, lo que es indispensable para dar a esta condena el alcance punitivo que constituye su razón de ser¹⁷⁷.

En estos casos, la discrecionalidad judicial pensaba ser reducida, pues varias normas, incluyendo el artículo 1372, estipulaban que el juez debía discriminar el

¹⁷⁷ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 208.

monto concedido a título de daños punitivos, por lo que su imposición y cuantía debían ser fundamentadas en razones concretas¹⁷⁸.

Pese a los esfuerzos de reducir los daños punitivos a un supuesto específico (los ilícitos lucrativos) y someterlos a varias restricciones, las críticas no se hicieron esperar¹⁷⁹: varios autores acusaron la figura de atribuirle una potestad sancionatoria excesiva a la Responsabilidad Civil, que confundía su naturaleza con la del derecho penal.

Consideraron que las limitaciones a la discrecionalidad judicial no eran suficientes y que el juez continuaba ostentando grandes libertades al momento de decidir, lo que generaba una inseguridad jurídica.

Y por último, señalaron que esta figura rompía abiertamente con el principio de reparación integral. Por ello, no recriminaron su existencia, pero si su clasificación, pues según ellos, esta función la debía cumplir el derecho penal o administrativo.

El anteproyecto fue descartado antes de que pudiera ser presentado de forma oficial. Una vez fue enviado al parlamento, se desvaneció, pues a raíz de las críticas y la postura radical frente al principio de reparación integral que predomina en Francia, era poco factible que el legislador incorporara al ordenamiento francés un proyecto como este.

Sin embargo, los esfuerzos de renovar el derecho francés no se detuvieron allí, la Proposición de Ley Francesa del 9 de julio de 2010 reabrió el debate en torno a los daños punitivos.

El artículo 1386-25 del citado proyecto establecía que:

En los casos en que la ley disponga expresamente, cuando el daño resulte de una culpa delictual o de un incumplimiento contractual cometidos voluntariamente y que hayan producido un enriquecimiento de su autor que la sola reparación del daño no sea suficiente para eliminar,

¹⁷⁸ BORGHETTI, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 71.

el juez podrá condenar al autor del daño, mediante decisión motivada, además de a los daños y perjuicios en aplicación del artículo 138-22¹⁸⁰, a daños y perjuicios punitivos cuyo montante no podrá superar el doble del montante de los daños y perjuicios compensatorios.

Los daños y perjuicios punitivos serán, en la proporción que el juez determine, abonados respectivamente a la víctima y a un fondo de indemnizaciones cuyo objeto sea el de reparar daños similares al sufrido por la víctima. A falta de tal fondo, la proporción de los daños punitivos y perjuicios no atribuidos a la víctima se abonará al Tesoro Público¹⁸¹.

Las motivaciones y la interpretación de esta nueva propuesta estuvieron plasmadas en el *Rapport d'information* que la precedió. Cabe destacar algunos puntos, con fundamento en lo consignado en el *Rapport* y lo explicado por Ricardo De Ángel¹⁸², respecto al antiguo anteproyecto y a esta nueva propuesta.

En primer lugar, se reiteraba la función reparadora y la plena vigencia del principio de reparación integral en la Responsabilidad Civil. Por ello en principio la conducta del demandado no debía ser tenida en cuenta para la cuantificación de los perjuicios.

Sin embargo, se reconocía que en el derecho francés, en el campo de la Responsabilidad Civil, se tenía en cuenta la naturaleza de la conducta del demandado, pues en los casos donde era muy complicado calcular en términos económicos el perjuicio sufrido por la víctima, el juez podría tener en cuenta otros elementos que lo orientaran en su cuantificación, como la gravedad de la conducta del demandado (situación que, de igual forma, se presenta en España).

En segundo lugar, se exponía la importancia de corregir los ilícitos lucrativos, pues ellos suponen el jaque del sistema de Responsabilidad Civil, toda vez que el autor de la conducta dañosa, pese a causar un daño, recibe un provecho que no

¹⁸⁰ Se refiere a la función de los perjuicios: la reparación integral.

¹⁸¹ Traducción tomada de: DE ÁNGEL, *op. cit.*, p 198.

¹⁸² *Ibid.*, pp. 200 - 206.

alcanza a ser neutralizado por ninguna rama del derecho. Significa que el deber¹⁸³ de no causar daños en la sociedad se había transformado en una permisión de causar daños siempre y cuando se repararan (se debe recordar que por más ajustada que sea la reparación en términos teóricos, en términos prácticos la víctima no logra regresar al estado en que se encontraba antes del daño, por todas las implicaciones no solo económicas sino psicológicas que un daño puede causar y que los perjuicios no logran reparar).

En tercer lugar, el alcance de los daños punitivos se encontraba restringido al campo plasmado en la disposición y por ello, no se cobijaban otros supuestos, como los del derecho de propiedad intelectual. Además, el monto que podría concederse a título de daños punitivos se restringía a un tope máximo y su destinación no se limitaba exclusivamente al patrimonio de la víctima, sino que se ordenaba repartirse entre ella y un fondo para víctimas que buscara repararlas y, en caso de no existir el fondo, al Tesoro Público.

Se debe señalar que la concesión de los daños punitivos tal como estaba concebida en la norma, constituía una facultad del juez y no un deber, por ello, podían existir casos en los que a consideración del juez, en virtud de la discrecionalidad judicial, no se concedieran daños punitivos, pese a que se presentaran los supuestos descritos.

Por último, se previó que la imposición de la figura no se limitara únicamente al campo extracontractual, sino también al campo contractual, en los supuestos de cumplimiento defectuoso o con retardo.

Varios autores como Martín-Casals criticaron la propuesta, al manifestar que:

La utilización de los daños punitivos para absorber ganancias no solo parece un mecanismo desproporcionado, sino también inadecuado (...)

¹⁸³ Respecto a la existencia de este deber se presenta un debate entre diferentes sectores de la doctrina. Sin embargo, no se entrará en detalle sobre él, pues excede el objeto de estudio, basta entonces con reconocer que es un tema controvertido.

Aún más si se observa que la Proposición francesa comete un error que no cometía la norma paralela contenida en el Proyecto Catalá: al limitar el importe de la indemnización “punitiva” al doble del importe de la compensatoria hecha al niño con el agua de la bañera ya que, institucionalmente, la norma ya no servirá para su pretendida finalidad de absorber las ganancias cuando el importe de estas supere el duplo del daño causado¹⁸⁴.

Aunque las críticas al proyecto parecen razonables, vale destacar que el esfuerzo de Francia por incorporar los daños punitivos demuestra un cambio en la ideología tradicional, recelosa a las transformaciones, la cual se ha arriesgado a darle una proyección diferente a los daños punitivos.

Todas estas particularidades demuestran que los daños punitivos son un concepto variable que se adapta a las necesidades del país receptor y que está llamado a transformarse sin perder su forma y sentido.

Ahora bien, pese a que la proposición fue presentada a consideración del Senado francés, esta no ha sido incorporada en el ordenamiento hasta la fecha.

Con fundamento en las propuestas descritas, se puede entrever que en uno de los países más estrictos y apegados al principio de reparación integral, ha empezado a considerarse la incorporación de los daños punitivos en su sistema. Esta figura, que fue criticada con tanto entusiasmo y euforia, terminó siendo un deseo que aún no ha logrado ser alcanzado. Los argumentos que debaten la procedencia de los daños punitivos han evolucionado con el tiempo, y se puede considerar que hoy se está ante una discusión mucho más interesante a la que existía hace unos años. La misma realidad ha desafiado al rigor académico, al poner en evidencia las grandes falencias que puede generar el apegarse a una teoría que no refleja sus efectos en la práctica.

¹⁸⁴ Tomado de: DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 207.

Así, Francia ha limitado su pretensión de daños punitivos al campo de los ilícitos lucrativos, con la finalidad de arrebatarse al responsable el provecho obtenido con la conducta ilícita¹⁸⁵; mientras que la cultura anglosajona ha mantenido un espectro mucho más amplio, en el que la verdadera función ha sido la de sancionar al responsable. En este orden de ideas, lo cierto es que los daños punitivos tienen una definición volátil y no pueden restringirse a las concepciones generalizadas que se han desarrollado en el *Common Law*, tal como se evidenció en Estados Unidos, donde la evolución no se ha detenido por salirse de los parámetros y esquemas impuestos por los otros países del Common Wealth.

Además, Francia ha intentado dar inicio a la aceptación de la figura con este supuesto, pero se puede esperar que a medida que pase el tiempo expanda su alcance.

No obstante, el panorama actual es un poco desalentador respecto a la incorporación de la figura en el ordenamiento francés pues, tal como lo pone de presente Arturo Solarte, aunque recientemente, a través de la Ley 177 del 16 de febrero de 2015, el artículo 18 facultó al Gobierno francés para reformar el régimen de las obligaciones y contratos del Código civil, —~~no~~ se señala en el marco allí dispuesto sobre los daños punitivos ni sobre la restitución del beneficio”¹⁸⁶.

Con esto, se cierra la exposición de los daños punitivos en el derecho francés, la cual ilustra el panorama actual de los países del sistema civil y de forma general, plantea la situación que hoy atraviesa Francia, donde aún están presentes los aires de reforma, pero que al parecer, no todos están listos a aceptar, ni los mismos académicos han alcanzado una propuesta que satisfaga los intereses que se pretenden alcanzar con esta figura.

¹⁸⁵ Tal como fue expuesto al inicio del capítulo, en los países anglosajones se han utilizado otro tipo de daños para alcanzar esta finalidad, que propiamente tienen la función de restitución del provecho obtenido como los “*restitutory damages*”.

¹⁸⁶SOLARTE, *op. cit.*, p.38.

Se pasará a estudiar otro territorio que ha sido un gran representante de la familia Romano-Germánica: España.

3.2.3 ESPAÑA

A lo largo de los años, España se ha caracterizado por ser el foco de vastas construcciones doctrinales, no solo en materia de Responsabilidad Civil, sino también en relación con las demás áreas del derecho, lo cual ha terminado por influenciar en gran medida el desarrollo del sistema civil.

De igual forma, varios de los pronunciamientos judiciales de los países parte del sistema continental, como es el caso de Colombia, han fundamentado sus decisiones en el desarrollo teórico adelantado por los académicos españoles.

Así, en virtud del peso tanto doctrinal como jurisprudencial que ejerce el derecho español sobre el sistema civil, resulta pertinente entrar a indagar por su acercamiento respecto a la figura de los daños punitivos. Con lo anterior, se da inicio a un recorrido que abarcará las diferentes perspectivas de la doctrina, los preceptos legales con mayor repercusión, y la posición de la jurisprudencia respecto a los daños punitivos.

3.2.3.1 Las funciones de la Responsabilidad Civil

En un primer momento, cabe anotar que en España el debate en torno a las diferentes funciones de la Responsabilidad Civil es relativamente nuevo. El mismo tuvo sus comienzos en la década de los ochenta, y fue hasta los años noventa, con publicaciones íntimamente ligadas al *Common Law* y al Análisis Económico del Derecho, que alcanzó su auge en la doctrina española.

Dichas publicaciones, en aras de ampliar el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual y extenderlo más allá de la función compensatoria tradicional, han manifestado su aprobación respecto a una función preventiva. En consecuencia, la discusión sobre la ya existencia o posible inclusión de los daños punitivos al ordenamiento español ha sido de las más concurridas¹⁸⁷.

Ahora bien, la mayor parte de la doctrina española se adhiere a la teoría tradicional, la cual sostiene que las normas de responsabilidad extracontractual no juegan un papel preventivo ni punitivo, ya que las mismas se limitan a una función meramente compensatoria¹⁸⁸.

Lo anterior lleva consigo una premisa implícita, el rechazo de los daños punitivos por parte de la teoría tradicional, por considerarlos una figura que excede los límites de la función compensatoria propia de un sistema de responsabilidad. En palabras del autor español Salvador Corderch, “los Punitive damages no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso y gravemente negligente de un daño, por un importe varias –a veces, muchas- veces superior al de la indemnización puramente compensatoria”¹⁸⁹.

En consecuencia, se le deja al derecho penal la tarea de castigar al responsable, y se limita la función del derecho civil a reparar el daño sufrido por la víctima, tal y como lo establece el artículo 1092 del código civil español: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Así, autores como Fernando Pantaleón, con fundamento en dicho artículo, han sostenido que:

¹⁸⁷ DEL OLMO, Pedro. “Punitive Damages in Spain”, en KOZIOL y WILCOX, *op. cit.* p. 137.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 137.

¹⁸⁹ CORDERCH, Salvador. “Punitive Damages”, en *La Responsabilidad en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, No. 4, 2000, p. 140.

La función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria, de ahí sus rasgos: a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño. b) Es transmisible mortis causa a los herederos del responsable (artículo 105.1 CP). c) Es asegurable. d) Incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte. e) No existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable, ni es materia reservada a la ley orgánica¹⁹⁰.

En virtud de la anterior argumentación, Pantaleón¹⁹¹ afirma que la única función normativa de la responsabilidad extracontractual es de carácter compensatorio. Pese a que reconoce que en ocasiones es posible que esta responsabilidad pueda llegar a influenciar la conducta de las personas, al ser difícil distinguir si se está pagando una multa o reparando un daño y, en este sentido, lo único que le resulta evidente al responsable es que está perdiendo dinero, Pantaleón insiste que esta sería una función secundaria, prácticamente insignificante e improbable, que bajo ningún parámetro podría ser considerada como una función normativa de la responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, una minoría de la doctrina española, apoyada en los razonamientos del *Common Law* y el Análisis Económico del Derecho, asegura que a lo largo del ordenamiento jurídico español existen ciertos elementos punitivos, los cuales desempeñan un papel preventivo más que compensatorio. Así, dentro de los argumentos de carácter legal que soportan esta postura, se perfilan como los más influyentes la regulación de los derechos de la personalidad y las legislaciones concernientes a la propiedad intelectual. Las cuales, en palabras de Pedro del Olmo, continuamente se ven expuestas a dos problemas: —Cómo ponerles precio a

¹⁹⁰ PANTALEÓN, Fernando. "Artículo 1902", en *Comentario al Código Civil*. Madrid, Ministerio de Justicia, II, 1991, pp. 1971 - 2003.

¹⁹¹ Tomado de: DEL OLMO, *op. cit.*, p. 138.

los daños no patrimoniales y como distinguir entre las reglas de responsabilidad extracontractual y la ley de enriquecimiento injusto”¹⁹².

3.2.3.2 Manifestaciones de los daños punitivos en el ámbito regulatorio

En virtud de lo anterior, resulta pertinente entrar a exponer de forma breve aquellas regulaciones catalogadas por algunos como manifestaciones de los daños punitivos en el ordenamiento español, y a la vez, resaltar las opiniones encontradas que coexisten en la doctrina, con el ánimo de exponer el debate que entrañan los daños punitivos en la doctrina española.

3.2.3.2.1 *Manifestaciones en la Ley de protección civil al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen*

Uno de los argumentos legales comúnmente empleados por los defensores de los daños punitivos en el ordenamiento español, hace alusión al antiguo inciso 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 *de protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en virtud del cual se establecía:

La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

¹⁹² *Ibid.*, p. 141.

Con fundamento en este inciso, en especial de su último apartado, autores españoles han sostenido que el mismo versaba sobre una sanción civil, e incluso se han referido propiamente a los daños punitivos. A modo de ejemplo, Luis Rojo Ajuria al comentar el citado artículo afirma:

En fin, si no queremos recurrir a ficciones, y si deslindamos de nuevo los problemas lógicos, creo que es necesario plantearse si, además de la reparación de los daños patrimoniales y morales, no es conveniente introducir en este terreno, como sanción civil, los exemplary o punitive damages en relación con la responsabilidad (dolo o culpa grave) del causante del daño. Todas estas cuestiones merecerían un serio análisis teórico y empírico¹⁹³.

Lo que bien podría interpretarse como una invitación a la inclusión de los daños punitivos en el ordenamiento español.

Inclusive Yzquierdo Tolsada, quien se había mostrado renuente a la admisibilidad de los daños punitivos en el sistema español, junto con Vicente Arias Maíz, hace alusión a los criterios empleados al momento de calcular el monto de las indemnizaciones, concretamente al que tiene en cuenta el beneficio obtenido por el responsable, al indicar:

En efecto, llama poderosamente la atención con qué frecuencia se habla de que las normas que usan el criterio del beneficio obtenido por el infractor son manifestaciones más o menos directas de la presencia en nuestro Derecho de los daños punitivos. Reglero Campos dice que todas ellas constituyen «otra clara manifestación del carácter preventivo-punitivo de la responsabilidad civil». Y hasta puede haber algo de verdad cuando la ley se limita a introducir el criterio, no para ordenar la restitución del lucro, sino a modo de pauta o medida del perjuicio sufrido, como sucede en la Ley del Honor (...)¹⁹⁴.

¹⁹³ ROJO AJURIA, Luis. “La tutela civil del honor y la intimidad”, en *Actualidad civil*, No. 18, 1988, pp. 1073 - 1086.

¹⁹⁴ Tomado de: DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 81.

Fernando Reglero se ha erigido como uno de los grandes defensores de la función preventiva de la Responsabilidad Civil. A modo de una “responsabilidad civil extraordinaria” ha defendido la aplicación de los daños punitivos en el ordenamiento español, al sostener que:

Los “daños punitivos” estarían justificados cuando la conducta del dañante fuera particularmente intolerable, atendiendo a las circunstancias bajo las cuales acaeció el hecho dañoso, y fundamentalmente cuando se trate de conductas dolosas o de imprudencias gravemente temerarias, activas u omisivas, con independencia de los fines que se persigan (asunción por el sujeto de la alta probabilidad de causar el daño que acarrea su conducta, falta de adopción de las precauciones elementales para evitar el daño, etc.).

También hay otros casos en los que están justificados los daños punitivos. En particular en aquellos en los que, utilizando una terminología acuñada por teóricos del análisis económico del derecho, una “regla de propiedad” se convierte en una “regla de responsabilidad”. O, por decirlo de forma más general, cuando la causación del daño proporciona al dañante un beneficio mayor que la indemnización que debe satisfacer al perjudicado¹⁹⁵.

En este orden de ideas, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 ha sido el centro de grandes discusiones, desde postulados que apoyan y fundamentan su aplicación, hasta críticas que lo describen como “*un cúmulo de incongruencias*”, al existir ese impulso de categorizar, por lo menos en parte, las indemnizaciones de los daños en daños punitivos¹⁹⁶.

Pedro del Olmo¹⁹⁷, de forma clara, ha puesto de presente la tesis mayoritaria de la doctrina española: que el inciso 3 del artículo 9 no era más que un lugar en el que

¹⁹⁵ REGLERO CAMPOS, Fernando. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra, Editorial Aranzadi, Ed. 4, 2008, p. 74.

¹⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Madrid, Ed. Civitas, Tomo V, 2011, p. 315.

¹⁹⁷ DEL OLMO. *op. cit.*, pp. 142 y 143.

el derecho de daños convergía con la ley del enriquecimiento injusto, opinión que ha sido soportada con los siguientes argumentos:

(a) El artículo 9.3 al referirse a *“la gravedad de la lesión efectivamente producida”* como un criterio que debería ser tenido en cuenta para la tasación de la indemnización, acentúa el carácter compensatorio de la misma, al depender del daño sufrido por la víctima y no de la gravedad de la conducta del responsable.

(b) Cuando el legislador hace referencia al beneficio obtenido por el responsable, su intención es devolverle a la víctima el enriquecimiento injusto obtenido por el causante de la lesión, mas no castigar al responsable a modo de una sanción civil.

(c) Si el artículo 9.3 tiene por objeto la prevención, habría que reconocer que no es una norma muy bien diseñada. Esto es así porque una conducta altamente reprochable bien podría dar lugar a pagar una cantidad de daños relativamente pequeña, porque el monto de los daños depende del beneficio obtenido por el autor del daño y no de la gravedad de la conducta. En consecuencia, no necesariamente se tendrá que pagar una alta cantidad de daños, como una norma punitiva bien diseñada debe producir.

(d) Por último, una norma punitiva bien redactada debería tener en cuenta la riqueza del autor del daño, ya que esto podría influenciar mejor su comportamiento, y este no es el caso del artículo 9.3¹⁹⁸.

Tal y como lo afirma Ricardo de Ángel Yagüez¹⁹⁹, posiblemente como consecuencia de las críticas concebidas entorno a este precepto, por medio de la disposición final segunda de la Ley Orgánica del 22 de junio de 2010, de modificación del Código Penal, el inciso 3 fue eliminado del artículo 9.

Por otro lado, el texto del inciso 2 sufrió una pequeña modificación, al pasar a enumerar las medidas necesarias que podrán comprender la tutela judicial para

¹⁹⁸ Para más información véase: MARTIN-CASSALS, Miquel. “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO1/1982”, en ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1231 - 1273.

¹⁹⁹ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 61.

poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, dentro de las cuales se encuentra “la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos”. Así, comenta De Ángel Yagüez²⁰⁰ que se realizó una corrección bastante pertinente, puesto que pasa de hablarse de una “indemnización” del daño moral que comprendía el beneficio obtenido por el infractor, como se establecía en el inciso 3, a una tutela judicial que podrá comprender la apropiación del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en los derechos del perjudicado.

De igual forma, De Ángel Yagüez comenta que esta reforma ha sido el foco de varias críticas. Entre estas, la de Rodrigo Bercovitz²⁰¹, quien interpretó la incorporación de esta disposición, como la entrada de una figura tan problemática como es la de los daños punitivos al ordenamiento jurídico español; a la vez que propuso perseguir su mismo resultado a través de mecanismos más afines a la tradicional indemnización de daños y perjuicios del sistema español, como lo sería una valoración del daño moral que en ningún caso pudiera ser inferior, pero sí superior, al beneficio obtenido por el causante de la lesión.

Así, se da por terminada esta breve mención al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, cuyo propósito no era más que ilustrar a simple vista parte del debate que entraña la idea de los daños punitivos en el ordenamiento español.

3.2.3.2.2 Manifestaciones en la Ley de propiedad intelectual

A continuación, se entrará a indagar por otra de las legislaciones que mayor controversia suscitan dentro del territorio español: la relativa a la estimación de los daños en materia de propiedad intelectual, catalogada por muchos como un

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 61.

²⁰¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo. *La dignidad de las víctimas de delitos*. Madrid, Ed. Arazandi, No. 6, 2010, pp. 11-14.

ejemplo concreto de la presencia de los daños punitivos en la regulación española, al ser posible encontrar en ella apartados específicos que desbordan los límites de la reparación integral. Análisis que estará basado en la recopilación hecha por Pedro del Olmo²⁰² sobre el papel de los daños punitivos en el contexto doctrinal y legal español, y que se desarrollará a partir del estudio de normas puntuales, que si bien no agotan el tema, si logran aportar cierta claridad respecto al panorama español en relación con la figura.

Hasta el año 2006, existía en el ordenamiento jurídico español un *triple método para la evaluación de los daños* en el derecho de propiedad intelectual, comprendido en la Ley de Patentes (LP) y en la Ley de Marcas (LM) aprobadas en los años ochenta, y tiempo después, en la más reciente Ley de Protección Jurídica de Diseño Industrial (LPJDI). Las tres legislaciones empleaban este método específico para determinar la suma que le correspondía a la víctima en virtud de los daños causados en sede de propiedad intelectual.

Sin embargo, el 5 de Julio de 2006 estas tres regulaciones (LP, LM, LPJDI) se reformaron para derogar el denominado triple método, el cual será explicado a continuación. Así, pese a que esta técnica no se encuentra vigente en la actualidad, será tenida en cuenta en la presente exposición por su incidencia en el debate en torno a las funciones de la Responsabilidad Civil del derecho español.

El triple método para la evaluación de los daños consistía en una técnica para medir *“la ganancia dejada de obtener”*, es decir, el lucro cesante del propietario de los derechos vulnerados, bien se tratará de una patente o de una marca. En este sentido, se dejaba por fuera el cálculo del daño ya causado, o dicho en otros términos, el daño emergente.

Así las cosas, en la norma se establecía que, para fijarse la indemnización por daños y perjuicios, el perjudicado podía elegir entre los tres siguientes criterios:

²⁰²DEL OLMO, *op. cit.*, pp. 144-147.

(a) Por los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor.

(b) Por los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado.

(c) Por el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho.

Sin lugar a dudas lo anterior fue motivo de grandes discusiones, toda vez que no resultaba claro el papel de la culpa en esta clase de planteamientos, su compatibilidad con la ley del enriquecimiento injusto ni la complejidad de determinar cuáles eran los requisitos previos y las consecuencias de la aplicación de esta norma contenida tanto en la LP como en la LM.

Autores definieron el criterio del inciso (a) como un lucro cesante, en consecuencia, el mismo se encontraba dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual. Mientras que los otros dos criterios fueron el foco de no pocas discusiones, toda vez que parte de los estudiosos del derecho²⁰³, los interpretaron como formas de tasar un enriquecimiento injustificado, ubicándolos entonces dentro del ámbito de la ley del enriquecimiento sin causa. Contrario a lo que otra parte de la doctrina interpretó como una manifestación de los daños punitivos en la legislación española, al tomar como criterios para la indemnización, elementos ajenos a la finalidad de reparar el daño netamente causado al perjudicado.

Díez-Picazo pone de presente que en la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) en vez de establecerse un triple método para la tasación de los perjuicios, se utilizaba un —~~do~~ método”, al dejar por fuera el criterio respecto a los beneficios que el infractor hubiera obtenido con la explotación indebida de los derechos de autor.

²⁰³ DÍEZ-PICAZO, Luis. “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en DE LA CAMARA, Manuel y DÍEZ-PICAZO, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid, Ed. Civitas, 1988, pp. 15 - 137.

No obstante, el autor le atribuyó a la LPI esta misma dualidad, al contener un método para la evaluación de los perjuicios en virtud del cual el perjudicado podía hacer una elección entre el lucro cesante y el precio que el infractor hubiera tenido que pagar de efectuarse la autorización conforme a derecho, al interpretar este último como la restitución de un enriquecimiento injustificado.

Ahora bien, lo anterior no bastó para que la norma de la LPI no fuese objeto de críticas, y respecto a la opción que hacía alusión al precio de la licencia hipotética que debía ser pagada por el infractor, la doctrina no dudó en presentar varios argumentos en contra. Pedro del Olmo²⁰⁴ hace alusión a varios de estos, entre los cuales se encuentra que dicho precio de la licencia no era más que una evaluación abstracta de los daños, lo que probablemente no resultaba consistente con la idea de una cláusula general, como lo plantea el sistema de responsabilidad extracontractual español. Una de las acotaciones más frecuentes fue la del propósito de esta opción de luchar en contra del criterio restrictivo de los tribunales españoles al momento de conceder la pérdida de beneficios dentro del concepto de daños y, en un segundo momento, de ayudar al demandante a soportar la carga de la prueba.

Al continuar con la misma línea de análisis de Pedro del Olmo²⁰⁵, resulta pertinente hacer alusión a la Ley 19/2006, en virtud de la cual se establece una nueva evaluación de los daños en los derechos de propiedad intelectual e industrial, al modificar las normas sobre la materia en la LP, LM, LDJDI y LPI. Ahora, al momento de evaluar los daños causados por una infracción a los derechos de propiedad intelectual, el perjudicado podrá hacer una elección entre:

(a) Las consecuencias económicas negativas, incluyendo el lucro cesante sufrido por el perjudicado y los beneficios obtenidos por el infractor a través de la explotación injusta.

²⁰⁴ DEL OLMO, *op. cit.*, p. 146.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 147.

(b) La suma de dinero que el perjudicado hubiese recibido si el infractor hubiera pedido la autorización para hacer uso del derecho de propiedad intelectual en cuestión.

La doctrina española ha afirmado que la opción (a) le permite al perjudicado optar por los beneficios obtenidos por el infractor de dicho derecho, con el ánimo de ayudarle al demandante a probar la pérdida de los beneficios que sufrió, al entender que el perjudicado hubiese podido lograr los mismos beneficios que el infractor en caso de haber podido explotar su derecho, lo cual resulta acorde con la función compensatoria de la responsabilidad extracontractual.

Lo anterior más allá de aligerar la carga de la prueba del demandante, bien podría interpretarse como una presunción de derecho a favor del mismo, toda vez que bastaría con que el perjudicado elija esta opción para que le sean concedidos sus beneficios, sin necesidad de probar que efectivamente su ganancia reportada hubiese sido la misma obtenida por el infractor a través de la explotación injusta de su derecho.

Sin embargo, al analizar esta opción, resulta cuestionable la presencia de un matiz de los daños punitivos en la misma, toda vez que se hace alusión a los beneficios obtenidos por el infractor con la explotación injusta, lo cual al momento de tasar la indemnización podría superar la suma que a título de reparación de los daños se le concedería al perjudicado.

En cuanto a la opción (b), se ha asegurado que el supuesto se refiere a un enriquecimiento injusto. En consecuencia, las acotaciones entorno a dicho criterio han sido las mismas que las del método triple. Sin embargo, sí han salido nuevos contraargumentos a relucir, principalmente aquel que hace referencia a que no necesariamente en todos los casos se presenta un empobrecimiento correlativo por parte de la víctima, lo que impide la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa.

Por otro lado, tal y como lo hace Pedro del Olmo en su análisis sobre las legislaciones en materia de propiedad intelectual, resulta acertado hacer alusión a dos artículos en particular, los cuales han sido categorizados por defensores de los daños punitivos en el ordenamiento español como ejemplos de la figura y que, por lo tanto, han tenido una gran incidencia en el debate en torno a las funciones de la responsabilidad:

(1) El artículo 43.5 de la LM establece que:

El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el uno por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.

Respecto a esta disposición, parte de la doctrina ha defendido la tesis de que ella se refiere a una manifestación de los daños punitivos, toda vez que la cuantía de la indemnización supera el monto necesario para reparar el daño sufrido por la víctima, en virtud de que el perjudicado tendrá derecho al uno por ciento de la suma de los negocios adelantados por el infractor. Por el contrario, otros autores²⁰⁶ han afirmado que el único propósito de este artículo es el de aliviar la carga de la prueba del demandado.

(2) El artículo 44 de la LM al referirse a las “indemnizaciones coercitivas” dispone que: —“Cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia”.

²⁰⁶DEL OLMO, *op. cit.*, p. 148.

El citado artículo ha sido interpretado por varios autores como una sanción, que en vez de ser pagada al estado, le es pagada a la víctima, sin atribuirle el carácter de daño con una finalidad reparadora y mucho menos, de daño punitivo. Mientras que otros lo han entendido como una herramienta que bien podría cambiar la tesis tradicional de las funciones de la responsabilidad extracontractual, al entender que lo que verdaderamente plasma la norma son daños punitivos de forma tácita.

Así, se deja en evidencia que el debate en torno a las funciones de la Responsabilidad Civil está lejos de ser zanjado entre los estudiosos del derecho español, debido a que abundan las interpretaciones encontradas respecto a estas normas, algunas en pro de una función preventiva y sancionatoria del derecho de daños, y otras confinadas a una función meramente compensatoria, que se escudan en la aplicación del enriquecimiento sin causa más allá de toda duda razonable. Ahora bien, es importante aclarar que lo descrito se refiere a manifestaciones concretas de daños punitivos, se trata de normas particulares y no reglas generales.

3.2.3.3 Posición de la jurisprudencia española

Por último, corresponde analizar la postura de la jurisprudencia española respecto a este debate. Así, De Ángel Yagüez en su acápite de declaraciones jurisprudenciales, al dar inicio a dicha exposición, afirma que:

La jurisprudencia sigue un criterio, por así decirlo tradicional, esto es, el de que la obligación de reparar a la que se refiere el artículo 1902 del Código Civil no va más allá de la satisfacción de los daños y perjuicios realmente (y probadamente) sufridos por la víctima. Y no faltan sentencias que expresamente aluden a la improcedencia de una indemnización que tenga cabida en el estricto sentido de daños punitivos. Cosa distinta,

desde luego, de la “absorción” de las ganancias o beneficios obtenidos por el agente como consecuencia de la comisión de un ilícito civil²⁰⁷.

A modo de ejemplo, el autor cita varias de las sentencias proferidas por el Tribunal Supremo, las cuales dan fe de la posición tradicional de la jurisprudencia española. En tal sentido, resulta pertinente hacer alusión a algunos de dichos pronunciamientos:

En Sentencia de 19 de diciembre de 2005, en un caso respecto a un contrato de agencia, la Sala declaró:

Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual no hay que aplicar, ciertamente el artículo 1106 CC, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (Sentencias de 26 de noviembre de 1994, de 13 de abril de 1987, de 28 de abril de 1992), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982, de 2 de abril de 1997), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados “daños punitivos” ni tiene ahora función la idea de una pena privada. (Subrayado fuera del texto)

En Sentencia de 22 de noviembre de 2010, en un caso referente a la intromisión ilegítima en el derecho al honor y en el derecho a la intimidad, el Tribunal Supremo proclamó que:

(...) es la propia existencia del Ordenamiento, y en lo que aquí interesa la LO 1/1982 de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, la que sirve de instrumento de prevención general frente a los ataques o vulneraciones a tales derechos,

²⁰⁷ DE ÁNGEL, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

sin que en nuestro sistema se prevea un sistema de actuación particularizada contra el autor de dichos ilícitos, como tampoco la indemnización por daño moral tiene que ver con los daños punitivos del derecho anglosajón.

El Tribunal Supremo profirió una sentencia del 12 de enero de 2009, la cual versaba sobre una demanda presentada por una sociedad estadounidense (U.S) en contra de Don Ángel Jesús. La demandante U.S. y una sociedad española (T.G.) en sede de un contrato de participación con otra sociedad española (P.B), habían establecido la opción de transferirle a Don Angel Jesús un porcentaje de la participación de T.G. en P.B, siempre que Don Ángel Jesús cumpliera con una determinada actuación. En dicho contrato se acordó que la legislación aplicable sería la española y que de presentarse algún conflicto se acudiría a los Tribunales de Barcelona.

Pese a lo anterior, en 1997 Don Ángel Jesús presentó ante los Tribunales de Florida una demanda en contra de U.S. y otros, en la que requería 455 millones de dólares, más intereses y costas. Esta demanda fue desestimada, así como su apelación. En consecuencia, U.S. reclamó ante los tribunales españoles la cuantía de los gastos ocasionados en virtud del litigio que tuvo lugar en Estados Unidos, cuyo importe ascendía a la suma de \$139.186.072 pesetas, además de invocar la mala fe del demandado, quien había pretendido una condena en el territorio norteamericano por daños punitivos.

Luego de pasar por el Juzgado de primera instancia, quien desestimó la demanda, y posterior recurso de apelación por parte de U.S; el Tribunal Supremo admitió la casación, y condenó al demandado a la cantidad de euros que equivalían US \$869.912,95, al calificar como culposa y de mala fe la actuación de Don Ángel Jesús, por incumplir con la cláusula de ley aplicable y fuero competente del contrato.

Ahora bien, respecto a la solicitud de condena de daños punitivo presentada por Don Ángel Jesús ante los Tribunales de Florida, la Sala Primera del Tribunal Supremo afirmó que:

Desde esta perspectiva, la elección de Derecho aplicable y del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual, habida cuenta de que la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos, admisibles en el derecho de Estados Unidos de América), y apunta a una valoración de las costas procesales por honorarios de abogado de muy distinto alcance (...).

Así, una vez más, el Tribunal Supremo enfatizó la ausencia de los daños punitivos en el ordenamiento español.

Finalmente, en aras de dar por terminado este acápite, es concierne hacer una breve mención a la aplicación por parte de la jurisprudencia española del denominado “*principio de proporcionalidad*”²⁰⁸ al momento de tasar los daños morales. Toda vez que este ha buscado ponerle fin a las garrafales disparidades del panorama judicial, que disfrazan como una indemnización de daños morales, lo que realmente resulta ser una condena por daños punitivos.

El origen del principio de proporcionalidad se remonta al Derecho constitucional y tiene por destinatarios a la totalidad de los poderes públicos, incluidos los tribunales ordinarios en su función de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

En palabras de De Ángel Yagüez, la expresión de la —proporcionalidad” debe consistir en que la cuantía de la indemnización no se aleje sensiblemente, en cada caso, del montante de las condenas que para daños del mismo género (es

²⁰⁸ Para más información véase: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Edición tercera, 2007.

decir, no necesariamente similares) se hubiese establecido en un número significativo de resoluciones judiciales anteriores. Así, proporcionalidad y razonabilidad vuelven a acercarse o a ser la misma cosa. (...)”²⁰⁹. En este sentido, al momento de aplicarse dicho principio, el concepto de “comparación” sale a relucir, toda vez que los tribunales harán uso del mismo en relación con otras resoluciones, en busca de cierta consistencia en la evaluación de los daños.

Sin embargo, luego de exponer el principio, resulta cuestionable su finalidad inicial, debido a que este también podría interpretarse como un impedimento al debido cumplimiento del principio de reparación integral, toda vez que los jueces al momento de fallar, se deberán guiar por cierta proporcionalidad que bien podría influir en sus decisiones, y en este sentido, conceder sumas que no logren indemnizar plenamente a la víctima en el supuesto concreto.

En todo caso, la tendencia de la jurisprudencia española ha estado encaminada a limitar el alcance de las indemnizaciones en cierto tipo de daños. Así, según lo expuesto por Reglero Campos²¹⁰, un ejemplo que pone en evidencia dicha situación, además de lo ya plasmado, es la Ley 8/1995 referida al sistema de valoración de daños corporales en relación con la responsabilidad y seguro en la circulación de vehículos de motor, la cual establece un baremo para la cuantificación de los perjuicios corporales, recientemente modificada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, “*de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*”.

Aunque en principio el ámbito de aplicación de esta disposición se limitaba únicamente a los casos de circulación de vehículos de motor, en los últimos años su alcance se ha expandido a otras áreas, en las que se presentan daños corporales, tanto en la jurisdicción civil como en otras jurisdicciones.

²⁰⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, p. 93.

²¹⁰ REGLERO, *op. cit.*, pp. 449 - 454.

Así, pese a que ciertas sentencias²¹¹ se han mostrado renuentes a la aceptación de este baremo como un principio general que rijan la cuantificación de los perjuicios y ha sido catalogado únicamente como un criterio útil para la valoración, mas no una restricción conforme a la evaluación económica de este tipo de daños; en otras sentencias²¹² más recientes ha aplicado en sentido estricto el baremo consagrado en la norma previamente citada.

Aun cuando la posición del Tribunal ha resultado contraria en diferentes decisiones, el consenso al que se ha llegado es que sea utilizado como un “medio analógico y aproximatorio para la determinación de la indemnización”. Respecto de esta figura cabe resaltar la tendencia española de limitar los perjuicios a un esquema predeterminado, en este caso con un baremo, lo que muchas veces termina por ir en contra del principio de reparación integral a favor de la víctima, al predisponer a los jueces a cierto monto en materia de daños sin analizar a profundidad el caso concreto.

En este sentido, la finalidad de estas disposiciones ha sido la de evitar que los jueces impongan cuantías que tengan como propósito sancionar al responsable y que para su cuantificación tomen en cuenta la gravedad de la conducta del demandado. Sin embargo, con esto se ha perdido el sentido de lo que realmente se buscaba, pues la incorporación del baremo en el ordenamiento español y del principio de proporcionalidad, han posibilitado la vulneración del principio de reparación integral al coartar la discrecionalidad judicial, luego de que era justo está la situación que se pretendía evitar con la prohibición expresa y tacita de los daños punitivos.

Con esta exposición del panorama español se entiende por terminada esta etapa del estudio, la cual pretendía exponer de forma general, el alcance de la aplicación de los daños punitivos en el *Civil Law*, con uno de sus grandes exponentes:

²¹¹Para más información véase: STS de 20 de junio de 2003 (RJ 2003, 4250), SSTS de 22 de julio de 2004 (RJ 2004, 6630) y 2 de mayo de 2006 (RJ 2006, 919).

²¹² Para más información véase: STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8136).

España. Exposición que permitió entrever que la figura de los daños punitivos no ha sido plenamente aceptada en este territorio, al encontrar que su discusión presenta más posturas en contra que a favor, y que expresamente la jurisprudencia ha manifestado su ausencia en el ordenamiento.

Hasta aquí se tiene ya una perspectiva global de las concepciones de los daños punitivos tanto en el derecho común como en el derecho continental. Con ello, se buscaba exponer los inicios, rasgos característicos, posiciones de la doctrina, manifestaciones legislativas y declaraciones jurisprudenciales respecto a la figura, además de las peculiaridades que tienen lugar en el debate sobre las funciones de la Responsabilidad Civil extracontractual.

Aunque las posturas son diversas, y no hay consenso de lo que puede ser llamado de forma uniforme daño punitivo, lo cierto es que la evolución de la figura ha tenido alcances hasta en el derecho continental. Con los dos exponentes de esta familia, se evidencia que aún existe cierto recelo frente a los daños punitivos, pero movimientos progresistas asentados en la doctrina, en los últimos años, han llamado a un cambio, que logre satisfacer las necesidades actuales, pese a que el marco teórico sufra alteraciones. Por ello, no sorprendería que en pocos años, el análisis adelantado en este trabajo quede desactualizado con la incorporación de la figura en los dos países mencionados.

3.2.4 ACERCAMIENTO A UNA DEFINICIÓN

Queda entonces, construir una definición de daños punitivos que abarque las diferentes variables que se han manifestado a lo largo del trabajo. Los daños punitivos, desde un esquema general, satisfacen una función preventiva y sancionatoria de la Responsabilidad Civil, e incluso algunos han llegado a afirmar que tiene fundamento en su función reparadora, toda vez que cuando la conducta del demandado entraña una gran malicia y un claro desinterés por el derecho

ajeno, la cuantía impuesta a título de perjuicios compensatorios no logra reparar de forma integral a la víctima.

Los mismos pueden presentarse tanto en el ámbito contractual como extracontractual, sin embargo, se han caracterizado por manifestarse en este último. La cuantía impuesta a título de daños punitivos puede ser otorgada parcialmente a la víctima y al Estado o exclusivamente a uno de ellos. Dicha suma puede ser fijada en el proceso en el que se establece la responsabilidad y los perjuicios a favor de la víctima o en un proceso posterior que depende de la suerte del proceso de responsabilidad y de la cuantía impuesta a título de perjuicios compensatorios.

En algunos casos, los daños punitivos han sido utilizados para arrebatarle al demandado el provecho obtenido con el ilícito cometido, no obstante, varios autores han resaltado que esta no debería ser su función, pues para ello existen otros mecanismos, como los presentes en el *Common Law*: los *“restitutory damages”*. En todo caso, los países del *Civil Law* se han ocupado de dicho asunto y parte de la doctrina ha concluido que son propiamente los daños punitivos el mecanismo aplicable a estos supuestos.

Las cuantías fijadas a título de daño punitivo están sometidas a grandes restricciones y generalmente se busca establecer una proporción entre los valores concedidos a título de perjuicios compensatorios y los montos impuestos por daños punitivos. Además, se ha buscado impedir que el demandado sea sancionado dos veces por la misma conducta, por ello, cuando en un caso se imponen sanciones penales, disciplinarias o administrativas, las mismas se tienen en cuenta para reducir la cuantía de los daños punitivos o para que simplemente no sean concedidos.

Por otro lado, cabe resaltar que es una figura de carácter excepcional, que no requiere que el demandado haya actuado con dolo como muchos han interpretado, pues aunque se requiere que la conducta evidencie malicia, abuso o

desinterés por el derecho ajeno, puede no ser “atencional”, siempre que se demuestre que aunque el agente no conocía de las consecuencias que traería su conducta, sí conocía que estaba creando un riesgo y no se interesó por consultar las repercusiones que este podría traer.

En ciertos territorios los daños punitivos han sido restringidos y condicionados a supuestos específicos en aras de limitar su alcance, y pese a que existe un temor manifiesto a su imposición y a las cuantías a las que pueden llegar a ascender, hoy se ratifica su vigencia en el derecho común, con el propósito de mantener un equilibrio económico y social, que permita cobijar parte de los vacíos dejados por las figuras que integran la Responsabilidad Civil.

Son muchas otras las particularidades que giran en torno a los daños punitivos, que a efectos del presente estudio no resulta necesario mencionar. Así, bastará con señalar algunas de ellas para evidenciar la volatilidad del concepto.

Ahora se dará paso a analizar la figura del daño punitivo en el territorio colombiano.

3.3 EL DAÑO PUNITIVO EN COLOMBIA

Antes de iniciar cualquier desarrollo en relación con este aspecto, es necesario aclarar que los daños punitivos en Colombia no existen como una figura autónoma, ni han sido reconocidos expresamente por el legislador, ni por la jurisprudencia.

Aunque el subtítulo parece ser un poco pretensioso, lo que se busca no es controvertir una afirmación compartida por prácticamente la totalidad de la doctrina: hasta la fecha, los daños punitivos no existen en Colombia; sino más bien analizar varias áreas: las diferentes opiniones y postulados que se han gestado entre los estudiosos del derecho, la posición de la jurisprudencia y las

manifestaciones presentes tanto en la legislación como en los fallos de los jueces, que evidencian una función sancionatoria de la Responsabilidad Civil y que podrían llegar a ser considerados “juicios” del daño punitivo.

3.3.1 FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

En Colombia tiene plena vigencia el principio de reparación integral²¹³, tomado del sistema francés, el cual conserva las mismas dimensiones previamente expuestas. En palabras de Juan Carlos Henao: —**S** debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño”²¹⁴. Este postulado evidencia la jerarquía y supremacía de la función reparadora respecto a las demás en el sistema colombiano, si es que puede llegar a reconocerse la existencia autónoma de una función preventiva o si simplemente es tratada como una consecuencia secundaria de la Responsabilidad Civil y ni hablar de la función punitiva o sancionatoria, que ha sido catalogada como una función exclusiva del derecho penal, fiscal y administrativo.

Pese a las diversas críticas y la todavía consolidada y defendida teoría clásica, el ambiente en la doctrina ha cambiado. Como fue expuesto en el segundo capítulo, algunos autores colombianos, como Carlos Ignacio Jaramillo, Nicolás Polanía, Jesús Alberto Buitrago y Sergio Rojas, han aceptado abiertamente una función preventiva de la responsabilidad, e inclusive la misma legislación ha reconocido la existencia de dicha función a partir de tres figuras: el daño contingente, el acto ilícito continuado y el principio de precaución, desarrolladas en el capítulo anterior.

²¹³Pese a que hasta el momento esta afirmación únicamente será sustentada a partir de la definición de reparación integral expuesta por Henao, más adelante en el texto, se desarrollará un capítulo en torno a la incidencia del daño punitivo en el principio de reparación integral. Allí podrá evidenciarse el arraigo a este principio por parte de la doctrina clásica, con grandes exponentes como Javier Tamayo.

²¹⁴ HENAO, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1998, p. 45.

Por otro lado, la función sancionatoria de la Responsabilidad Civil continúa siendo rechazada por la mayoría de la doctrina, sólo unos pocos (incluidos los tres últimos autores previamente nombrados) han defendido la función punitiva de la responsabilidad y hasta se han atrevido a hablar de las bondades de los daños punitivos.

No obstante, la función punitiva de la Responsabilidad Civil ha sido aceptada por autores muy influyentes como Adriano de Cupis²¹⁵, pero en un contexto ajeno a los daños punitivos. Así, el autor afirma que aunque la función exclusiva de la Responsabilidad Civil es la función reparadora, la indemnización constituye por sí sola una sanción:

—Sirembargo, aun siendo su fin meramente reparatorio, el resarcimiento en sí mismo viene a constituir una sanción, impuesta al responsable de la lesión injusta de un interés gravando con tal consecuencia desfavorable la violación de su norma protectora. Sería artificioso separar la violación del derecho de daños, para negar que el resarcimiento, concerniendo al daño, sea una sanción”²¹⁶.

Esta postura deja entrever una apertura por parte de la doctrina tradicional a la función sancionatoria de la Responsabilidad Civil. Al reconocer que aunque el fin de la indemnización es exclusivamente reparador, ella implica una sanción para el responsable, pues grava la conducta dañosa con la imposición de una cuantía por la violación de una norma jurídica, lo que implica aceptar la presencia de sanciones en la esfera de la responsabilidad.

Jesús Alberto Buitrago²¹⁷ no solo acepta que la Responsabilidad Civil ostenta una función sancionatoria, sino que aboga por la incorporación de los daños punitivos en el contexto colombiano. El autor expone el fin que persigue esta figura y al desarrollar las diferentes esferas en las que el daño punitivo tiene incidencia,

²¹⁵ DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la Responsabilidad Civil*. Barcelona, Bosch, 1996, p. 751.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 751.

²¹⁷ BUITRAGO, *op. cit.*, pp. 39 - 48.

afirma que las funciones que satisface no se limitan únicamente a la prevención y a la sanción.

En primer lugar, considera que protege a la sociedad, pues según él, si la responsabilidad no solo se ocupa de restablecer el desequilibrio económico generado con el daño, sino que además toma las medidas para disuadir la conducta del responsable y sancionarlo, en la comunidad se producirá un estado de tranquilidad y confianza en el sistema, traducido en bienestar, situación que legitimaría el ordenamiento jurídico.

Y en segundo lugar, protege al mercado, pues la imposición de sumas a título de daños punitivos en el *Common Law*, ha favorecido la libre competencia. Esta función tiene incidencia en los dos agentes de mercado: los comerciantes y productores, y los consumidores.

Por un lado, los productores y comerciantes, en virtud de la función disuasiva que cumplen los daños punitivos, procuran no incurrir en prácticas de competencia desleal y en la producción de bienes que representen un riesgo más allá del razonable para los consumidores.

Por otro lado, cuando una empresa no tiene en cuenta las medidas necesarias de seguridad y prevención, puede rebajar el costo de sus productos, lo que los hace más atractivos para los consumidores, y a la vez más problemáticos, por ser productos menos seguros que pueden causar mayores daños en sociedad. La condena a título de daños punitivos, le impone a este tipo de empresas un costo adicional, que probablemente tendrán cubrir con un incremento en el precio de sus productos, lo que ya no resultaría atractivo para los consumidores, pues tendrían prácticamente el mismo costo que el de las otras empresas que si tienen en cuenta las medidas de seguridad necesarias. Así, el consumidor consciente de que el producto de la primera empresa podría causar mayores daños en la sociedad, se inclinará por adquirir el producto de las otras empresas, cuyo costo será muy similar.

Buitrago²¹⁸ resalta que, de igual forma, la Responsabilidad Civil tiene la función de regular las conductas desplegadas en sociedad como sistema que integra el ordenamiento jurídico, función que ha sido en algunos casos olvidada y en otros ignorada por la doctrina.

Desde esta concepción se postula la idea expuesta por Lorenzetti²¹⁹, mediante la cual se debe integrar una perspectiva individual y comunitaria en el derecho en general y en la Responsabilidad Civil en particular, pues –al falta de una perspectiva pública hace que todos los problemas pretendan ser solucionados mediante el mecanismo de la responsabilidad civil”²²⁰. Por ello, el sistema debe dirigirse a la protección no solo de intereses individuales, sino también públicos, que maximicen el bienestar en la sociedad, en aras de que la función de la responsabilidad no se limite a una perspectiva individualista, sino colectiva, que abogue por el interés social.

3.3.2 POSICIONES DOCTRINARIAS RESPECTO A LOS DAÑOS PUNITIVOS²²¹

La doctrina colombiana no se ha mostrado muy receptiva a esta nueva conceptualización de la Responsabilidad Civil²²². Autores emergentes como Orjuela²²³, se han atrevido a tratar el tema de los daños punitivos, pero desde una postura tradicional de la responsabilidad. La autora ha diferenciado la función que

²¹⁸ *Ibid.*, p. 55.

²¹⁹ LORENZETTI, L. Ricardo. “El paradigma protectorio”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo, Tomo I*. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2011, pp. 1311 - 1327.

²²⁰ *Ibid.*, p. 1317.

²²¹ Debido a que a lo largo del trabajo se ha reconstruido este panorama a nivel internacional, con diferentes autores que representan la diversidad jurídica, en este acápite se citarán los conceptos de autores colombianos en su mayoría, en aras de evidenciar la discusión del tema en la doctrina colombiana, sus similitudes con los planteamientos internacionales y sus particularidades.

²²² Únicamente se hará mención de tres de los autores que han sostenido esta postura, pues es la acogida por la tesis tradicional de la responsabilidad y constituye la posición mayoritaria.

²²³ ORJUELA CASTAÑEA, Ana María. *Daño punitivo en Colombia*. Bogotá, Universidad de la Sabana, Instituto de Posgrado Responsabilidad Civil y del Estado, 2012, p. 9.

desempeñan la sanción civil y la sanción penal en el derecho. La primera, a su consideración, lo que pretende es indemnizar o reparar a la víctima, mientras que la segunda pretende sancionar. En consecuencia, el incrementar la suma por concepto de reparación, a título de daños punitivos, constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima y perfilaría un asalto por parte de la responsabilidad de las funciones que le corresponden al derecho penal, pues es este último y las normas del consumidor, quienes deben alcanzar los objetivos buscados con los daños punitivos.

Autoras como Laura Victoria García y María Carolina Herrera, en refuerzo de la postura de Orjuela, han manifestado que: “En Colombia el sistema jurídico, tanto en materia constitucional como en civil y penal, resulta incompatible con la institución de los daños punitivos, en la medida en que la legislación en materia de responsabilidad parte de un principio indemnizatorio, que rechaza de base la posibilidad de que el juez civil llegue a penalizar al autor del daño y sobrepase los límites de los perjuicios materiales y morales efectivamente ocasionados”²²⁴.

Pese a que esta es la posición mayoritaria de la doctrina colombiana en relación con el daño punitivo, otros autores han asumido una postura contraria y han planteado la posibilidad de que el derecho civil y específicamente la Responsabilidad Civil, cumpla una función sancionatoria a través de penas privadas.

Jesús Alberto Buitrago por ejemplo, afirma: —Los expertos, ya no civilistas, sino los propios penalistas aconsejan que el efecto intimidatorio no hay que buscarlo sólo a través del Derecho Penal y que para ello se debe recurrir a otras instancias de

²²⁴ GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria y HERRERA LOZANO, María Carolina. “El concepto de los daños punitivos o *punitive damages*”, en *Estudios Socio-jurídicos*, Vol. 5, Núm. 1, Universidad del Rosario, 2003, p. 228.

control social. Podría considerarse algunos factores económicos y sociales que prestarían mayor utilidad a la comunidad”²²⁵.

Aunque en la cita anterior el autor no se refiere propiamente a los daños punitivos, si manifiesta que en las diferentes áreas del derecho deben existir otras figuras que desempeñen un papel sancionatorio o “intimidatorio” para alcanzar la prevención y disuasión de conductas dañosas, pensamiento que al ser cotejado con otros de sus escritos, permite concluir que esta función podría manifestarse en la Responsabilidad Civil, a través del daño punitivo.

Buitrago, pone de relieve la existencia de una función preventiva y regulatoria de la Responsabilidad Civil, y a partir de este postulado asegura:

Lo anterior genera dos consecuencias trascendentes: por una parte, la necesidad de que se realice una aplicación consciente, a cargo de la judicatura, de la figura del daño punitivo o sanción civil en nuestra cultura jurídica con todas sus consecuencias y vicisitudes y, para lo cual deberá determinar, entre otros aspectos, cuales son los casos similares a los expuestos en estos capítulos, merecedores de sanción civil. Por otra parte, el legislador deberá establecer los topes o baremos que dichas sanciones deben tener, con el objeto de garantizar que no se presenten excesos e la condena por tales conceptos”²²⁶.

Esta postura puede ser considerada como una de las más arriesgadas y osadas, al reconocer una necesidad imperante respecto a la aplicación de la figura de los daños punitivos en el ordenamiento colombiano.

Por otro lado, Mónica Rodríguez pone de manifiesto que; -en ese orden de ideas, nos adherimos completamente a la posición de Starck para quien el derecho civil complementa al derecho penal puesto que el segundo no puede cumplir

²²⁵BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto. “Derecho de daños y opinión ciudadana”. Tomado de: BENAVIDES, María Ximena y BUENDÍA, Marcelo. *El daño punitivo a la luz de la responsabilidad por violaciones a la propiedad intelectual en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos*. Bogotá, Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana, 2014, p. 62.

²²⁶BUITRAGO, *El daño punitivo. op. cit.*, p. 355.

totalmente con sus tareas de represión y prevención de comportamientos indeseables²²⁷.

Así, la autora se inclina por reconocer la función sancionatoria y preventiva que desempeña la Responsabilidad Civil a través de sus figuras, bajo el entendido de que las funciones de las diferentes áreas del derecho no son exclusivas, más bien se complementan unas a otras, en la búsqueda de maximizar el bienestar de la sociedad.

Sergio Rojas por su parte, afirma que: —(.) sin perjuicio de opiniones discrepantes y de otras alternativas de solución, no parece descabellado incorporar al sistema de los daños punitivos en el derecho continental, particularmente en sistemas como el colombiano (...)"²²⁸.

Por último, David Aristizábal²²⁹ analiza, al igual que Buitrago, la presencia del daño punitivo en el ordenamiento colombiano, de lo cual concluye que esta figura no se encuentra expresamente incorporada en el mismo, pero que vale la pena analizar sus manifestaciones, presentes tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

A partir del panorama descrito y de las consideraciones de varios autores respecto a las funciones que cumple la Responsabilidad Civil en Colombia y el papel que podrían desempeñar los daños punitivos, se considera pertinente analizar la legislación y la jurisprudencia colombiana en torno a este aspecto. Con fundamento en lo anterior, se da inicio a una nueva etapa de la investigación.

²²⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Mónica. *La función punitiva de la Responsabilidad Civil*. Bogotá, Tesis de grado, Universidad del Externado, 2005.

²²⁸ ROJAS. *Apología del potencial preventivo*, op. cit., p. 364.

²²⁹ ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David. "Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana", en *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*, Vol. 40, Núm. 112, Universidad Pontificia Bolivariana, 2010, p. 190.

3.3.3 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Antes de entrar en materia, resulta pertinente concebir un esquema, que a grandes rasgos ilustre la estructura general de la Responsabilidad Civil en la legislación colombiana.

Las reglas generales de la Responsabilidad Civil en Colombia se encuentran consagradas en el Código Civil, en el Libro IV *–De las obligaciones y de los contratos*” y están divididas en normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Las normas de responsabilidad civil contractual se encuentran en el Título XII, denominado *–del efecto de las obligaciones*”, mientras que las de responsabilidad extracontractual están consagradas en el Título XXXIV, referente a la *–responsabilidad común por los delitos y las culpas*”.

Además de esta estructura general, también existen normas en otras disposiciones como en el Código de Comercio y en el Estatuto del consumidor. Las mismas son especiales y son utilizadas para aplicar la normativa general a campos específicos.

En virtud de estas disposiciones, se ha erigido el principio de reparación integral que rige la responsabilidad, cuyo postulado establece que: la víctima puede reclamar la indemnización correspondiente al daño que le fue causado, pero *—ni un peso más*”, *—ni un peso menos*”. Por ello, la cuantificación del daño se hace exclusivamente a partir de su extensión.

Sin embargo, otros autores han puesto de manifiesto la idea de una función sancionatoria del derecho civil, que aunque en varios casos, no se encuentra propiamente en el ámbito de la Responsabilidad Civil, posibilita la construcción de un postulado general, respecto a la apertura del derecho civil a una función punitiva aplicable a los demás campos.

3.3.3.1 Manifestaciones de los daños punitivos en el esquema legislativo

Tal como se ha puesto de presente, en Colombia no existen expresamente los daños punitivos, es más, el artículo 2341 del Código Civil, el cual regula de forma general la responsabilidad extracontractual, dispone que: —~~Que~~ ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la **indemnización**, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior ha conducido a la doctrina tradicional a considerar que la función de la Responsabilidad Civil es exclusivamente indemnizatoria o reparatoria. No obstante, autores como Jesús Alberto Buitrago y Sergio Rojas, han estudiado varias de las normas específicas que integran el ordenamiento colombiano y han encontrado vestigios de una función sancionatoria o punitiva en el derecho civil, lo que los ha llevado a cuestionar la postura mayoritaria en relación con el principio de reparación integral y en especial, frente a los daños punitivos.

A continuación, se efectuará un rastreo de las diferentes disposiciones de carácter legislativo que permitirían evidenciar una función sancionatoria en el derecho civil colombiano, desde los desarrollos expuestos por Jesús Alberto Buitrago²³⁰ y Sergio Rojas²³¹.

En primer lugar, Rojas²³² identifica una disposición en el Código Civil, que a su consideración permite introducir el concepto de pena privada, o sanción civil. El artículo 6 dispone que: —Lasanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones (...)”.

²³⁰ BUITRAGO, *op. cit.*, pp. 109 - 145.

²³¹ ROJAS, *Apología del potencial preventivo*, *op. cit.*, pp. 351 - 357.

²³² *Ibid.*, p. 352.

A partir de esta norma el autor entiende que la sanción no solo se refiere a la pena, sino también a una recompensa, que en materia de Responsabilidad Civil, asume el carácter de indemnización, reparación o restitución. Con fundamento en lo anterior, el legislador reconocería entonces que las indemnizaciones que se otorgan en el campo de la responsabilidad no cumplen exclusivamente una función reparadora sino que, además desempeñan una función punitiva, al ser consideradas sanciones. Esta apreciación coincide con la postura asumida por Adriano de Cupis, la cual fue expuesta al inicio del primer subtítulo.

La aceptación de este postulado no lleva a la necesaria permisión o incorporación de los daños punitivos, pero sin duda; constituye un argumento de importancia manifiesta, al momento de defender la existencia y consagración de una función sancionatoria en el campo del derecho civil.

En segundo lugar, Buitrago²³³ expone el artículo 737 del Código Civil, referente a la —pérdida de la cosa mueble que se accede a otra ajena, por haberla usado sin conocimiento del dueño”.

Dicho artículo establece:

El que haya hecho uso de una materia sin conocimiento del dueño, y sin justa causa de error estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas.

Si el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en este artículo; salvo que se haya procedido a sabiendas.

Esta disposición denota la importancia que tiene la conducta llevada a cabo por el demandado, para determinar la sanción que le será impuesta. En este caso, el legislador no sólo prevé la indemnización de los perjuicios, sino que agrega la

²³³ BUITRAGO, *op. cit.*, pp. 110 y 111.

orden de devolución de la cosa, hasta cuando esta resulte más costosa que la materia tomada, en virtud de la conducta del responsable.

La norma citada agrava el estado del demandado, al imponerle no solo la indemnización de perjuicios sino la devolución de la cosa cuando haya actuado —si justa causa de error” en la primera hipótesis, o —sabiendas” en la segunda, la cual implica un dolo civil.

Es claro entonces que el legislador prevé un reproche de la conducta del responsable y permite, en términos de la doctrina clásica, el enriquecimiento de la víctima. Este es un claro indicio de una reparación que no solo se fundamenta en la extensión del daño sufrido por el perjudicado, sino que además le impone al demandado una sanción que termina en manos del demandante.

El tercer caso²³⁴ que se evidencia en la legislación colombiana es el artículo 997 del Código Civil, referente a las —indemnizaciones de perjuicios en acciones posesorias especiales”²³⁵. La norma establece: “Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de este tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que **en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare**”. (Negrilla fuera del texto original)

En este caso, tal como lo pone de manifiesto Buitrago²³⁶, se observa una sanción o pena civil, en virtud del análisis de la conducta del demandado, la reincidencia.

²³⁴ ARISTIZÁBAL, *op. cit.*, p. 191.

²³⁵ Jesús Alberto Buitrago advierte que este supuesto ha sido ampliamente criticado, en tanto se ha entendido que no constituye un ejemplo aplicable al campo de la Responsabilidad Civil, por no ubicarse en el Título referente a la misma. Sin embargo, tal como se advirtió al inicio de este acápite, las normas de Responsabilidad Civil no se encuentran exclusivamente en los títulos que se refieren a ella, por el contrario, se encuentran dispersas en el ordenamiento, toda vez que la responsabilidad es un sistema transversal, que toca diferentes áreas del derecho. Buitrago ha afirmado que: “*La labor del intérprete no puede seguir amarrada a una concepción artificiosa de los estancos, en la cual la norma es exclusivamente aplicable al título, capítulo o sección*”. Para más información véase: BUITRAGO, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 111 - 116.

En el supuesto de reincidencia, el demandado ya no deberá pagar únicamente los perjuicios causados, sino que deberá duplicarlos, a favor de la víctima. Al igual que en el caso anterior, se le otorga a esta última una cifra que excede en gran medida la cuantificación a partir de la extensión del daño, pues a título de sanción se le impone al demandado el duplo de la suma impuesta por perjuicios, con fundamento en la reprochabilidad de su conducta, al no ser la primera vez que incurre en ella.

Sin embargo, la doctrina ha reaccionado frente a este postulado. Por ejemplo, la Universidad Externado de Colombia, en concepto aportado a la Corte Constitucional, ha señalado que este es un caso excepcional y que a partir de él, no puede construirse un principio general de sanción en el campo de la Responsabilidad Civil.

—²³⁷ la norma anterior no puede desprenderse la aplicación de este tipo de sanciones a todos los casos de responsabilidad, no solo porque se trata de una disposición que alude a un caso específico (la reincidencia en los daños causados por el derramamiento de aguas por negligencia del dueño del predio), sino porque dicho precepto legal no se constituye como un pilar fundamental de nuestro sistema de responsabilidad que permita la implementación del daño punitivo en nuestro país (...)²³⁷.

Es claro que la opinión de la Universidad Externado de Colombia resulta acertada, en el sentido de que esta norma no configura un principio rector, pero sí constituye un asunto de función sancionatoria, que no solo ha sido listado en este supuesto, sino en otros más, lo que bien puede conducir a conclusiones que tengan incidencia en el esquema general de la Responsabilidad Civil.

En cuarto lugar, en materia sucesoral, se encuentra consagrada en el artículo 1288 del Código Civil, una sanción muy similar a la previamente enunciada.

²³⁷ Respuestas elaboradas por Marcela Castro, Diego López y Felipe Piquero, profesores de la Facultad de Derecho, contenido en el documento radicado en la Corte Constitucional, el 27 de febrero de 2002. Tomado de *Ibid.*, p. 115

—.(.) El legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos, y no teniendo el dominio de ellos, será obligado a restituir el duplo”. Sin perjuicio de las penas que por el delito correspondan.

Aunque en esta norma no se dispone una indemnización en sentido estricto, si se establece una sanción en contra del legatario, que pone en evidencia la presencia de una función sancionatoria y hasta preventiva en el derecho civil. En este caso, se ordena la restitución del bien, acompañada de una sanción que tiene como límite cuantitativo, el valor del mismo.

En quinto lugar, según los apuntes de Buitrago²³⁸, se encuentra la —sanción del 20% del importe o saldo insoluto por no pago de cheques”, consagrada en los artículos 722 y 731 del Código de Comercio en los siguientes términos:

ARTÍCULO 722. LIBRADOR QUE SIN JUSTA CAUSA NIEGA PAGO DEL CHEQUE - SANCIONES. Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque o no haga el ofrecimiento de pago parcial prevenido en los artículos anteriores, pagará al librador, a título de sanción, una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible, sin perjuicio de que dicho librador persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que se le ocasionen

ARTÍCULO 731. SANCIÓN AL LIBRADOR DE UN CHEQUE NO PAGADO POR SU CULPA. El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abonará al tenedor, como sanción, el 20% del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione.

Bajo este supuesto, la víctima recibe entonces la indemnización de perjuicios a la que haya lugar y además, a título de sanción, el 20% del importe del cheque, lo cual excede la extensión del daño causado. Llama la atención como la norma

²³⁸ *Ibid.*, pp. 125 y 126.

reconoce este importe a título de sanción y como el legislador asegura sin tapujos, la prevención y sanción en torno a esta conducta.

La Corte Constitucional en Sentencia C-451 del 12 de junio de 2002, se ha pronunciado respecto a este tipo de sanción y a su límite en la cuantificación, al manifestar que:

“La obligación de abonar un 20% adicional no es excesiva si se tiene que el beneficio buscado es de enorme importancia, puesto que consiste en promover el fin de garantizar la seguridad y la agilidad del tráfico económico y la confiabilidad de este título valor”.

Por otro lado, varios autores han criticado el alcance dado a esta disposición, al considerar que la cuantía a título de sanción es tan baja, que no logra la dimensión de daño punitivo.

Otro caso que llama la atención, se refiere a la nulidad de un contrato por objeto o causa ilícita, consagrado en el artículo 1525 del Código Civil, según el cual: *“No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.*

A partir de lo anterior, la ley le impone una sanción a la persona que celebra un contrato con objeto o causa ilícita, y ha pagado o entregado el bien. Así, la nulidad en este supuesto no devuelve la situación al estado inicial, sino que por el contrario, impone una sanción que consiste en la imposibilidad de restitución, como una forma de castigar a la parte que celebró un contrato bajo esta modalidad. En consecuencia, manifiesta Buitrago que este ejemplo evidencia la forma en que una ley puede justificar *—al imposición de una sanción civil, por la cual al patrimonio de la persona que recibió una suma o cosa —por efecto de la sanción— tiene derecho a que tales efectos permanezcan en él”*²³⁹.

²³⁹ *Ibid.*, p. 117.

Por otro lado, las penas privadas contractuales no han pasado desapercibidas, y al igual que en el derecho francés, han constituido una manifestación del carácter punitivo que ostenta la responsabilidad, consideradas por algunos como una especie de daño punitivo.

Las sanciones civiles en este campo, han tenido lugar en virtud de la libertad contractual de las partes, quienes a través de estipulaciones convencionales, pueden llegar a imponer una sanción por incumplimiento. El ejemplo hito en esta materia es la cláusula penal.

El artículo 1592 del Código Civil regula la cláusula penal, disposición que resulta muy similar a lo ya analizado en el contexto francés.

—La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

En estos términos, la cláusula penal tiene la connotación de una estimación anticipada de perjuicios, pues en principio el acreedor no podrá solicitar la indemnización de perjuicios y la pena. Así, es facultad del acreedor solicitar la que considere más conveniente.

Sin embargo, si las partes expresamente estipularon que el acreedor podría solicitar tanto la indemnización de perjuicios como la pena, o la prestación principal y la pena, la cláusula penal funciona en estos casos como una verdadera sanción civil y hasta podría llegar a considerarse como un daño punitivo, pues aunque en principio se ha entendido que los daños punitivos presuponen una conducta despreciable por parte del responsable, más allá de un simple incumplimiento, este aspecto ha resultado prescindible en algunos supuestos y podría llegar a mutar en los países de derecho continental.

La misma regulación se ocupa de los casos en los que las partes pactan una pena excesiva (cláusula penal enorme), allí se establece que cuando la prestación

principal no sea en dinero, se deja al arbitrio del juez disminuirla a una cuantía razonable.

Otras figuras sobre las que se ha planteado la existencia de una función sancionatoria en el campo contractual son los intereses moratorios y las arras penitenciales, sin embargo, no se considera necesaria su exposición, pues basta con la cláusula penal para ilustrar a grandes rasgos la función de las mismas en la responsabilidad contractual.

Por otra parte, en el derecho de propiedad intelectual, también se han destacado algunas particularidades que han sido interpretadas por varios autores como manifestaciones del daño punitivo.

Un ejemplo es el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, al consagrar en su artículo 16.11 núm. 8 lo siguiente:

Observancia de los derechos de propiedad intelectual

(...)8. En los procedimientos judiciales civiles, cada Parte, al menos con respecto a la infracción de los derechos de autor y derechos conexos, y falsificación de marcas, establecerá o mantendrá indemnizaciones preestablecidas, las cuales deberán estar disponibles a elección del titular del derecho como una alternativa a la indemnización basada en hechos reales. Dichas indemnizaciones preestablecidas estarán previstas por la legislación interna y determinadas por las autoridades judiciales, tomando en cuenta los objetivos del sistema de propiedad intelectual, en una cantidad suficiente para compensar al titular del derecho por el daño causado por la infracción y que se constituyan en disuasorio frente a futuras infracciones²⁴⁰.

Esta norma presenta dos aspectos a considerar: en primer lugar, se habla de una indemnización preestablecida. Ello significa que el monto se encuentra fijado antes de que el daño tenga lugar. Por ello, en caso de que la parte opte por este tipo de

²⁴⁰ “Para mayor certeza, las Partes entienden que las indemnizaciones preestablecidas dispuestas en este párrafo **no constituyen daños punitivos**”. (negrilla fuera del texto original)

–indemnización”, la cuantía otorgada podrá no tener correspondencia con la extensión del daño causado, superándolo, lo cual no solo rompería con el principio de reparación integral y constituiría según una postura clásica, un enriquecimiento sin causa, sino que el exceso bien podría ser considerado por algunos como una sanción.

En segundo lugar, la norma establece los criterios para fijar las cuantías preestablecidas: un elemento compensatorio y un elemento disuasorio. Esto último resulta aún más problemático, pues expresamente el artículo señala que la finalidad del monto no se reduce a compensar a la víctima, sino que pretende crear un efecto preventivo y disuasorio a través de un excedente en la cuantificación del perjuicio. Esto lleva a pensar que dicha cuantía incluye la indemnización de la víctima y un excedente, que tiene el carácter de sanción y busca disuadir mediante la punición al infractor.

Autores como Benavides y Buendía afirman que:

Con respecto al artículo 16.11 del TLC entre Colombia y Estados Unidos hemos de concluir que no podemos(SIC) afirmar tajantemente que el mismo consagra la figura del daño punitivo dado que además, hay una salvedad que dice que no se está haciendo lo propio, pero lo que sí vamos a decir es que hay una aproximación a los fines disuasorios de la figura que nos hace pensar que estamos al menos cerca de la institución de los daños punitivos²⁴¹.

Cabe anotar que la nota al pie del artículo específicamente aclara que el mismo no constituye un supuesto de daño punitivo. En consecuencia, lo que queda por preguntarse es qué sucede cuando un supuesto cumple con los elementos de una figura, pero específicamente el legislador (o en este caso los estados) se niega a llamarla así, ¿la denominación legislativa le arrebatada sus propiedades?

²⁴¹BENAVIDES y BUENDÍA, *op. cit.*, p. 84.

Otra manifestación importante ha sido el artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC, el cual establece que —los miembros adoptarán medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas conductas delictivas”²⁴².

En la anterior disposición se reitera la función disuasiva y preventiva que debe desplegar la Responsabilidad Civil, cuyo mecanismo más eficaz sería la imposición de una sanción (una cuantía mayor), que sin duda, excedería la extensión del daño causado.

En igual sentido, se presenta la Decisión 486 de 2000, al establecer en su artículo 243, literal b, la posibilidad de que para la cuantificación de la indemnización otorgada a la víctima, se tenga en consideración el provecho percibido por el infractor.

—El régimen de reparación establecido en materia de derechos marcarios y de propiedad industrial se aleja entonces de los preceptos tradicionales de la responsabilidad civil y le permite al juez reconocer mecanismos no exclusivamente reparatorios”²⁴³.

Para algunos esto constituye una clara manifestación de daños punitivos, pues la indemnización no se estructura únicamente en consideración al daño, sino que toma en cuenta elementos que no tienen ninguna incidencia en los perjuicios causados a la víctima, como el provecho del infractor (claro supuesto de ilícitos lucrativos), lo cual rompe abiertamente con el principio de reparación integral.

No obstante, en consideración de Kandelaft²⁴⁴, este supuesto no contempla un caso de daños punitivos, sino —deresponder exactamente a la afectación”, y aunque se pueda superar la cuantía de la reparación, el valor siempre deberá ser —adecuado”.

²⁴² KANDELAFT, *op. cit.*, p. 144.

²⁴³ *Ibid.*, p. 145.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 146.

La autora agrega que este supuesto no da lugar a un enriquecimiento sin causa de la víctima, pues el provecho obtenido por el infractor puede considerarse como una restitución de los frutos civiles de la cosa inmaterial.

Este es pues el panorama en el campo de la propiedad intelectual, donde se han incorporado diferentes mecanismos para combatir los ilícitos lucrativos, que han sido catalogados por algunos autores como daños punitivos, y defendidos por otros, como mecanismos que superan las barreras de la Responsabilidad Civil, pues el derecho de propiedad intelectual, presenta ciertas particularidades que no pueden ser corregidas con los criterios tradicionalmente acogidos por la responsabilidad.

Por último, se encuentra el artículo 97 de la Ley 599 del 2000 (Código Penal colombiano). Esta disposición ha desatado bastante polémica en el ámbito académico, aunque su repercusión en la práctica no ha sido tan controvertida ni ha alcanzado las dimensiones que diferentes autores le han otorgado.

La norma establece los topes que pueden alcanzar las indemnizaciones y los criterios que deben ser tenidos en cuenta por el juez para la indemnización de perjuicios de la víctima en el incidente de reparación integral²⁴⁵, el cual se tramita después del proceso penal, cuando el procesado es hallado culpable.

El artículo dispone que:

En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso. (Negrilla fuera del texto original)

²⁴⁵ Algunos autores han considerado que la reparación en el contexto penal, es una manifestación de punición o una política criminal.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-916 de 2002, condicionó el alcance de la disposición únicamente a los daños morales, pues en principio, la norma nada dice sobre los perjuicios que contempla.

No han sido pocos los debates en torno a esta disposición, pues tal como se resalta, el legislador por primera vez prevé expresamente que la cuantificación del perjuicio no se limita a la extensión del daño, sino que de igual forma tiene en cuenta la naturaleza de la conducta, lo que lleva a intuir que la gravedad de la misma resulta determinante al momento de fijar el monto de la indemnización.

En teoría, la cuantía recibida por la víctima a título de daños morales bien podría exceder la cuantía —compensatoria²⁴⁶, lo que conduciría a concluir que, en este esquema no solo se busca la reparación, sino también la sanción del responsable por las circunstancias en que fue causado el daño.

En palabras de Buitrago: —Desde esta perspectiva, además confirmada por la práctica judicial, no será en la misma cuantía una condena por daños morales ante un hecho doloso, a la que se imponga en un proceso culposo, caso en el cual no pocas veces el juez termina viendo al acusado como una víctima más de las circunstancias y por tanto, podría tender a aligerar la condena por este concepto²⁴⁷.

Lo interesante de esta afirmación es que evidencia el arma de doble filo que resulta ser el analizar la conducta del demandado, pues aunque sirve para incrementar la suma debida, también podría ser utilizada para rebajar la cuantía normalmente concedida, lo que, según la línea construida, rompería con el principio de reparación integral.

²⁴⁶ En el siguiente subtítulo se planteará la cuestión referente al papel que desempeñan los perjuicios extrapatrimoniales en el sistema y su incidencia respecto al principio de reparación integral.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 142.

Otros autores como Felipe Navia²⁴⁸, han atacado los argumentos expuestos por doctrinantes como Buitrago, y con fundamento en la aclaración de voto de Fernando Hinestrosa, en la Sentencia del Consejo de Estado del 25 de febrero de 1982, han afirmado que lo que realmente establece el artículo es una reparación del daño causado y nada más. La aclaración de voto se refiere a la interpretación de dicha norma en el Código Penal anterior: el Decreto 100 de 1980. Pese a que esta disposición se encuentra derogada, varios autores han señalado la convergencia que existe entre ambas, en consecuencia, las precisiones expuestas en virtud de la norma anterior, aplican de igual forma a la norma posterior²⁴⁹.

En la aclaración de voto citada se plasmó que: —(.) No solamente se previene la valoración prudencial del daño moral en moneda nacional —~~hasta~~ el equivalente de un mil gramos de oro”, sino que, en mi sentir, con confusión de la figura del daño en sí con las circunstancias del hecho (aspecto subjetivo), o sea con mezcla de los factores daño y culpa (...).”

Lo anterior evidencia que, aunque la norma trae una calificación que se presta para malinterpretaciones, la jurisprudencia ha destacado que dicho elemento resulta desafortunado, en el sentido de que la indemnización debe tener como parámetro las consecuencias del daño y no la naturaleza de la conducta.

Martínez Rave y Martínez Tamayo²⁵⁰, consideran como determinantes para la cuantificación del daño moral —~~as~~ modalidades de la infracción”, es decir, —~~as~~ circunstancias específicas del hecho dañoso”. Ello significa que los perjuicios morales, a su consideración, deben ser tasados con fundamento en el resultado de la conducta ilícita.

Por último, resulta pertinente analizar si esta premisa, que en el área académica ha dado tanto de que hablar y que claramente evidencia un elemento externo a la

²⁴⁸ NAVIA, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 59.

²⁴⁹ BUITRAGO, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

²⁵⁰ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad Civil extracontractual*. Bogotá, Temis, Ed. 11, 2003, p. 353.

extensión del daño para la cuantificación del perjuicio, ha tenido el impacto que se ha predicado en la práctica jurídica.

Para ello, se utilizarán algunas sentencias de la jurisdicción penal en materia de perjuicios morales, en aras de establecer si efectivamente las cuantías han variado en consideración al elemento subjetivo (la desvaloración de la conducta del autor) y si los valores concedidos en esta jurisdicción han superado los concedidos en la jurisdicción civil.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Sala de Casación Penal²⁵¹, dio señales sobre la incidencia que podría tener la conducta del responsable en la tasación del daño moral. En primer lugar, la Corte consideró que únicamente habría lugar a la indemnización de los 1000 SMLMV cuando existiera multiplicidad de afectados, en aquellas –situaciones caracterizadas por excesiva crueldad, insensibilidad y desprecio por los más elementales principios de solidaridad y humanidad”.

En este sentido, la Corte considera que un criterio para conceder una indemnización que toque los límites impuestos por la legislación, requiere del desvalor de la conducta del responsable.

No obstante, esta situación no es para nada común. Aunque la conducta del responsable sea dolosa, las indemnizaciones impuestas por la Corte Suprema de Justicia, no alcanzan ni siquiera los topes concedidos generalmente por la jurisdicción civil.

Varias sentencias evidencian esta situación, sin embargo, por cuestiones de extensión se mencionará sólo una, la Sentencia del 12 de noviembre de 2002²⁵². En este caso, pese a que la Corte resalta tanto el desvalor de la conducta como el desvalor del resultado de la acción desplegada por el responsable: —On vista en la naturaleza de la conducta —homicidio agravado— y en la magnitud del daño

²⁵¹ CSJ Penal, 10 Mar. 2010, r30862, J. Bustos.

²⁵² CSJ Penal, 12 Nov. 2002, r14170, M. Pulido.

causado al reclamante por la pérdida de su hija”, lo cual implicaría que para la tasación del perjuicio se tomaría en cuenta la gravedad de la conducta del responsable, por lo que se esperaría entonces que se concediera una suma significativa, —al Corte estima en 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la liquidación y pago del perjuicio como suma equitativa por indemnización compensatoria”, suma que ni siquiera supera las generalmente impuestas en la jurisdicción civil.

El único caso donde la Corte ha impuesto por concepto de daño moral, cuantías que sobrepasan con creces los límites generalmente manejados en la jurisdicción civil, fue la Sentencia del 15 de mayo de 2013²⁵³, proferida en contra de un ex congresista, relacionada con los hechos de la —masacre de Segovia”. Allí la Corte concedió a título de daño moral, cuantías que oscilaban entre los 400 y los 800 SMLMV. Sin embargo, en este caso, la Corte consideró que las cuantías satisfacían de igual forma el perjuicio a la vida de relación, lo cual significa que las sumas otorgadas no fueron exclusivamente a título de daño moral.

En virtud de este breve análisis, se puede concluir que, el artículo 97 referente a la tasación del daño moral, ha generado gran polémica en la doctrina, al considerarse que abre una puerta para conceder una indemnización que tenga en cuenta elementos poco comunes, como la naturaleza de la conducta, situación que se asemeja a la de los daños punitivos.

En cuanto en la práctica jurídica, esta disposición no ha logrado los alcances predichos por algunos doctrinantes, y aunque en las sentencias se ha hecho alusión a la naturaleza de la conducta del responsable, la misma no ha tenido una incidencia directa sobre la cuantía, en comparación con otras jurisdicciones que no analizan dicho elemento, como la civil.

²⁵³ CSJ Penal, 15 May. 2013, r33118, Sala de Casación Penal.

Aunque estas son solo una parte de las manifestaciones de la función sancionatoria del derecho civil en general, y de la Responsabilidad Civil en particular, con ellas se logra apreciar el escenario de la regulación colombiana.

Es claro que las diferentes disposiciones evidencian una función sancionatoria de la responsabilidad, que para muchos no es más que un rezago que data de siglos atrás, fruto de normas romanas; pero que en todo caso forman parte del ordenamiento y hoy más que nunca, han sido aclamadas por varios de los estudiosos del derecho en virtud del papel que desempeñan, toda vez que en otras áreas, en las que se presentan irregularidades que bien podrían ser corregidas con disposiciones orientadas a la discusión y prevención, se ha preferido excluirlas, y al final la práctica jurídica ha revelado las inconsistencias que terminan por presentarse, al idealizar la estructura teórica sobre las consecuencias prácticas.

Una conclusión que considere la existencia de los daños punitivos en el ordenamiento colombiano a partir de estas manifestaciones, sería bastante arriesgada y hasta en cierto punto desmedida, pero lo que es innegable es que estas disposiciones permiten aclarar dos puntos centrales, que en términos conceptuales, darían cabida a la incorporación de los daños punitivos:

1. Como ya se explicó, el derecho civil y la Responsabilidad Civil satisfacen una función reparatoria, preventiva y hasta sancionatoria, a partir de ciertos supuestos consagrados en la ley.
2. El principio de reparación integral en el ordenamiento colombiano y en general en el *Civil Law*, no es un postulado absoluto²⁵⁴. La legislación colombiana consagra diversos supuestos en los que la suma otorgada a la víctima sobrepasa la extensión del daño, con un fin disuasivo o preventivo.

²⁵⁴Esta consideración tiene cabida respecto a la comprensión del principio de reparación integral desde una concepción tradicional, que considera que cualquier suma adicional concedida a la víctima, rompe con el principio.

Con esto termina la exposición de manifestaciones de una función sancionatoria o hasta de daño punitivo para algunos autores, en el ordenamiento colombiano. Sin embargo, el debate no solo ha girado en torno a la legislación sino también a los fallos judiciales. La jurisprudencia ha sido otra fuente cuestionada por algunos autores de conceder daños punitivos, por ello, a continuación se pasarán a analizar las representaciones jurisprudenciales de una función sancionatoria o de una supuesta presencia de daños punitivos.

3.3.3.2 Manifestaciones del daño punitivo en la jurisprudencia

Las manifestaciones en la jurisprudencia, por cuestiones de metodología, se clasificarán en dos criterios: la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales y el reconocimiento de una tercera categoría de perjuicios extrapatrimoniales.

A. La cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales

Uno de los temas más debatidos en torno a la aplicación del principio de reparación integral, ha sido el relativo a las cuantías fijadas por los jueces a título de perjuicios extrapatrimoniales.

Mientras que los perjuicios patrimoniales presentan una mayor facilidad en su cuantificación- pues existen fórmulas matemáticas para determinar el lucro cesante y a partir de las pruebas aportadas por el demandante, es fácil calcular el daño emergente²⁵⁵- la valoración de los perjuicios extrapatrimoniales ha

²⁵⁵ Esta afirmación es parcialmente cierta, tal como lo pone de presente Diego Alejandro Sandoval, pues apoyado en las consideraciones hechas por Javier Tamayo y Juan Carlos Henao, aclara un inconveniente que se presenta en torno al lucro cesante: *“Basta con anotar en este punto los inconvenientes presentados con los perjuicios materiales, en especial el lucro cesante, tanto en la lesión a bienes como a personas, respecto a la labor probatoria que debe en cada caso acometer el demandante en punto del elemento daño, y en consecuencia análisis que atañe al juez para lograr que la indemnización pueda llegar a ser plena”* Para más información véase: SANDOVAL GARRIDO, Diego Alejandro. *“Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de*

presentado varias dificultades, en tanto que no existe en el mercado una cuantía que represente el interés tutelado²⁵⁶.

El reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales en el ordenamiento colombiano refleja un cambio de visión en torno al concepto de persona: —de la noción clásica de persona con atributos para el ejercicio de derechos y obligaciones se ha pasado a dar realce al ser humano reconociendo valor a sus sentimientos, intereses, angustias y a su propio cuerpo²⁵⁷.

Probablemente dicho reconocimiento es fruto del cambio de concepción en virtud del cual la responsabilidad ya no se centra en el responsable, sino en la víctima y su daño.

Aunque en principio, la incorporación de los perjuicios extrapatrimoniales fue sin duda un gran paso que amplió el alcance de la responsabilidad a supuestos que habían sido relegados al olvido por parte del derecho, también presentó ciertas inconsistencias respecto a la evaluación y análisis que debe llevar a cabo el juez en estos casos y la cuantificación que debe hacer del perjuicio.

Lo anterior ha provocado que varios autores acusen los perjuicios extrapatrimoniales de romper con el principio de reparación integral, por ser un mecanismo artificioso que no logra la reparación de la víctima ni su regreso a un estado anterior al daño. Además, de igual forma han sido acusados de permitir la concesión de daños punitivos bajo el pretexto del prudente arbitrio judicial, la equidad y de ser fijados en consideración del daño causado y de la gravedad de la conducta del responsable.

los derechos de las víctimas”, en *Revista de derecho privado*, Nro. 25, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 248.

Cabe agregar la situación que se presenta respecto a los perjuicios patrimoniales, cuando el demandante logra acreditar el daño, mas no la cuantía. En ese caso, el juez, en aplicación del principio de equidad fijará una cuantía que podrá no corresponder con el verdadero daño sufrido. Esta situación presenta una subjetividad similar a la de los perjuicios extrapatrimoniales.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 237 y 238.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 239.

Sandoval, apoyado en los postulados propuestos por De Ángel Yagüez²⁵⁸, ha planteado la problemática que entrañan los perjuicios extrapatrimoniales: —~~M~~ bien, hablar de indemnización plena en los casos de daños no patrimoniales donde los intereses son inestimables plantea una especie de contradicción de la regla y su eficacia práctica, tanto que se ha proclamado su estado de crisis y relatividad”²⁵⁹.

Respecto al primer asunto, algunos autores como Sergio Rojas, han destacado las dificultades que entraña el reparar un perjuicio de la víctima que no tiene el carácter de ser pecuniario. En cuanto a esta situación, se ha asumido una posición que en Colombia resulta ser bastante frecuente, pero que internacionalmente no ha sido reconocida ni estudiada y es que los perjuicios extrapatrimoniales al no poder asegurar la indemnización de la víctima, se ocupan de “compensarla”. —Su naturaleza es la de una compensación, esto es, un pago satisfactorio que procura aliviar el dolor sufrido por los afectados, sin que se persiga la consecución de la indemnidad, como quiera que, en principio, la misma es ajena a este perjuicio extrapatrimonial”²⁶⁰.

Este ha sido el argumento que ha sobrellevado la existencia de los perjuicios extrapatrimoniales en un sistema que obedece a parámetros muy estrictos de reparación. Por ello, la doctrina ha aceptado que en virtud de la compleja proporción entre el daño sufrido y la estimación monetaria, se deja al libre arbitrio judicial la cuantificación de estos perjuicios.

Así, —~~en~~ las más recientes manifestaciones doctrinales se ha abandonado del todo el principio de “reparación integral” cuando se trata de daños a la persona en sentido estricto (...)”²⁶¹.

²⁵⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1995, pp. 55 y ss.

²⁵⁹ SANDOVAL, *op. cit.*, p. 241.

²⁶⁰ ROJAS, *El daño a la persona, op. cit.* pp. 122 y 123.

²⁶¹ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 58.

Rojas, a partir del panorama descrito, ha resumido el esquema de la cuantificación a dos alternativas, o asumir un sistema de tarificación legal²⁶², o dejarlo al libre arbitrio judicial. Colombia, tal como fue puesto en evidencia en el acápite de Francia, específicamente en el subtítulo de discrecionalidad judicial, acoge este último.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que para la cuantificación de los perjuicios morales —(.) la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad y magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción”²⁶³.

En todo caso, Rojas²⁶⁴ señala que el prudente arbitrio judicial no es un concepto abierto sin restricciones; adicional a los parámetros de razonabilidad que debe emplear el juez a la hora de tasar el perjuicio, se debe tener en cuenta el precedente judicial. Aunque los jueces pueden apartarse de este, siempre que cumplan con la carga argumentativa requerida, lo cierto es que en la práctica judicial los topes que se conceden respetan los impuestos por las Altas Cortes, (precedente vertical) y aquellos concedidos por los mismos jueces en casos diferentes con supuestos similares (precedente horizontal).

Por otro lado, está la segunda objeción, según la cual los fallos de daños morales esconden daños punitivos y consideran la naturaleza de la conducta del responsable como un factor determinante para la cuantificación, bajo el escudo del prudente arbitrio judicial y la equidad.

²⁶² El criterio de baremos para la cuantificación de perjuicios ha sido bien recibido por diferentes autores, por ejemplo, el caso de la tarificación impuesta en España respecto a cierto tipo de perjuicios ha sido aclamado por varios sectores de la doctrina. Sandoval afirma que: *“Debe admitirse que la utilización de tarifas o baremos para la valoración de los daños no patrimoniales respecto de los cuales no existen elementos objetivos de comparación o referencia aparece como una propuesta seria para garantizar seguridad jurídica, certeza e igualdad material de las víctimas de daños corporales”*. Sin embargo, otros autores han considerado que la imposición de baremos rompe con el principio de reparación integral, pues el juez no puede en el caso concreto determinar libremente la cuantía que considera él, satisface el daño. Para más información véase: SANDOVAL, *op. cit.*, p. 263.

²⁶³ CSJ Civil, 9 Jul. 2010, e11001-3103-035-1999-02191-01, W. Namén.

²⁶⁴ ROJAS, *el daño a la persona, op. cit*, pp. 120 y 121.

Esta situación ha dado lugar a diferentes pronunciamientos por parte de la doctrina, en evidencia de la problemática de este concepto. De Ángel Yagüez, comenta la tendencia que se ha venido presentado en la jurisprudencia: —Son relativamente frecuentes los fallos de los tribunales en que se alude con tono recriminatorio a la muy descuidada conducta del agente o a su temerario proceder”²⁶⁵.

De lo anterior se desprende que los jueces se ven influenciados por la gravedad de la conducta del responsable para determinar la cuantificación del perjuicio y así, escudados en el prudente arbitrio judicial y la equidad, terminan por conceder una cuantía que no solo abarca una reparación sino también una sanción en contra del responsable, a favor de la víctima.

En este sentido, Sandoval expone: —b) proceder tal que va de la mano de la creciente incidencia del reconocimiento de los derechos de la personalidad en la responsabilidad civil plantea una pervivencia de la pena privada en la indemnización por daños a la persona”²⁶⁶.

Otros autores como Navia, con fundamento en los postulados descritos por Starck han afirmado que: —(.) siendo necesaria la prueba de la culpa del victimario para poder triunfar en la pretensión indemnizatoria por daño moral, no parece dudoso afirmar que la indemnización tiene un carácter sancionador, en el sentido represivo de este término, y que su verdadera justificación se encuentra en la idea de pena privada”²⁶⁷.

Buitrago²⁶⁸, basado en las consideraciones de Tamayo Jaramillo, resalta la orientación de varias sentencias de las Altas Cortes en 1970, que tendían a manifestar un carácter punitivo, más que indemnizatorio. Un ejemplo, es la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en 1943, en la que la Corte

²⁶⁵ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 61.

²⁶⁶ SANDOVAL, *op. cit.*, p. 249.

²⁶⁷ NAVIA, *op. cit.*, p. 31.

²⁶⁸ BUITRAGO, *El daño punitivo, op. cit.*, p. 103.

—considera que la indemnización del daño moral subjetivo se otorga (...) a título de satisfacción o de afirmación de parte de la justicia del derecho vulnerado, la cuantía de ella desempeña un papel secundario”²⁶⁹.

Nuevamente el autor, en aras de constatar la tendencia sancionatoria manifiesta en los fallos, trae a colación la cuantificación de los daños morales en el ámbito penal, en el que la norma dispone que se debe considerar la naturaleza de la conducta del responsable, supuesto que ya fue explicado anteriormente.

Sin embargo, esta tesis no ha sido pacífica en la doctrina. Debido a que el problema se presenta de igual forma en Francia, varios autores franceses como los hermanos Mazeaud, han señalado que —sabido lo difícil que es apreciar en dinero un perjuicio moral, un dolor, por ejemplo. No puede trazarse ninguna regla precisa al respecto. El juez debe acordarse tan sólo de que tiene por misión fijar una reparación, y no una pena”²⁷⁰.

En el mismo sentido, Sandoval basado en las apreciaciones de Koteich²⁷¹ ha señalado que —es cierto que para liquidar el daño (extrapatrimonial) a la persona aún hoy se apela, como en el derecho Romano, a la equidad o criterio equitativo del juez; sin embargo, consideramos que esta coincidencia no se corresponde con una deliberada o consciente intención del derecho contemporáneo de castigar al agente, sino que obedece exclusivamente a la imposibilidad cierta que existe de servirse o acudir a un criterio deferente al equitativo, en virtud de la propia ausencia de un (valor de) mercado del bien o interés lesionado”²⁷².

Este panorama permite apreciar el valor de los efectos prácticos, aunque se presente la ruptura del esquema teórico. Es innegable que el juez podrá otorgar una suma superior o inferior al perjuicio extrapatrimonial sufrido por la víctima, que

²⁶⁹ CSJ Sala de Negocios Generales, 10 Mar, 1943.

²⁷⁰ MAZEAUD, Henri. *et al. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, Ejea, Tomo III, Vol. I, 1963, p. 553.

²⁷¹ KOTEICH, Milagros. “La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona ¿un retorno a la pena privada del derecho romano?”, en *Obligaciones, contratos, responsabilidad. Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

²⁷² SANDOVAL, *op. cit.*, p. 249.

podrá tener en cuenta elementos adicionales a la extensión del daño, como la gravedad de la conducta del demandado, y hasta en algunas ocasiones, siendo consciente de su actuar, podrá imponer una sanción bajo el nombre de indemnización.

Pero en todo caso, este es el menor —ral²⁷³ que se puede esperar, pues rechazar la indemnización de los perjuicios morales²⁷⁴, por la incertidumbre y los riesgos que genera respecto al principio de reparación integral, y la posible incursión de daños punitivos, resulta un retroceso para el derecho, toda vez que el reconocer las diferentes esferas que integran al ser humano ha sido un paso agigantado en términos jurídicos, que le permite a la víctima acercarse al estado anterior al que se encontraba antes de ocurrido el hecho dañoso. Por ello, aunque los perjuicios morales puedan constituir una excepción al principio de reparación integral, de igual forma son el componente que permite su realización.

En conclusión, es posible que el daño moral permita la incorporación del daño punitivo, disfrazado de reparación en el ordenamiento colombiano, pero en todo caso, no se considera que este sea el propósito de los daños morales. Los perjuicios extrapatrimoniales buscan resarcir a la víctima, aunque sea sólo en un sentido conceptual, por la dificultad que entrañan a la hora de ser tasados. Pese a que en algunas ocasiones, cuando los jueces observan una conducta tan maliciosa y negligente, que atenta directamente contra el bienestar ajeno, toman en cuenta la naturaleza de la conducta del responsable, se cree que esta situación no desnaturaliza la esencia del perjuicio moral, más bien, evidencia la necesidad no solo jurídica, sino humana, de imponer en ciertos casos sanciones. Por ello

²⁷³ Desde una concepción tradicional de la Responsabilidad Civil.

²⁷⁴ Al respecto Le Tourneau afirma que: *“El perjuicio llamado moral no debería seguir siendo indemnizado (incluso si su “reparación” se deriva de la justicia conmutativa), porque en realidad la atribución de una suma de dinero no puede de ninguna manera repararlo (¿quién puede creer que la muerte de un pariente será compensada por daños y perjuicios?). Para que el autor de un daño moral no se beneficie de dicha situación podía considerarse que se le condene a pagar una suma al fondo general de garantía (a título de sanción). Si la oposición pública rechaza demasiado el abandono de la reparación del perjuicio moral, esta podría ser mantenida, pero limitada a una indemnización tarifada y global”*. Tomado de BUITRAGO, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

sería más conveniente reconocer la función sancionatoria de la responsabilidad en ciertos supuestos y regular aquellas situaciones en las que vale la pena aplicarlas.

Lo cierto es que la diferencia entre el perjuicio moral y el daño punitivo no es tan clara, pues tal como fue evidenciado en el capítulo relativo al recuento histórico del daño punitivo en el contexto estadounidense, se llegó a un punto de confusión en el que los autores creían que la concesión de una suma en virtud del dolor y del sufrimiento causado a la víctima con la conducta lesiva se confundía con los daños punitivos.

B. Reconocimiento de una tercera categoría de perjuicios extrapatrimoniales

Una segunda manifestación ha sido el reciente reconocimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de una tercera clase de perjuicio extrapatrimonial; los daños a los bienes personalísimos de especial protección constitucional. Esta categoría fue explicada en el contexto francés, específicamente en el subtítulo de discrecionalidad judicial. Sin embargo, cabe destacar algunos aspectos.

En este caso, varios autores²⁷⁵ han considerado que la Corte incurrió en una “inconsistencia conceptual” pues la estructura clásica de indemnización se ha encargado de reparar las consecuencias ocasionadas por el daño a la víctima, lo que se conoce como los perjuicios, pero en este supuesto, la Corte prescinde de la existencia de las consecuencias generadas con la infracción, e incurre en una práctica bastante cuestionada: la de indemnizar el daño, es decir, la mera infracción, y no el perjuicio, referente a su consumación económica.

Pero más problemático resulta el hecho de la indemnización sin consecuencias, al cuestionarse lo siguiente: ¿Qué se está reparando, si la infracción no causó ninguna consecuencia? ¿Qué fundamenta dicha indemnización? Algunos autores

²⁷⁵ Para más información véase: ROJAS, *El daño a la reparación*, op. cit., pp. 139 - 146, ROJAS QUIÑONES, Sergio. “El Anteproyecto de Ley para la indemnización de los daños a la persona en Colombia”, en *Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 36, IARCE, 2015, pp. 150 -y151 y TAMAYO, *Cada bien lesionado*, op. cit.

se han inclinado por pensar que dicha reparación pretende la reivindicación del derecho, pero para otros, no es más que la manifestación de un daño punitivo, una sanción impuesta al responsable por la violación de un derecho fundamental.

Al respecto, Sergio Rojas ha señalado que la Corte, en efecto —incorporó un nuevo tipo de perjuicio, con el que modificó sensiblemente la concepción tradicional de la responsabilidad y la **acercó al terreno de la sanción**²⁷⁶. (Negrilla fuera del texto original)

En todo caso, el cambio resulta ser bastante reciente, falta esperar como será utilizada esta herramienta por los operadores jurídicos y las implicaciones que tendrá en la concepción de resarcimiento. Lo que augura Rojas parece ser un panorama turbio: —Epago de indemnizaciones derivadas de la sola afectación a un interés, aún sin repercusiones, supone abrir una caja de pandora cuyos efectos, contrastados con la creatividad de la cultura local, son impensados²⁷⁷.

Ahora bien, cabe anotar que la indemnización de la sola afectación del interés tutelado, parece indicar que más que una reparación, lo que se busca es sancionar al infractor por la conducta desplegada.

Agotado el tema de las manifestaciones jurisprudenciales en el contexto colombiano, se pasará a analizar una propuesta legislativa que busca —sustituir²⁷⁸ los problemas que entraña la arbitrariedad judicial, con dicho estudio se pretende determinar si se incluye la figura de los daños punitivos en esta futura regulación.

²⁷⁶ ROJAS, *El Anteproyecto de Ley, op. cit.*, p. 151.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 151.

3.3.3.3 Proyecto legislativo²⁷⁸

El análisis de un proyecto de ley de este tipo, requeriría una extensión considerable, por ello, se propone un estudio del anteproyecto que identifique los factores pertinentes en torno al objeto de estudio y a grandes rasgos ilustre el panorama de la reforma presente en Colombia.

El estudio versará sobre el anteproyecto de ley para la indemnización de los daños a la persona en Colombia presentado ante el Congreso de la República²⁷⁹ y se analizará a partir de las consideraciones plasmadas por Sergio Rojas²⁸⁰, quien perfiló los lineamientos basado en su investigación de maestría.

El anteproyecto responde al —~~el~~ desconocimiento generalizado que existe en el Derecho colombiano en torno a las reglas conforme a las cuales se indemnizan los daños a las personas naturales”²⁸¹.

Los problemas que refleja la práctica judicial y que pretenden ser corregidos con la nueva disposición se agrupan en diferentes temas:

- **No existe un consenso en torno a la concepción del daño a la persona:** el autor evidencia que en diferentes territorios, y a través de los años, los jueces han asumido diferentes posturas en torno a este término. Aunque la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que el daño a la persona no es un rubro autónomo indemnizable, otras providencias lo han considerado como un daño autónomo, diferente a un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial. En otros fallos se ha

²⁷⁸ Aunque hasta este punto no se ha manejado una distinción estricta entre daño y perjuicio, para efectos de esta exposición ambos términos tendrán una connotación diferente: el daño se referirá a la afectación, el hecho sucedido en la realidad; mientras que el perjuicio se referirá a las consecuencias del daño en la esfera patrimonial y extrapatrimonial de la víctima.

²⁷⁹ Al momento de la publicación de este trabajo, el proyecto fue retirado del trámite legislativo, en virtud de unas observaciones hechas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En consecuencia, se está en proceso de ajustar ciertos puntos para así poder ser presentado nuevamente en un futuro cercano.

²⁸⁰ ROJAS, *El Anteproyecto de Ley, op. cit.*, pp. 143 - 193.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 145.

reconocido como un tercer tipo de perjuicios extrapatrimoniales, y una cuarta postura lo considera una tercera categoría de perjuicios patrimoniales.

- **No existe un consenso respecto a la conceptualización del daño:** la jurisprudencia ha confundido la manifestación o expresión real del hecho, con las consecuencias que dicho hecho puede causar en cabeza de la víctima. Esta confusión se ha evidenciado con el reconocimiento que hizo la Corte Suprema de Justicia de un tercer tipo de perjuicios extrapatrimoniales: el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional.
- **Existe una confusión en torno a la “vertebración” de los perjuicios reconocidos:** aunque la Corte ha sido clara en la clasificación de los perjuicios reconocidos en Colombia²⁸², las sentencias del Consejo de Estado y las diferentes denominaciones de los perjuicios han confundido a los jueces respecto a que indemnizaciones se deben reconocer en Colombia.
- **La falta de reconocimiento de ciertas variables que hacen parte de la clasificación del daño emergente:** diferentes elementos se han dejado por fuera de las indemnizaciones como la adaptación de vivienda, las prótesis, los mayores costos de movilidad, la presencia de una tercera persona, entre otros; fruto de una cultura local, que termina por agravar la situación de la víctima.
- **Los errores en la cuantificación del lucro cesante:** pese a que la Corte ha reiterado la fórmula que debe ser utilizada para liquidación

²⁸² Perjuicios patrimoniales: daño emergente, lucro cesante. Perjuicios extrapatrimoniales: daño moral, daño a la vida de relación y afectaciones de los derechos de la personalidad.

del lucro cesante, según el estudio elaborado por Rojas, solo el 19% de las providencias realizan una tasación adecuada.

- **Las diferencias manifiestas en la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales:** Rojas ha puesto en evidencia las diferencias que existen en la cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales en relación con los diferentes territorios, donde unos son más proclives a reconocer sumas más elevadas que otros, lo que rompe tajantemente con el principio de igualdad, pues a una víctima le resulta más beneficioso demandar en Yopal que en Bogotá.

Aunque lo anterior no logra agotar las temáticas que trata el anteproyecto, sí logra resumir los lineamientos básicos sobre los que se estructura la propuesta.

El Anteproyecto entonces propone un sistema flexible que permita —“ajustar los principios conforme a los cuales deben decretarse las indemnizaciones”²⁸³ dejando —un espacio para una sana discrecionalidad judicial de modo que haya una gradual adaptación de la legislación a la realidad”²⁸⁴.

En este sentido, pretende plantear la distinción entre daño y perjuicio, pues la considera esencial para evitar confusiones entre el hecho material, y las consecuencias que se derivan del mismo. Además, busca impedir la presencia de —“vacíos” (la no indemnización de un perjuicio) y —“solapamientos” (múltiples pagos a título de un mismo perjuicio) a partir de una clarificación de las diferentes categorías (vertebraciones) de los perjuicios²⁸⁵.

En búsqueda de construir una teoría que permita la clasificación de los diferentes rubros, la propuesta acoge un sistema de cuatro parámetros generales para esclarecer la diferenciación entre los rubros concedidos: se indemniza el perjuicio,

²⁸³ ROJAS, *El Anteproyecto de Ley, op. cit.*, p. 158.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 158.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 160.

mas no la afectación (daño); se deben diferenciar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales; a su vez se debe identificar el rubro que está siendo indemnizado dentro del esquema ya sea patrimonial o extrapatrimonial; y la indemnización puede variar en consideración al daño causado, si produjo la muerte, o la lesión por ejemplo.

Por otro lado, el Anteproyecto facilita la prueba de los daños emergentes, pues plantea que en caso de que el juez tenga la creencia razonable y justificada de que la víctima incurrió en unos gastos, que no pueda acreditar porque no posee las facturas, por ejemplo, este puede aplicar el criterio de equidad para cuantificarlos a partir de las máximas de la experiencia y el prudente arbitrio judicial.

La propuesta, de igual forma, se enfoca en corregir los perjuicios que han sido ignorados por la cultura local, y regula en qué circunstancias y bajo qué presupuestos conceder: los gastos de adaptación de vivienda, los gastos de adaptación de vehículo, el incremento de los costes móviles, y la ayuda de tercera persona.

Respecto al lucro cesante, el Anteproyecto busca más que imponer criterios novedosos, recopilar y ordenar las reglas que rigen la cuantificación de este. Trata algunos casos específicos que han generado bastante confusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: las amas de casa y las personas dedicadas a realizar tareas de hogar, los menores de edad y cuando no se devengaban ingresos al momento del daño.

Por otra parte, la propuesta pretende la incorporación del mecanismo utilizado por el Consejo de Estado en 2014, mediante el cual, según el autor, se impone un método tarifado de cuantificación de los perjuicios extrapatrimoniales, en búsqueda de eliminar disparidades. Al respecto, se considera que realmente este documento no restringe la discrecionalidad judicial, pues los jueces pueden

apartarse de los criterios extraídos de las Sentencias de Unificación siempre que cumplan con la carga argumentativa.

Y por último, pretende la reestructuración de la clasificación de los perjuicios extrapatrimoniales, en consideración a los rubros que se deben indemnizar, desde criterios más específicos: daño en la dimensión espiritual, daño psicológico-cognitivo, daño afectivo, daño a la dimensión comunicativa, daño estético, daño corporal, daño a la vida de relación.

A partir del esquema que a grandes rasgos se plantea, se puede afirmar que la propuesta es una iniciativa noble, que busca unificar ciertos criterios en materia de indemnización de perjuicios, que han generado situaciones de desigualdad por la falta de claridad que existe respecto a los mismos. El Anteproyecto moldea un sistema abierto, que incorpora ciertos criterios o reglas a tener en cuenta, pero en el que subsiste la discrecionalidad judicial al momento de la fijación del perjuicio.

Sin embargo, en la propuesta nada se establece en torno al daño punitivo, bien sea de forma expresa o tácita. Lastimosamente, el sistema colombiano continúa siendo bastante tímido en relación con este aspecto. Habrá que esperar para saber si la propuesta es acogida por el ordenamiento y para conocer que otro tipo de proyectos son presentados en los próximos años, que tengan por objeto, más allá de corregir conceptos o construcciones jurídicas en aras de adaptar el sistema a un principio de reparación integral absoluto, reconocer abiertamente la función sancionatoria que la responsabilidad puede cumplir de forma excepcional.

3.3.3.4 Críticas en torno al concepto de daño punitivo

No son pocas las críticas que se han planteado en la doctrina tanto del *Civil Law*, como del *Common Law*, en contra de la figura. Los daños punitivos desde su nacimiento han sido un concepto bastante controvertido, que ha generado gran

conmoción y ha exigido la reinterpretación o al menos el replanteamiento de la teoría clásica de la Responsabilidad Civil.

Pese a que, como se ha expuesto, la tesis mayoritaria en Colombia rechaza la incorporación de los daños punitivos en el ordenamiento, resulta pertinente desarrollar los argumentos propuestos por el sector minoritario de la doctrina que aboga por su implementación, toda vez que hoy dichos planteamientos resultan de gran importancia, en virtud de la evolución económica y tecnológica de los últimos años y su impacto a nivel social. En consecuencia, se desarrollarán con mayor rigor aquellas tesis que rebaten las críticas en contra de los daños punitivos, al ser posturas —*novedosas*— que bien podrían estar siendo subestimadas en la doctrina.

Las críticas serán agrupadas en tres categorías:

- Los daños punitivos rompen con el principio de reparación integral.
- Los daños punitivos violan los principios del *non bis in ídem* y de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Adicionalmente, si se considera que se debe imponer una sanción, debe hacerse mediante el esquema penal.
- Si la conducta del responsable debe ser sancionada, de ello se debe encargar el derecho administrativo.

Aunque en la clasificación se ubicó como primera la crítica relativa al quebrantamiento del principio de reparación integral, por considerarse la de mayor importancia y debate en la doctrina, se pasarán a exponer las restantes y se conservará para el final la discusión respecto a la misma.

3.3.3.4.1 Los daños punitivos y el Derecho Penal

Los daños punitivos violan los principios del “*non bis in ídem*” y de “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Adicionalmente, si se considera que se debe imponer una sanción, debe hacerse mediante el esquema penal”.

Esta crítica ha sido abiertamente planteada por varios autores, como Pantaleón Prieto, y abarca diferentes aspectos: en primer lugar, la sanción (la cual no sería en sentido estricto daños punitivos) según ellos, debería ser impuesta por el régimen penal y no el civil, en tanto que la función punitiva subyace del régimen penal y no del esquema civil.

Conforme a este aspecto, vale anotar que no se entrarán a evidenciar las posturas que abiertamente le otorgan a la Responsabilidad Civil una función punitiva o sancionatoria, pues esto ya ha sido expuesto al inicio del análisis del régimen colombiano y puesto en evidencia mediante las diferentes manifestaciones que se han desarrollado.

El debate girará en torno a si es el derecho penal el encargado de regular este tipo de conductas y por qué.

Tal como lo evidencia Buitrago²⁸⁶, en la doctrina existe la idea arraigada de que el derecho penal es el área exclusiva que se encarga de cumplir con una función sancionatoria o punitiva, en aras de garantizar la protección de la sociedad. Varios autores a partir de la definición subjetiva de derecho penal²⁸⁷, han afirmado que es el Estado quien tiene la facultad de sancionar, y justamente lo hace a través del sistema penal. Por ello, no tendría sentido imponer sanciones en el campo civil.

Sin embargo, un componente esencial para entender el alcance del derecho penal no se presenta en esta definición y es que, sin duda, el derecho penal es un

²⁸⁶ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 153.

²⁸⁷ Entendido como el “*ius puniendi*”. Facultad que tiene el Estado de sancionar al ciudadano.

mecanismo de control social, que debería actuar únicamente respecto a las más graves afectaciones²⁸⁸ de los bienes jurídicos más importantes.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-237 de 1997, en cuanto a la función que cumple el derecho penal, ha reiterado que:

—(.) se considera que se trata de una función de extrema instancia y por lo mismo deber ser siempre *ultima ratio*”.

En este mismo sentido, Buitrago²⁸⁹ resalta lo señalado por Jesús Orlando Gómez, apoyado en las consideraciones de Saínz y Fernández Carrasquilla: lo anterior —significa que el legislador debe reservarse el uso punitivo como medida de extrema necesidad, o sea cuando sean insuficientes otros medios de contención de acciones penalmente indeseables con que cuenta el ordenamiento jurídico”²⁹⁰.

El efecto que ha generado el someter la función punitiva exclusivamente al campo del derecho penal, ha sido la continua expansión de esta área y la ineficacia del sistema, acompañada de la congestión judicial. Si el derecho penal se construyó sobre las bases de un sistema de control respecto a las conductas más graves que afectaran los bienes jurídicos más importantes, trasladar todas las cuestiones civiles que merecen una sanción al esquema penal constituye una clara violación a la esencia del derecho penal de ser la *ultima ratio*”.

Así, Ibáñez ha puesto en evidencia el carácter residual del derecho penal y lo absurdo que resulta someter los ilícitos civiles al control penal:

—Lalicitud es de diferente orden: el enriquecimiento sin causa; el incumplimiento de la obligación civil, de familia, mercantil; el despido injustificado de un trabajador, etc., son evidencias de la conducta antijurídica (legalismos) desde la amplia visión del derecho, no obstante, los cuales de resolver la contienda, no son, no deberían

²⁸⁸ O puestas en peligro, cuando el derecho penal adelanta las barreras.

²⁸⁹ *Ibíd.*, pp. 150 y 151.

²⁹⁰ GÓMEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Tomo I. Bogotá, Doctrina y Ley, 2001, p. 100.

ser, entregadas al derecho penal. Solo ante el ilícito meramente penal se enerva esta forma de reacción social formal”²⁹¹.

Llama la atención que mientras la doctrina civil tiende a desplazar más asuntos al derecho penal, en la doctrina penal ha cobrado fuerza la teoría abolicionista²⁹², que sin duda, propende por limitar los alcances del derecho penal a su sentido más restringido. En este orden de ideas, la tendencia de los académicos en el derecho penal, ha sido la de replantear la función de esta disciplina, para así limitar su alcance y comprimir su ámbito de aplicación.

Con fundamento en lo anterior, es claro que el incluir situaciones adicionales, expandiría los alcances del derecho penal, sin mencionar que pervertiría su verdadera esencia. Es por ello que, esta disciplina no debe ocuparse de dicho aspecto.

Gómez reitera este postulado al afirmar que el derecho penal —(.) sólo debe ocuparse de la protección de bienes jurídicos más esenciales para el individuo y la vida social, dejando al resto del sistema jurídico la tutela de otros derechos menos vitales”²⁹³.

Así, el derecho penal tiene otros asuntos que atender, y por ello el derecho civil debe ampliar su alcance y eliminar aquella idea en virtud de la cual el área penal es sinónimo exclusivo y excluyente de sanción.

²⁹¹ IBAÑÉZ, Augusto I. *Apuntes de derecho penal. Parte general*. Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1998, p. 144.

²⁹² En el siglo XIX surgió esta corriente de pensamiento que hace parte de la política criminal y cuyas raíces se desprenden de la criminología crítica. Sus primeros antecedentes históricos van desde el abolicionismo de la esclavitud hasta el abolicionismo de las penas corporales. Esta nueva corriente propone una visión, radical podría decirse, de lo que es el derecho penal y su función, su objeto de estudio, su razón de ser. Sin entrar en detalles, esta teoría presenta diferentes matices, por ello, podríamos hablar del abolicionismo en sentido restringido, que consiste en la supresión o aniquilación de ciertas características determinadas del derecho penal, mas no de su totalidad; y del abolicionismo en sentido amplio, que busca la destrucción de todo el sistema penal, al argumentar que el mismo no cumple con el objetivo que propone y se convierte en un problema cuando realmente debería ser una solución. Para más información véase: DEMETRIO, Eduardo. “De nuevo sobre el pensamiento abolicionista”, en *Cahiers de Défense Sociale. Homenaje a Louk Husman*, 2003. p. 107-129. En línea: <http://www.defensesociale.org/revista2003/07.pdf> [citado en 24 de agosto de 2016]

²⁹³ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 101.

Tal como lo afirma Buitrago, –el Derecho Penal no le interesa hoy atender todas las conductas dañosas y se entiende que no resultaba idóneo para proteger a la sociedad de la cantidad de anomalías que afectan los derechos de las personas”²⁹⁴.

De igual forma, el autor²⁹⁵ expone una situación que resulta ser muy acertada a la altura de esta discusión. Autores como Pantaleón²⁹⁶, han manifestado su deseo de que en supuestos en los que se han impuesto condenas por daños punitivos, como es el caso de las tabacaleras, ejemplo descrito en el capítulo correspondiente a las concepciones de los daños punitivos, se deberían imponer penas como la privación de la libertad.

Buitrago, apoyado en autores como Magri y Taraborelli, ha señalado las falencias de dicha concepción con una pregunta bastante simple: ¿Sobre quién debe recaer la pena de prisión?

Si una de las grandes críticas hecha a los daños punitivos versa sobre la imposición de sanciones a personas jurídicas, que generan un sin número de cuestionamientos, pues no es fácil identificar el sujeto responsable de la conducta; trasladar estos aspectos al contexto penal, lo único que haría es agravar la situación y evidenciar que la pena de prisión no puede ser la medida sancionatoria que se tome en estos supuestos.

Estas consideraciones se ubican en un esquema en el que la doctrina civil le exige al derecho penal encargarse del asunto, mediante los medios punitivos que considere pertinentes para aquellas conductas de carácter civil que requieran sanción (sanciones diferentes al daño punitivo y propias del ámbito penal). Dicha situación resulta bastante gravosa pues supone crear diferentes tipos penales que hasta el momento, ni siquiera se encuentran consagrados y como ya se dijo,

²⁹⁴ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 155.

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 156 y 157.

²⁹⁶ PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid, Dykinson, 2000, p. 442.

ampliar el alcance del derecho penal, lo que probablemente implique el imponer sanciones que afecten en mayor medida los derechos del demandado, más que los mismos daños punitivos.

Pero la crítica no ha llegado únicamente hasta esta petición, otro sector de la doctrina ha considerado que la figura del daño punitivo puede trasladarse al esquema penal y aplicarse desde allí, pues al tratarse de una sanción, esta se adaptaría a las exigencias de este último.

Respecto a esta posición, cabe resaltar que no toda punición o sanción cumple con los esquemas impuestos por el derecho penal. Las sanciones civiles ostentan una naturaleza diferente, pertenecen a una jurisdicción diferente y por supuesto, no se encuentran regidas por las restricciones y el orden del derecho penal en sentido estricto. A la hora de analizar la figura de los daños punitivos, esta no cumple con un parámetro de tipicidad, antijuridicidad ni culpabilidad, no satisface la estructura del derecho penal conforme al principio de legalidad en sentido estricto, ni el rigor probatorio para imponerse la sanción es el mismo.

Por ello, el daño punitivo no puede ser trasladado al esquema penal, al no cumplir con los presupuestos impuestos por este sistema y tener una naturaleza completamente diferente, la de una sanción civil.

Con fundamento en lo expuesto, se puede concluir que la Responsabilidad Civil puede desempeñar una función punitiva de forma excepcional, en aquellos casos en los que el trasladar la conducta al derecho penal resultaría ineficiente y llevaría a su impunidad. Adicionalmente, el daño punitivo goza de una naturaleza diferente a la de las sanciones penales, y no cumple con los estándares impuestos por este sistema, pues no pertenece al mismo.

Sin embargo, dos cuestiones siguen sin ser resueltas, por lo cual se da paso a los planteamientos formulados en torno al principio del *non bis in ídem*".

Sin entrar en mayores precisiones, la doctrina ha sostenido que la incorporación de los daños punitivos al sistema colombiano, atentaría directamente contra el principio constitucional según el cual se prohíbe la doble sanción.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que:

—.(.) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, **y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (...)**". (Negrilla fuera del texto original)

La Corte Constitucional, en Sentencia C-229 de 2008, a partir de los planteamientos moldeados en varias de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, estableció los tres presupuestos necesarios para la configuración de una violación al principio del *non bis in ídem*".

Para que se entienda que se presentó la imposición de una doble sanción, esta deberá recaer sobre el mismo sujeto, versar sobre el mismo objeto, y fundamentarse en la misma causa.

El asunto de mayor discusión radica en la causa, pues en este punto la Corte aclara que dicho elemento está íntimamente relacionado con el bien jurídico tutelado, lo cual significa que si una misma conducta lesiona diferentes bienes jurídicos, es posible imponer diferentes sanciones, siempre que estas tengan funciones diferentes²⁹⁷.

²⁹⁷ Este asunto ha sido bastante controversial en otros campos del derecho, como en el derecho administrativo, donde en varias ocasiones se ha alegado que las sanciones administrativas atentan contra el principio del *non bis in ídem*.

Para algunos autores como Buitrago²⁹⁸, la sanción civil es una sanción autónoma e independiente de la sanción penal, que satisface una función claramente diferente, pues para él la sanción civil cumple de igual forma una función reparadora, respecto a un perjuicio que él ha denominado “al vulneración del ordenamiento jurídico.” Con fundamento en lo anterior, al ambas sanciones tener funciones diferentes, una y otra podrían proceder en un mismo caso.

Según el autor:“(…) siendo la acción civil distinta de la acción penal, cada una puede adelantarse en forma independiente, aun simultáneamente, y pueden imponerse en cada una consecuencias jurídicas, sin que ello signifique violación al principio constitucional *non bis in ídem*”²⁹⁹.

Así, según esta línea de pensamiento, la sanción civil se impone en consideración a los daños sufridos por la víctima, mientras que la sanción penal, obedece a una tasación descrita en el tipo penal.

Sin embargo, otros autores han entendido que de acuerdo con la definición planteada, efectivamente se violaría el principio del *non bis in ídem* en los casos en que se impusiera una sanción penal y adicionalmente, una sanción civil a título de daños punitivos, pues ambas persiguen el mismo fin.

Esta discusión puede ser analizada a partir de las manifestaciones planteadas en el capítulo de concepciones del daño punitivo. Estados Unidos expresamente no se ha referido al principio del “*non bis in ídem*”, pero en los parámetros que ha desarrollado para la imposición del daño punitivo, postula un elemento que genera una especie de equilibrio y es que las sanciones penales y administrativas impuestas sean tomadas en cuenta para la reducción en la cuantificación del daño punitivo³⁰⁰.

²⁹⁸ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 197.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 197

³⁰⁰ En todo caso, la experiencia de Estados Unidos ha demostrado que en la gran mayoría de casos donde se conceden daños punitivos, el derecho penal se ha quedado impávido. Por ello, no es usual que concurren este tipo de sanciones.

Inglaterra, por su parte, ha sido más radical, y ha establecido que cuando sobre la conducta del responsable recaigan sanciones penales o administrativas, no habría lugar a la imposición de daños punitivos.

Parece razonable entonces que si la conducta del responsable es sancionada por el derecho penal, no sea necesaria la imposición de daños punitivos, pues aunque el alcance de la sanción penal es más extenso que el de la sanción civil, incluye la misma finalidad que esta última pretende cumplir: castigar al responsable, generar un efecto preventivo y disuasorio.

En virtud de lo anterior, se cree que el imponer sanciones penales y sanciones civiles en un mismo caso, podría violentar el principio del *non bis in ídem*". Así, en los supuestos en los que el derecho penal considere necesaria la imposición de una pena, el derecho civil no debería intervenir desde una función sancionatoria, pues la sanción penal incluye la finalidad de la sanción civil.

Sin embargo, este postulado presenta un gran problema en el ámbito procesal. Qué pasaría en los casos en que paralelamente se esté tramitando el proceso civil y el proceso penal, y por alguna razón el proceso penal se suspenda. ¿En el proceso civil no se podría fallar pues quedaría pendiente analizar si se impone la pena en el proceso penal para decidir si en el caso pueden concederse daños punitivos?

De llegarse a acoger esta postura, las conversaciones entre los diferentes trámites procesales implicarían ciertas dificultades y probablemente entorpecerían la implementación de la figura. Por ello, en algunos países como Francia, en los casos de responsabilidad médica (situación ajena a los daños punitivos), se ha optado por tramitar los procesos de forma independiente, pues pese a que el principio de congruencia podría verse comprometido, se sacrifica para que en términos prácticos, los derechos a la administración de justicia y a obtener una decisión de fondo se cumplan a cabalidad.

Ante esta última dificultad, existe una solución que podría satisfacer los derechos y principios en juego. Aunque es claro que tanto la sanción civil, específicamente el daño punitivo, como la sanción penal cumplen una misma función o finalidad, usualmente no recaen sobre un mismo sujeto. Por lo general, los responsables en los procesos en que se conceden daños punitivos son personas jurídicas, mientras que las sanciones penales le son impuestas a personas naturales. Bajo este supuesto, el principio del *non bis in ídem* no se vería comprometido, pues las sanciones no recaerían sobre los mismos sujetos, además el proceso penal y el proceso civil conservarían una plena independencia.

No obstante, esta propuesta³⁰¹ presenta una falencia en aquellos casos en los que el daño punitivo recae sobre una persona natural. En consecuencia, este aspecto debe ser analizado más a fondo, estudiar las diferentes alternativas y optar por la que se considere menos lesiva.

Por último, se pasará a exponer la crítica que sostiene que la imposición de daños punitivos rompe con el principio de legalidad (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*).

En el derecho penal se ha buscado una legalización de la intervención punitiva, lo cual ha dado pie a que esta disciplina se construya a la luz del principio de legalidad. Este principio presenta diferentes esferas en el ámbito de la intervención:

- Que el comportamiento punible realizado por el actor esté prohibido previamente.
- Que las formas del juicio estén previamente reguladas.
- Que la ejecución de las sanciones se haga conforme a lo previsto.

³⁰¹Se han planteado otras propuestas en torno a este problema. Por ejemplo, algunos han considerado que si el derecho civil ya intervino, es innecesario que el derecho penal lo haga, lo cual significa que si la conducta del demandado tipifica un delito, pero en el proceso civil se concedió un monto a título de daños punitivos, resultaría innecesaria la sanción que impondría el derecho penal. Este planteamiento parece tener ciertas falencias, pues si la conducta del demandado comporta una grave afectación a los bienes jurídicos más importantes y la finalidad del derecho penal, excede el alcance de las funciones que satisfacen las sanciones impuestas por el derecho civil, parecería que se terminaría por beneficiar al responsable.

Respecto a la primera cuestión, existen algunos autores como Buitrago³⁰², que sostienen que para imponer una sanción civil no se requiere que ella este expresamente descrita, pues el principio según el cual la sanción debe estar dispuesta de forma expresa, rige únicamente en el campo penal. Según el autor, en el área civil, se puede extraer un principio general a partir de las manifestaciones sancionatorias que consisten en la imposición de sanciones civiles en aquellos casos en los que se presenten dolo o culpa grave. Por ello, —al labor del intérprete es reconstruir unitariamente el ordenamiento jurídico sin dejarse distraer por la existencia de múltiples valores y/o bienes jurídicos³⁰³.

Así, para estos casos, según Buitrago, podrían emplearse otros mecanismos para imposición de sanciones como la analogía.

Aunque la sanción civil no constituye una sanción penal, se considera que si debe cumplir con el principio de que no exista pena sin ley previa, pues tal como lo pone de manifiesto Buitrago, sin que esa sea la orientación que le da a la afirmación, los casos en los que se consagran sanciones civiles están previamente estipulados en el Código Civil y contribuir a una teoría que proponga dejar la imposición de sanciones a discrecionalidad del juez, sin unos parámetros claros, sin duda atentaría directamente contra los derechos del responsable, sin mencionar que generaría un caos jurídico.

En todo caso, esto no parece un impedimento para la incorporación de los daños punitivos, por el contrario, se considera que su implementación requeriría una ley³⁰⁴ que regulará la materia de forma adecuada y precisa, que no exigiría la misma rigidez del principio de legalidad y tipicidad, establecido en la legislación penal, pero que sin duda, debería plantear de manera clara los elementos en virtud de los cuales procede y su cuantificación.

³⁰²BUITRAGO, *op. cit.*, pp. 228 - 231.

³⁰³*Ibid.*, p. 230.

³⁰⁴“Para incorporar esta propuesta, lo ideal sería contar con una reforma legal que regulara expresamente los parámetros objetivos a los que debe sujetarse la imposición de los daños punitivos”. Para más información véase: ROJAS, *op. cit.*, p. 369.

Además, la implementación de una regulación expresa de la figura resolvería de igual forma una crítica que no será planteada de forma autónoma y es el enriquecimiento de la víctima. La existencia de una ley que disponga una sanción en cabeza del responsable y a favor de la víctima, conllevaría a que el enriquecimiento de esta última tenga una fuente legítima: la ley³⁰⁵.

El segundo elemento que ha sido constantemente cuestionado se refiere al proceso mediante el cual se deben imponer sanciones. Muchos autores han afirmado que el proceso civil resultaría inconstitucional pues —demandado no tendría la posibilidad de beneficiarse de las garantías típicas del proceso penal, tales como: rechazo a la autoincriminación o el beneficio de la duda, con lo cual se violarían garantías constitucionales³⁰⁶.

Este ha sido un tema duramente confrontado en la doctrina norteamericana. En este contexto, Pizarro ha manifestado que —más que la abolición de los daños punitivos, lo que el sistema estadounidense necesita es un proceso que asegure mejores posibilidades de defensa al demandado en estos casos³⁰⁷.

Sin embargo, la afirmación no se puede llevar al extremo de replantear el proceso civil en términos penales, situación que podría llevar a un desbordamiento de garantías procesales, pues la sanción³⁰⁸ que se impone en el derecho civil no es una sanción penal.

Y es que en el proceso civil, se satisface de igual forma el derecho al debido proceso, toda vez que esta figura no es exclusiva del proceso penal. Así, tal como

³⁰⁵ Sobre este tema las críticas podrían continuar pues, aunque existiera una fuente que sustenta el enriquecimiento de la víctima, algunos autores podrían insistir en que esa ley carece de fundamento. Por ello, frente a este problema se han propuesto otras medidas como que el valor sea otorgado no a la víctima sino a un fondo a favor de las víctimas o al Estado. Esta posibilidad fue explicada en el acápite de Estados Unidos.

³⁰⁶ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 181.

³⁰⁷ PIZARRO, Ramón. “Daños punitivos”, en AGOGLIA, María. M. *et. al. Derecho de daños. Segunda parte.* Buenos Aires, La Roca, 1996, p. 312.

³⁰⁸ Tienen una naturaleza menos gravosa.

lo señala Buitrago, el proceso civil debe estar —vestido de todas las garantías constitucionales (...)"³⁰⁹.

A partir del análisis adelantado en torno a la figura de los daños punitivos en Estados Unidos, se resaltó una situación que puede aclarar la comprensión de la situación. Respecto al estándar probatorio, en la mayoría de estados, se acoge un estándar intermedio entre el civil y el penal, denominado —evidencia clara y convincente—. Así, en Estados Unidos el régimen probatorio se ha adaptado a las figuras, sin ser tan estricto o rígido como el derecho penal, pero contribuyendo a que las garantías del responsable sean respetadas.

Por supuesto que en caso de que en la legislación colombiana se incorporaran los daños punitivos, se tendrían que hacer algunas adaptaciones al proceso, pero esto es muy diferente a pretender importar toda una serie de garantías, limitaciones y restricciones del proceso penal al proceso civil.

No sobra señalar que, el derecho civil en supuestos específicos y restringidos, ha desempeñado una función sancionatoria en uso del proceso ordinario que se establece en la legislación civil, y ante esto no han existido objeciones, lo cual reitera la idea de que las sanciones civiles, que versan sobre un contenido económico, tienen una naturaleza diferente a las sanciones penales, y por ello su regulación puede ser diferente, siempre que se respeten las garantías procesales del responsable³¹⁰.

Así, se considera que el proceso civil, con algunos ajustes al incorporar una etapa que se refiera a la concesión de daños punitivos, cumple con las garantías procesales exigidas, entre estas el derecho al debido proceso y derecho a la defensa.

Con esto, terminan las críticas referentes al campo penal. Ahora se pasarán a analizar las críticas que han girado en torno a la concurrencia de una sanción civil

³⁰⁹ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 185.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 184.

entendida bajo la figura del daño punitivo y la concurrencia de las sanciones administrativas.

3.3.3.4.2 *Los daños punitivos y el Derecho Administrativo*

—Si la conducta del responsable debe ser sancionada, de ello se debe encargarse el derecho administrativo”.

La segunda crítica en contra de los daños punitivos, es bastante similar a una de las propuestas en el derecho penal, la cual se refería a la violación al principio del *non bis in ídem*. En consecuencia, la exposición del debate no requerirá ser muy extensa, pero sí exige señalar ciertas particularidades que resultan importantes al momento de comprender la discusión.

En sentencia de única instancia del 23 de septiembre de 2003, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación penal, a propósito de la violación del principio al *non bis in ídem* —que varios académicos han sustentado respecto a las acciones adelantadas por el derecho penal y el derecho administrativo, sobre una misma persona por una misma conducta, afirmó que:

—Por ello, no es apropiado exigir prejudicialidad en materia fiscal o administrativa con posibilidad de enervar la iniciación de la acción penal, no tiene asidero reclamar la aplicación del principio constitucional *non bis in ídem*, frente a la tramitación simultánea o sucesiva de los procesos penales, disciplinarios y fiscal”.

Esta premisa se ha apoyado en que cada medida sancionatoria busca una finalidad diferente, los fundamentos en los que se estructuran difieren. Por ello, el debate se centra en determinar si las sanciones administrativas cumplen la misma finalidad de los daños punitivos.

Conforme a este punto, no hay muchos autores que se adentren en el tema. Buitrago³¹¹ por ejemplo, afirma que no se configura ninguna violación, pues el daño punitivo adicional a la función sancionatoria ostenta una función indemnizatoria, con la que la sanción administrativa no cuenta, por ello no se rompería con el principio del *non bis in ídem*.

Llevar a cabo un estudio detallado de lo que se ha entendido, son las funciones que satisfacen las sanciones administrativas, excede con creces el objeto de estudio del trabajo. Bastaría con referenciar algunas de las consideraciones que ha hecho la Corte Constitucional en Sentencia C- 818 de 2005 respecto al tema, al manifestar que:

La potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal.

Pareciera que las sanciones administrativas no buscan directamente dos funciones esenciales, el castigo del responsable y la prevención y disuasión de conductas futuras, siendo estas las funciones principales del daño punitivo.

Más allá de un aspecto meramente teórico, es claro que en la práctica las sanciones administrativas no han satisfecho las funciones que se pretenden con los daños punitivos, por varias razones que serán expuestas a continuación, con apoyo de las consideraciones hechas por Buitrago³¹²:

En primer lugar, las sanciones administrativas no han sido expandidas a un campo considerable de supuestos que abarquen los posibles destinatarios de las sanciones civiles. Aunque en ciertos casos las sanciones podrían concurrir, sin

³¹¹ *Ibid.*, pp. 199 y 200.

³¹² *Ibid.*, p. 200.

duda en la mayoría de los casos en los que se ha concebido la imposición de los daños punitivos, el derecho administrativo no ha ejercido su poder sancionador, y ha resguardado las conductas de los responsables en la impunidad.

En segundo lugar, el tema de la prevención y la disuasión de conductas lesivas ha sido relegado a un segundo plano en el campo administrativo. Aunque en las áreas de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia se han impuesto varias sanciones pecuniarias por parte de la Superintendencia, la creciente realización de estas conductas evidencia que la sanción impuesta no representa un desincentivo que tenga como efecto la reducción o eliminación de dichas prácticas.

Pese a que las multas han ido en ascenso, solo ha sido respecto a unos supuestos específicos en el sector del mercado, que al ser calculadas con valores fijos pueden generar dos efectos, ambos lesivos: o imponer una sanción que sea tan alta para el patrimonio del responsable que termine por someterlo a un proceso de insolvencia o imponer una sanción que respecto al patrimonio del responsable, no represente una pérdida considerable y no tenga ningún efecto preventivo o disuasorio sobre él.

Termina en este último caso la sanción administrativa, por ser un incentivo para incurrir en la conducta dañosa, pues el responsable puede concluir que el provecho que obtiene es mucho mayor que lo que debe pagar por concepto de indemnización y sanción administrativa.

Resulta básico señalar dos particularidades del daño punitivo que corrigen estas circunstancias:

1. En algunos países en los que se ha implementado la figura, el juez o el jurado pueden conocer el patrimonio del responsable y así ajustar la sanción a un monto que sea significativo respecto a cada patrimonio en concreto, pero que a la vez no lo desestabilice económicamente.

2. El responsable nunca conoce con exactitud la suma que le será impuesta, por ello se cumple a cabalidad con el efecto preventivo y disuasorio, pues este no puede calcular el costo del ilícito.

Por último, la práctica ha demostrado que muchas de las conductas que en un principio serían sancionadas por el derecho administrativo son pasadas por alto, es decir, –a la imposición de la sanción no es probable³¹³. Por ello, los responsables prefieren arriesgarse y dañar, en vez de incurrir en gastos para prevenir, y solo en unos pocos casos serán sancionados por ello.

Con esto se puede concluir que serían excepcionales los supuestos en los que concurrirían la sanción administrativa y el daño punitivo y con fundamento en lo expuesto, se considera que ambas sanciones cumplen funciones diferentes, lo cual significa que no se configuraría una violación respecto al principio del *–non bis in ídem*”.

Lo que sí parece pertinente es aclarar que en un caso donde ambas sanciones concurren, resulta adecuado que la suma impuesta a título administrativo, sea tomada en cuenta para graduar la cuantía del daño punitivo y en caso de que la primera resulte muy alta, el juez pueda prescindir de la imposición de la segunda.

Esta idea³¹⁴ fue tratada en el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños realizado en Buenos Aires en octubre de 2002:

Sin duda, podría objetarse que la aplicación de daños punitivos en las relaciones de consumo podría conducir a consecuencias económicas demasiado gravosas para el dañado, máxime si se tiene en cuenta que la misma ley prevé la aplicación de sanciones en sede administrativa. Esta observación no es novedosa, y ha sido frecuentemente invocada por los críticos de la figura de los daños punitivos, quienes señalan que en determinados casos se verificaría un –exceso de punición”. Contestamos, siguiendo a Galdós, que son muchos los hechos jurídicos que pueden dar

³¹³ *Ibid.*, p. 200.

³¹⁴ Tomado de: *Ibid.*, p. 201.

lugar a más de una sanción. En estos supuestos, corresponderá en última instancia que el juez observe la integralidad del caso, juzgando la situación a la luz del principio de razonabilidad que debe guardar en toda sentencia.

Con lo anterior concluye la exposición de dos de las críticas más importantes en contra de los daños punitivos, el desarrollo de los argumentos enfrentados y una breve referencia respecto a la opinión personal.

Para concluir con esta investigación, se pasará a analizar la tercera crítica: la ruptura del principio de reparación integral a partir de la existencia de los daños punitivos. Esta sí de forma más detenida, por constituir una de las cuestiones centrales que se pretenden plasmar en el trabajo.

3.3.3.4.3 Los daños punitivos y el principio de reparación integral

—Los daños punitivos rompen con el principio de reparación integral”.

Francia ha sido uno de los mayores exponentes del principio de reparación integral. Este principio rige la función y la organización del sistema de responsabilidad francés, el cual ha sido acogido por la mayoría de países del *Civil Law*, incluido Colombia. Sandoval reproduce los establecido por Viney³¹⁵, en torno a la función de la Responsabilidad Civil:

—El derecho de la responsabilidad civil está orientado, como objetivo prioritario, en la equivalencia de todos los daños causados y la reparación que se debe otorgar”³¹⁶.

³¹⁵ VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil. Les effects de la responsabilité*. Paris, LCDJ, 2001, pp. 111 - 120.

³¹⁶ SANDOVAL, *op. cit.*, p. 240.

En Colombia el principio de reparación integral ha desplegado un papel fundamental en la construcción del sistema de responsabilidad. La función que se le ha atribuido a la Responsabilidad Civil ha sido la de indemnizar el daño, para llevar a la víctima al estado en el que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso, sin que esta última resulte beneficiada con un excedente que termine por enriquecerla, ni resulte perjudicada con una cuantía inferior a la necesaria para restablecer su estado anterior.

Para comprender el alcance, la incidencia y la importancia del principio, se expondrán algunas definiciones, formuladas por varios autores, en su mayoría colombianos, respecto a la función de la responsabilidad y el principio de reparación integral.

Para Javier Tamayo —al responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros³¹⁷. En el mismo sentido, Hinestrosa afirma que —el derecho de daños es un imperativo de restablecimiento de lo perdido por obra ajena, y nada más³¹⁸.

Arturo Solarte, por su parte afirma que

Hay consenso en el derecho contemporáneo en el sentido de que si un sujeto causa un daño a otro, sin que exista una fundamento jurídico para que el damnificado deba soportar dicho detrimento, se produce una reacción del ordenamiento jurídico con el propósito de que esa lesión o menoscabo, que debe ser cierto, directo, personal y debe haber afectado un interés lícito de la víctima, sea reparado o compensado por el autor de la conducta o por quien por él deba responder, para efectos de que el

³¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo 1*. Bogotá, Legis Editores S.A., 2007, p. 8.

³¹⁸ HINESTROSA, Fernando. *Escritos varios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 727.

perjudicado quede en una situación similar a la que tendría si el hecho dañoso no hubiera ocurrido³¹⁹.

Pizarro, autor argentino, se refiere al principio de reparación integral en los siguientes términos:

—Efecto, una vez determinados cuáles son los daños que el sistema considera que son resarcibles, el principio de la reparación plena o integral suele ser invocado, ya de manera más precisa y rigurosa, como la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación, presuponiendo de tal modo una evaluación en concreto³²⁰.

Laura Victoria García y María Carolina Herrera, con fundamento en las consideraciones de Javier Tamayo³²¹, al referirse a la normativa que rige el esquema de responsabilidad colombiano afirman que de dichas normas —se desprende un importante principio que orienta la reparación del daño: la víctima tiene derecho a la reparación total del daño sufrido, pero no más³²².

Navia Arroyo, por su parte, expone la función que debe desempeñar el juez para el pleno cumplimiento del principio de reparación integral:

—(.) el juez, si quiere cumplir -y está obligado a hacerlo- con el precepto de indemnización integral, deberá determinar con exactitud no sólo cada una de esas lesiones, sino que además deberá valorarlas y sumarlas para que pueda hablarse, a ciencia cierta, de una reparación total³²³.

Alexandra Pinori realiza una afirmación que de forma tajante refleja claramente la concepción clásica del principio de reparación integral:

³¹⁹SOLARTE, *op. cit.*, p. 15.

³²⁰PIZARRO, Ramón Daniel. “La Reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situación actual. Perspectiva”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. En línea: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpizarro> [citado en 24 de agosto de 2016]

³²¹TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la Responsabilidad Civil*, Tomo IV. Bogotá, Temis, 1999, p. 189.

³²²GARCÍA y HERRERA, *op. cit.*, p. 224.

³²³NAVIA ARROYO, Felipe. “Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”, en *Revista de derecho privado*, Nro. 12-13, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 291.

—Potanto, la función de compensación económica que la regla de la reparación integral desarrolla, en términos generales permite considerar irrelevante para la determinación de la magnitud del resarcimiento patrimonial, el grado de culpabilidad del responsable y el eventual enriquecimiento del mismo responsable, incluso si es mayor del perjuicio acarreado”³²⁴.

Y Juan Carlos Henao pone en evidencia las consecuencias que se generan cuando se rompe con el principio de reparación integral: —Si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la —víctima”; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima”³²⁵.

Con fundamento en las diferentes afirmaciones de varios de los autores más reconocidos en Colombia, se reitera el presupuesto de que el principio de reparación integral tiene plena vigencia en Colombia y constituye el elemento exclusivo según algunos, o en todo caso principal, que rige la Responsabilidad Civil Colombiana.

Llama la atención el hecho de que para hallar la definición del principio de reparación integral se deba recurrir a la definición de responsabilidad, pues bajo las construcciones doctrinales que han sido puestas en evidencia, hablar de responsabilidad es sinónimo de reparación integral. Tal como expone Solarte: —Efecto, el principio de reparación integral del daño se deriva de la naturaleza indemnizatoria eminentemente reparatoria de la responsabilidad civil (...)”³²⁶.

Aunque esta es la postura mayoritaria de la doctrina en Colombia, no se debe olvidar que ciertos autores han reiterado que la función reparatoria no es exclusiva, y que la Responsabilidad Civil satisface otras funciones como la

³²⁴ PINORI, Alexandra. “Principios generales y reglas del resarcimiento del daño”, en *Seminario Internacional de Responsabilidad Civil y del Estado, presente y futuro*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 32.

³²⁵ HENAO, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45.

³²⁶SOLARTE, *op. cit.*, p. 17.

preventiva, e incluso la sancionatoria³²⁷. Al respecto Solarte precisa que hoy es reconocido por muchos, que la responsabilidad genera un efecto preventivo y hasta sancionatorio, no como una función autónoma, pero si como una consecuencia:

—(.) si bien en la actualidad no se discute que mediante la aplicación de las normas sobre responsabilidad sea posible -y deseable- generar efectos preventivos, o que incluso se acepte, no sin resistencia, que en algunos supuestos se deriven consecuencias sancionatorias cuando el ordenamiento así lo establezca (...)"³²⁸.

En todo caso, la doctrina colombiana conserva la idea de que —al finalidad principal de este sistema normativo continúa siendo la reparación de los daños injustamente sufridos por las víctimas"³²⁹.

Ahora bien, el principio de reparación integral no ha sido exclusivamente estudiado por la doctrina colombiana. De igual forma, la jurisprudencia en varios pronunciamientos ha reconocido la vigencia del principio y su alcance.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 3 de septiembre de 1991, en sede de Casación Civil se refirió al principio de reparación integral en los siguientes términos:

(...) ciertamente puede decirse cuando el artículo 2341 del Código Civil prescribe que —el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”, se adopta en armonía con el inciso 2° del artículo 1649 del Código Civil, el principio según el cual la prestación de la obligación resarcitoria llamada indemnización, tiene como límite cuantitativo aquel que, según su función de dejar indemne (sin daño), alcance a reparar directa o indirectamente el perjuicio ocasionado, para el restablecimiento, en sus diferentes formas, de la misma situación

³²⁷ Este tema fue previamente expuesto en el acápite 6.3.3.1. del presente escrito, relativo a las funciones de la responsabilidad en el contexto colombiano.

³²⁸ SOLARTE, *op. cit.*, p. 17.

³²⁹ *Ibid.*, p. 17.

patrimonial anterior, lo que a su vez, indica, de una parte, que aquélla debe ser completo para que como satisfactoria extinga la obligación correspondiente, y, de la otra, no se constituya, el mismo daño como causa o fuente idéntica de indemnización y también como fuente de enriquecimiento para el victimario (...).

Este no ha sido el único pronunciamiento en dicho sentido, en Sentencia del 5 de noviembre de 1998, La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, reiteró:

—(.) pero si bien el autor del perjuicio no debe indemnizar menos de lo que debe, es lo cierto que tampoco está obligado a indemnizar más de lo que es. Repara no más que los daños efectivamente causados”.

Asimismo, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a la indemnización y ha propuesto el principio de reparación integral como un criterio orientador para la misma. En Sentencia C-197 de 1993, del 20 de mayo³³⁰, afirmó que:

—el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”.

Y aunque hasta hace poco, el principio de reparación integral era de dominio exclusivo de la jurisprudencia y de la doctrina en el contexto colombiano³³¹, con la Ley 446 de 1998, el legislador procedió a su consagración³³² expresa en el artículo 16:

³³⁰ Sentencia en la que se analiza la constitucionalidad del Decreto 444 de 1993 “*Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas*”. En la misma se establece que de condenarse a la Nación o a las entidades públicas a reparar a las víctimas de atentados terroristas, el monto total de los perjuicios sea tasado conforme a los principios de justicia, equidad y reparación integral.

³³¹ Tal como lo pone de manifiesto Arturo Solarte, aunque en la legislación civil no existía una norma que se refiriera expresamente al principio de reparación integral, en la legislación penal, ya se establecía un principio de reparación plena para la extinción de los procesos en curso referentes a delitos contra el patrimonio económico. Para más información véase: SOLARTE, *op. cit.*, p. 17.

³³² Posteriores disposiciones se han referido al principio de reparación integral, como la Ley 906 de 2004 (el Código Penal) al consagrar el incidente catalogado de “reparación integral”, la Ley de justicia y paz y el Marco jurídico para la paz. Para más información véase: *Ibíd.*, p. 18.

—Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, **atenderá los principios de reparación integral y equidad** y observará los criterios técnicos actuariales”. (Negrilla fue del texto original)

Norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-114 de 1999.

En este orden de ideas, se puede afirmar que hoy en Colombia la Responsabilidad Civil se rige por el principio de reparación integral. Sin embargo, el alcance y las consideraciones del mismo gozan de una mayor extensión a la puesta en evidencia hasta el momento, pues inclusive su clasificación dentro del marco de principio³³³ ha sido una cuestión discutida por la filosofía del derecho.

³³³ Existe una discusión en torno a la clasificación de la reparación integral. En la doctrina se ha debatido si la reparación integral constituye una regla o un principio, y aunque esta discusión excede por mucho el alcance del presente estudio, parece conveniente plantear la situación y acoger una clasificación, pues ello tiene incidencia práctica en la aplicación del concepto y su entendimiento. Con fundamento en las consideraciones de Sandoval se expondrán a grandes rasgos algunas de las conceptualizaciones del tema: En primer lugar, Sandoval, basado en los postulados de Atienza y Ruíz Manero, expone las diferentes acepciones que el término principio puede presentar.

Existen varias clasificaciones, entre ellas hay: principio *“entendido como norma general que regula casos cuyas propiedades relevantes son en extremos generales”*, principio *“como norma cuyo términos son particularmente vagos”*, principio *“como norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico”* y principio *“en el sentido de norma programática o que estipula la obligación de perseguir determinados fines o resultado”*, aunque la clasificación de Atienza no se agota allí, esta última acepción, a consideración de Sandoval, representa el artículo 16 arriba citado, referente a la reparación integral.

En la búsqueda de aclarar la diferenciación entre regla y principio, y el alcance práctico que esta distinción tiene, Sandoval expone la argumentación de Alexy, en la que se aclara que un principio es una norma orientada a que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, en atención a diferentes consideraciones, como los presupuestos fácticos y jurídicos, es una cuestión de grados; mientras que las reglas son mandatos definitivos, donde o se cumple o se incumple, es una cuestión de todo o de nada. Ante esta diferenciación cabe resaltar las reglas y los principios tienen una naturaleza jurídica diferente en el ordenamiento jurídico. Cuando existe una confrontación entre dos reglas se utilizan criterios de validez o de excepción mientras que en el campo de los principios, la colisión se soluciona a partir de *“la ley de colisión”*, en estos casos *“quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”*, el cual no resulta para nada claro en una situación determinada, y lo más probable es que sea objeto de controversia. Según Sandoval con fundamento en lo expuesto, la reparación integral constituiría un principio, pues es *“aquello que debe tratar de lograrse a pesar de su vaguedad”*. Sin embargo, concluye que la obligatoriedad del principio es acogida de forma estricta tanto en el campo legislativo como jurisprudencial, y por ello el contexto en el que se ubica es que *“se parte de la necesidad de indemnidad total que en circunstancias especiales o indemnizables llevan a considerar las posibilidades fácticas como jurídicas”*. Para más información véase: SANDOVAL, *op. cit.*, pp. 243 - 247, ATIENZA, Manuel y RUÍZ

Al tomar como punto de partida la premisa según la cual la reparación integral es un principio, que constituye una cuestión de grado, pero que en todo caso, es obligatorio en el esquema de la responsabilidad y de la indemnización, se pasarán a analizar algunos criterios en aras de bosquejar el alcance del principio con base en lo expuesto por Solarte³³⁴, apoyado en las consideraciones desarrolladas por Karl Larenz³³⁵, Chartier³³⁶, Martin Casals³³⁷ y Santos Ballesteros³³⁸.

En primer lugar, la cuantificación del perjuicio debe basarse en tres elementos: la víctima, su patrimonio y las condiciones subjetivas y concretas en las que ocurrió el hecho dañoso. Lo anterior significa que la reparación es plena únicamente cuando se logra poner a la víctima en el estado en el que se encontraría en caso de no haber ocurrido el hecho dañoso³³⁹. Aquí hay un avance digno de resaltar, ya no se habla de regresar a la víctima al estado anterior, sino de ubicarla en el estado que estaría en caso de que el hecho dañoso no hubiera ocurrido, lo cual resulta una concepción guiada a buscar una mayor protección.

En este punto, las condiciones específicas y particulares de la víctima deben ser valoradas. Por eso la reparación integral exige que la cuantificación se haga en virtud del caso concreto. Sin embargo, cuando existen situaciones concretas análogas, dichas víctimas deben recibir indemnizaciones similares, en virtud del principio de igualdad.

MANERO, Juan. "Sobre principios y reglas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°10, Universidad de Alicante, 1991, pp. 103 y 104 y ALEXU, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95.

A partir de las consideraciones expuestas, sin entrar en mayor detalle, pues varias de las posturas desarrolladas tienen grandes contradictores, para efectos de este trabajo la reparación integral será considerada como un principio.

³³⁴ SOLARTE, *op. cit.*, pp. 19 – 24.

³³⁵ LARENZ, Karl. "Derecho de obligaciones", en *Revista de Derecho Privado*, 8 edición, 1958, p. 196.

³³⁶ CHARTIER, Yves. *La reparation du prejudice*. Paris, Dalloz, 1996.

³³⁷ MARTÍN CASALS, Miquel. "La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual", en *Cuestiones actuales en Materia de Responsabilidad Civil*. Universidad de Murcia, Servicios de Publicaciones, 2011, pp. 71 y ss.

³³⁸ SANTOS, Jorge. *Responsabilidad civil. Parte general*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Temis, 2012, p. 339.

³³⁹ SOLARTE, *op. cit.*, p. 20.

En segundo lugar, debe existir una relación causal entre el hecho ilícito y el daño. Dicha premisa está orientada a destacar el hecho de que el principio de reparación integral únicamente procede cuando se cumplen los presupuestos que rigen el esquema de responsabilidad. Por ello se requiere que el daño causado sea la consecuencia de la acción u omisión del agente dañador.

En tercer lugar, la cuantía otorgada a título indemnizatorio no puede constituir una fuente de enriquecimiento para la víctima, toda vez que el principio de reparación integral busca dejarla en un estado de indemnidad, ubicarla en el lugar en que se encontraría de no haber acaecido el hecho, pero no reportarle un beneficio adicional, pues ese provecho no tendría una fuente jurídica que lo soportara, por lo que sería un enriquecimiento injustificado.

En cuarto lugar, al momento de indemnizar los daños, se deben discriminar los diferentes rubros para no incurrir en vacíos o solapamientos. Esta situación incluye la vertebración del perjuicio, es decir, si el monto se otorga con fundamento en un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial, y a que rubro corresponde. Las sumas globales³⁴⁰ atentan contra el principio de reparación integral pues ello —no permite determinar la adecuada correspondencia entre los perjuicios cuya indemnización se solicita y el monto de los daños³⁴¹ sin mencionar que abre la puerta para que los jueces, encubran sanciones bajo el título de indemnizaciones.

Por último, el grado de culpa del agente dañador no debe tener impacto alguno en la estimación del perjuicio. Este postulado se explica a partir del elemento básico que rige el principio de reparación integral, se indemniza el daño, todo el daño y nada más que el daño. La reprochabilidad de la conducta del demandado no debe tener ninguna incidencia en la estimación del monto indemnizatorio. Es justamente este criterio el que ha motivado en gran parte a quienes están en contra de la figura de los daños punitivos.

³⁴⁰Entiéndase por “suma global” aquella suma única que es otorgada a título de indemnización sin discriminar cada concepto.

³⁴¹SOLARTE, *op. cit.*, p. 24.

El principio de reparación integral ha ocupado varias páginas de los manuales de responsabilidad y sus alcances, que tal como fue expuesto previamente, se encuentran bien delimitados. Sin embargo, existen ciertos supuestos que no encuadran en las premisas expuestas y que han sido catalogados por varios, como excepciones al principio de reparación integral.

Autores como Sandoval³⁴², han puesto en consideración un caso que parecería no cumplir con el primer criterio propuesto por Solarte y es la limitación de las cuantías indemnizatorias.

El autor se refiere a dos casos específicos que resultan ser bastante interesantes, respecto a la limitación de indemnizaciones en situaciones de incumplimiento del contrato de transporte terrestre y aéreo.

El Capítulo III del Código de Comercio regula el contrato de transporte de cosas y en su artículo 1031 establece lo referente al valor de la indemnización:

(...) No obstante, y por estipulación expresada en la carta de porte conocimiento o póliza de embarque o remesa terrestre de carga, **las partes podrán pactar un límite indemnizable, que en ningún caso podrá ser inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del valor declarado.**

En eventos de pérdida total y pérdida parcial por concepto de lucro cesante el transportador pagará adicionalmente un veinticinco por ciento (25%) del valor de la indemnización determinada conforme a los incisos anteriores. Si la pérdida o avería es ocasionada por dolo o culpa grave del transportador éste estará obligado a la indemnización plena sin que valga estipulación en contrario o renuncia.

En el evento de que el remitente no suministre el valor de las mercancías a más tardar al momento de la entrega, o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero el artículo 1010, **el transportador sólo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor**

³⁴² SANDOVAL, *op. cit.*, pp. 255 y 256.

probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega el destinatario. En el evento contemplado en este inciso no habrá lugar a reconocimiento de lucro cesante (...). (Negrilla fuera del texto original)

Sin entrar en mayor detalle, se observa que el artículo dispone unos montos tarifados para las indemnizaciones, que excluyen en el caso concreto la indemnización plena, ya sea por una conducta del remitente o por pacto expreso entre las partes.

Lo mismo sucede en los casos de transporte aéreo, donde los Convenios internacionales, como el Convenio de Varsovia de 1929 y el Convenio de Montreal de 1999, ambos ratificados por Colombia, han establecido topes indemnizatorios respecto a la reparación en caso de muerte o lesiones de pasajeros. Hasta la misma regulación nacional, aplicada en los casos en que ocurra un accidente aéreo y el contrato de transporte no pueda clasificarse dentro de las reglas de los tratados, estipulada en el Código de Comercio, prevé tarifas indemnizatorias.

Según Guzmán, la aplicación de estas disposiciones se fundamenta en —razones de política legislativa, motivada por el hecho de permitir al transportador unas condiciones para el ejercicio de su oficio o profesión, que le permiten disminuir el riesgo de su responsabilidad civil, en retribución a la prestación de un servicio público como el de transporte”³⁴³. En palabras de Sandoval, las condiciones económicas, de aseguramiento y estabilidad del sistema fundamentan la normativa expuesta.

En estos supuestos, es claro que el principio de reparación integral no tiene aplicación estricta y por ello constituyen ejemplos que ponen en evidencia el carácter de principio que ostenta este postulado; son normas que han sido sustentadas en atención al principio de estabilidad económica del sistema, que en

³⁴³ GUZMÁN, José V. *Contratos de transporte*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 144.

el caso concreto, luego de colisionar con el principio de reparación integral y surtirse la ~~ley~~ de la ponderación”, ha prevalecido la aplicación del primero.

Sin embargo, estos supuestos no han sido los únicos que han cuestionado la aplicación absoluta del principio de reparación integral. Otro supuesto que parece contrariar el último criterio expuesto respecto a este principio es el artículo 1616 del Código Civil, en el cual se dispone:

RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN LA CAUSACION DE PERJUICIOS. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

Esta norma aplica en el campo contractual y establece que la gravedad de la conducta determina los perjuicios que serán indemnizables. Si la conducta del deudor es culposa, se reparan los perjuicios directos previsibles, mientras que si la conducta es dolosa³⁴⁴, se reparan los perjuicios directos previsibles e imprevisibles.

En el campo extracontractual esta norma no tiene ningún efecto: la conducta del responsable no determina los tipos de perjuicios indemnizables, sea que el autor actúe con culpa o dolo, se reparan los perjuicios directos, tanto previsibles como imprevisibles.

³⁴⁴ La doctrina, en virtud de una interpretación sistemática de las normas del Código Civil, ha incluido los supuestos de culpa grave, pues en varios artículos el Código equipara ambos conceptos. De igual forma, resulta pertinente aclarar que el dolo contractual y extracontractual difieren en su concepción. Buitrago, apoyado en los desarrollos de Tamayo, explica que *“mientras el dolo extracontractual supone la intención de dañar, el contractual requiere simplemente la intención de incumplir el contrato, así no tenga la intención de perjudicar al acreedor”*. Para más información véase: BUITRAGO, *El daño punitivo, op. cit.*, p. 62.

Varios autores como Solarte³⁴⁵ y Sandoval³⁴⁶, han clasificado esta disposición como una excepción al principio de reparación integral. Según este último, —los perjuicios que superan el monto de los daños previsibles limitan la indemnización del afectado, impiden el restablecimiento de sus derechos y la garantía de la reparación integral, afectando el derecho de igualdad al consagrar consecuencias jurídicas sea que haya mediado dolo o culpa del deudor”³⁴⁷. Por ello, se ha entendido en la academia que el principio de reparación integral debe matizarse en el campo contractual.

Esta norma ha sido bastante discutida en el ámbito académico y las críticas que se perfilaron en contra de ella, pronto fueron presentadas como argumentos ante la Corte Constitucional, para que la norma fuera declarada inexecutable.

La disposición fue acusada de violar el derecho a la dignidad humana, el derecho a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, pues constituía un trato discriminatorio entre el acreedor contractual y la víctima extracontractual, toda vez que el alcance de la indemnización de ambos variaba en los casos en que el responsable actuara con culpa, sin que a consideración de muchos, existiera un principio que lo fundamentara³⁴⁸.

Otros autores, desde la teoría clásica, han sostenido que las partes tienen libertad para determinar el alcance de sus obligaciones, lo que implica conocer efectivamente —el que está en juego”, pues mal haría el derecho en hacer responder al agente por más de lo que esperaba. Esta postura se fundamentaría en un principio de estabilidad económica del sistema, al igual que las disposiciones anteriormente enunciadas.

La Corte Constitucional, en todo caso, en Sentencia C-1008 de 2010, declaró executable la norma y precisó que:

³⁴⁵SOLARTE, *op. cit.*, p. 22.

³⁴⁶SANDOVAL, *op. cit.*, p. 251.

³⁴⁷*Ibid.*, p. 251.

³⁴⁸*Ibid.*, pp. 251 y 252.

La Carta Política no contempla cláusulas específicas sobre el régimen de resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Corresponde al legislador, en desarrollo de la cláusula general de competencia (Art. 150.2 C.P.) definir las reglas que deben orientar las relaciones contractuales, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contraídas y los criterios para determinar el monto del resarcimiento de los perjuicios originados en su incumplimiento, todo ello en el marco del respeto por la autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales (Art.16 C.P.).

Lo cual significa que en virtud del principio de libre configuración legislativa, el legislador puede establecer ciertas limitaciones al principio de reparación integral.

(...) en todo proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración del daño debe atender al principio de reparación integral. No obstante, este precepto no puede interpretarse de manera aislada dentro del ordenamiento jurídico. Es preciso incorporarlo con criterio sistemático, poniéndolo en relación con los demás principios que rigen la materia contractual como la equidad, la autonomía de la voluntad, y la orientación subjetivista de la responsabilidad contractual. De este modo, el legislador dentro del ámbito de su potestad de configuración bien puede limitar la indemnización a ciertos perjuicios o establecer determinados parámetros objetivos o subjetivos, basado en criterios de equidad y de justicia contractual.

Según esta última apreciación, es claro entonces que la excepción al principio de reparación integral se justifica en la medida en que dicho principio colisiona en ese supuesto específico con otros principios, como la equidad y la autonomía de la voluntad de las partes, que priman en el caso concreto.

En virtud de lo anterior, se entiende que el principio de reparación integral no es un principio absoluto, por ello, en una situación concreta, puede enfrentarse con otros principios presentes en el ordenamiento jurídico, y de allí emanar una limitación a este, por la prevalencia de algún otro.

Una vez se ha puesto en evidencia el panorama y el desarrollo tanto legislativo, como jurisprudencial y doctrinal del principio de reparación integral, resulta procedente pasar a exponer la crítica que se ha erigido en contra de los daños punitivos.

Varios autores, como Peirano, han sostenido que los daños punitivos —enfentan el enriquecimiento de la víctima y el empobrecimiento correlativo del responsable. La víctima se aprovecha del responsable, haciendo que el daño se convierta en un negocio que otorga dividendos”³⁴⁹. De lo cual se infiere una ruptura del principio de reparación integral, pues la suma que recibe la víctima a título de daños punitivos excede la extensión del daño y permite que esta reciba una cuantía superior a la indemnización y por tanto enriquece a la víctima.

De Ángel Yagüez³⁵⁰, de igual forma, ha considerado que los daños punitivos generan una ruptura en el sistema de responsabilidad clásico, frente al principio de reparación integral, pues, en el mismo sentido que Peirano, considera que la suma obtenida por la víctima a título de daños punitivos, supera la cuantía indemnizable y la víctima, más que ser regresada al estado en el que se encontraría antes de la causación del daño, sería ubicada en una situación favorable.

Ante esta postura, de corte tradicional, la cual resulta ser mayoritaria en la doctrina, otros autores se han pronunciado, y han debatido las afirmaciones con tintes absolutos defendidas por los primeros.

Al respecto, autores como Buitrago han abogado por que —elprincipio de reparación integral resulta ser uno de los más subjetivos que existen y por ello su relatividad depende, en esencia, de la apreciación y conceptualización que se adopte sobre la definición de daño que, (...) debe ser global y colectiva, es decir

³⁴⁹ PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá, Temis, 2004, p. 48.

³⁵⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Daños Punitivos*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2012, pp. 57 -61.

totalmente contraria a la tradicional y restrictiva visión patrimonialista e individualista (egocéntrica) que impregnan la doctrina civilista”³⁵¹.

En el mismo sentido, el autor evidencia que la concepción del principio de reparación integral ha sido matizada por grandes autores como De Cupis, quien afirma que:

(...) estas objeciones serían de peso si el daño se considerase tan solo como un *quid facti*. Pero estando el daño integrado en la órbita de los fenómenos jurídicos y siendo su contenido determinado, como ya se ha expresado, con criterios autónomos, hay que admitir en consecuencia que el derecho objetivo así como puede configurar de su propia guisa la relación de causalidad pues, igualmente, arbitrar relevancia la culpa para determinar el contenido del daño (...) ³⁵².

De lo cual se puede extraer que la dimensión del daño no se limita únicamente a su extensión, sino también a criterios subjetivos, a partir de juicios de reproche.

Es más, la misma Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de la incorporación de los daños punitivos en el ordenamiento colombiano. En la Sentencia C-916 de 2002, mediante la cual fue declarado exequible el artículo 97 del Código Penal y se limitó la cuantía indemnizatoria a título de daño moral, como se explicó en acápite anteriores, se señaló que:

Por lo anterior el legislador, al definir el alcance de la “Reparación Integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral de los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o **también los llamados daños punitivos, dentro de los límites razonables.**(Negrilla fuera del texto original)

³⁵¹ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 178.

³⁵² DE CUPIS, Adriano. *El daño Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona, Bosch, 1970, p. 303.

Es aquí donde cobra sentido el análisis elaborado tanto en este acápite como en el marco teórico en general, donde se han expuesto diversas teorías jurídicas que en este punto resultan pertinentes en aras de integrar la conceptualización del trabajo.

El principio de reparación integral tiene plena vigencia en el esquema indemnizatorio de la Responsabilidad Civil, pero no constituye un postulado absoluto, inamovible o pétreo. Por el contrario, se han expuesto diversos supuestos en los que se ha desafiado la comprensión tradicional del mismo, ya sea al limitar la indemnización en determinados casos, o al limitar el alcance del daño, en virtud del reproche subjetivo de la conducta del responsable.

Estos supuestos han sido justificados en la prevalencia de otros principios, como la equidad, la autonomía de la voluntad, la estabilidad de las condiciones económicas del sistema y es más, el mismo alcance del principio de reparación integral, pues la Corte Constitucional, ha replanteado su dimensión a partir de la libre configuración legislativa, en virtud de la cual es el legislador quien delimita sus alcances.

Diferentes teorías jurídicas han reformulado las funciones del esquema de responsabilidad actual, al ampliarlo a supuestos preventivos y sancionatorios, apoyadas en un cambio de perspectiva, al pasar de una concepción individualista a un idea pública y social, que busque maximizar el bienestar social, desde una óptica que se centre en la víctima y su daño, donde se aboga por su plena reparación y su bienestar.

Tal como se ha puesto de presente, aunque desde un punto de vista económico o teórico, la reparación de la víctima puede ser real y plena, los rezagos del daño en la esfera humana permanecen latentes. Por ello, la víctima nunca es devuelta exactamente a las condiciones en las que se encontraba antes del hecho dañoso, y es esta situación la que motiva a disuadir las conductas lesivas y así maximizar el bienestar social.

Todas estas manifestaciones han llamado a un cambio en la comprensión de los principios y conceptos que rigen la Responsabilidad Civil. Sin embargo, hoy aún impera una concepción clásica, que considera que el daño punitivo rompe con el principio de reparación integral, al constituir una suma que supera la extensión del daño y que enriquece a la víctima, aunque ostente una función diferente a la reparatoria, y por ello se rechaza de plano su posible incorporación al ordenamiento. A raíz de esta concepción estricta del principio de reparación integral, se han presentado ciertas inconsistencias en la práctica jurídica, que han provocado situaciones que resultan absurdas en el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello, son los ilícitos lucrativos, casos en los que en términos de racionalidad económica, el responsable asume de manera consciente una conducta encaminada a dañar a la víctima, pues el hecho dañoso por él desplegado le reporta un beneficio superior al monto exigido por el ordenamiento, a título de reparación de la víctima.

Así, el ordenamiento ha consentido en varios casos la causación de daños que terminan por coartar el principio de reparación integral y beneficiar al infractor, al permitir que este conserve el excedente. Realmente es este supuesto el que ha motivado el replanteamiento de la postura que existe frente a los daños punitivos, pues el hecho de que el responsable conserve el beneficio obtenido, conlleva a un sin sentido que ha sido justificado bajo esquemas doctrinarios estrictos y principios absolutos, en los que la teoría ha sido concebida como un fin en sí misma.

Aunque resulta discutible si los daños punitivos son la figura jurídica idónea para dar solución a esta situación, pues algunos autores han delimitado el alcance de su función a sancionar exclusivamente, sin devolver el provecho obtenido, y han propuesto otras figuras, que según ellos, podrían de igual forma resultar convenientes, como la gestión de negocios impropia (la agencia oficiosa), la figura del enriquecimiento sin causa, la responsabilidad a título de equidad³⁵³ o las

³⁵³ Esta figura ha tenido sustento en el artículo 2343 del Código Civil: *“Personas obligadas a indemnizar: (...) El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo*

sanciones penales y administrativas³⁵⁴, lo cierto es que el concepto de daño punitivo es volátil, flexible y ha evolucionado en los diferentes territorios que se ha incorporado. Los trasplantes jurídicos han demostrado que el derecho continental y el derecho común se complementan y se fusionan para alcanzar un dinamismo, que supera los límites conceptuales y se adapta a las realidades actuales.

Tal vez los daños punitivos estén llamados a suplir una falencia en la comprensión del principio de reparación integral en los países del *Civil Law*, o tal vez este solo sea su alcance inmediato, y en un panorama más amplio, logren desempeñar una función sancionatoria más estricta basada en la reprochabilidad de la conducta del autor. Nadie sabe qué destino le depara a la responsabilidad y sus implicaciones, aunque resulta importante precisar que hasta el momento no parece haber ningún indicio que permita predecir que el contexto colombiano, está próximo a la incorporación de esta figura.

Lo que si resulta pertinente replantear es el principio orientador de los avances y la evolución de la responsabilidad, pues quienes en la doctrina han rechazado la incorporación de los daños punitivos, reconocen las falencias que el sistema civil presenta en determinados casos, pero ante la “perfección” de las construcciones jurídicas y el rigor académico, que conciben los conceptos jurídicos como absolutos, “puros” y naturales, se ha preferido conservar la forma sobre la materia. La realidad ha sido considerada como una variable que contamina la armonía del sistema y entorpece el desarrollo jurídico.

que valga el provecho que hubiere reportado.” En este caso, se evidencia que la ley llama a indemnizar a aquella persona que ha obtenido un provecho a partir de una conducta dolosa, pese a que no haya participado en ella. Sin embargo, se cuestiona si es una verdadera responsabilidad, pues la responsabilidad como institución, llama a una persona a asumir las consecuencias de sus actos, por ello, en sentido estricto no se está indemnizando, sino que se está devolviendo el provecho obtenido de manera injustificada. En consecuencia, se afirma que más que una Responsabilidad Civil se trata de una típica manifestación del enriquecimiento sin causa. No obstante, esta situación se diferencia del enriquecimiento sin causa, pues no tiene que existir un empobrecimiento correlativo del patrimonio de la víctima para solicitar la restitución del provecho. En todo caso, si la víctima solicita la restitución del provecho no se permite que solicite adicionalmente la indemnización de perjuicios.

³⁵⁴ Estas figuras han presentado diversas críticas, sin embargo, no serán expuestas pues exceden el objeto de estudio planteado. Para más información véase: SOLARTE, *op. cit.*, pp. 35 - 44.

Por ello, no resulta extraño, que un texto que se robó la atención de los juristas en determinado momento de la historia y condujo el desarrollo jurídico de la época sobre un tema diferente al que hoy se trata, deba ser llamado de nuevo a acompañar las perspectivas que guían el destino de la responsabilidad.

—Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde los conceptos han de vivir e imperar, todo lo que pertenezca a este mundo debe mantenerse a gran distancia (...) Esa fe inmovible en el imperio de los conceptos y principios abstractos es el vínculo que une a todos los juristas que aquí encontraras. De ese modo está totalmente a salvo de la tentación de preocuparse por las eventuales secuelas prácticas (...)”³⁵⁵.

Con estas palabras, casi de forma poética, se ilustra el absurdo en el que se puede incurrir al considerar las construcciones teóricas, fines en sí mismos y excluir la realidad del marco de la evolución de un postulado jurídico.

Por ello, otras de las posiciones que se pueden plantear, en búsqueda de corregir las deficiencias de la estructura actual y reconceptualizar el principio de reparación integral son las siguientes:

A. Los daños punitivos constituyen una excepción al principio de reparación integral pues la víctima obtiene una suma que supera la extensión del daño, pese a que esta no sea otorgada a título indemnizatorio. Sin embargo, su incorporación y aplicación se justifica en la materialización de otros principios como el bienestar general, la estabilidad económica y hasta la equidad, la cual se encuentra consagrada en el mismo artículo que contempla la reparación integral.

B. El daño punitivo no atenta contra el principio de reparación integral y puede ser incorporado en el contexto colombiano, pues aunque la víctima recibe un monto superior al daño causado, el principio de reparación busca

³⁵⁵JHERING. Rudolf Von. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1987, p. 218. Traducción de Tomás A. Banzhaf.

asegurar la indemnización de la víctima, en consecuencia este se ve vulnerado cuando la cuantía que se otorga es inferior al daño, mas no cuando es superior. Aunque la víctima reciba un beneficio, ello no impide ni desnaturaliza la indemnización plena: el daño es reparado de forma integral. Esta perspectiva es concebida al considerar el principio desde la perspectiva de la víctima, pero en el instante que se analiza desde la perspectiva del responsable, el principio parece desbalancearse pues, que el responsable tenga que otorgar una suma adicional a la necesaria para la reparación, no parece satisfacer lo que emana del principio de reparación integral.

C. Los daños punitivos no vulneran el principio de reparación integral y pueden coexistir en el ordenamiento colombiano, sin ser considerados una excepción al mismo, pues la suma que se otorga a título de daños punitivos, tiene la función de disuadir conductas lesivas y sancionar al responsable y al no tener un carácter indemnizatorio, este monto no tiene incidencia alguna desde una perspectiva reparadora.

Esta última postura parece razonable, en tanto que la función de los daños punitivos que se ha acogido a lo largo del trabajo no consiste en reparar un perjuicio causado³⁵⁶: su ámbito de aplicación se ha restringido a otras concepciones, y por tanto la suma otorgada no tiene efecto alguno en el campo indemnizatorio.

Sin embargo, el propósito de esta exposición no es el de asumir una postura, pues la cuestión parece estar bastante cruda en la doctrina colombiana, por lo que estas concepciones no han tenido gran desarrollo jurídico y el tema no ha sido ahondado, por casi ningún autor. La información es muy limitada y las objeciones

³⁵⁶ Sin embargo, autores como Buitrago, y hasta la misma concepción del daño punitivo en algunos estados norteamericanos, han considerado que el daño punitivo ostenta una función indemnizatoria.

a las propuestas descritas son innumerables. Lo determinante de este análisis consiste en replantear el concepto de reparación integral y la función que cumple la Responsabilidad Civil en el ámbito social. Con ello se busca acercar las construcciones jurídicas a la práctica, que en ocasiones resulta ser relegada a un segundo plano.

Queda entonces señalar que en los países del *Common Law*, rige el principio de reparación integral y el mismo coexiste con la presencia de los daños punitivos, lo que indica, que ambos pueden hacer parte de un mismo sistema, sin que la estructura formal colapse. Tal como lo afirma Buitrago:

—Finalmente y habiendo demostrado en la primera parte de esta tesis que los dos sistemas comparten el principio de reparación integral, muy a pesar de la pretendida diferencia sostenida por la oposición -si al Common Law le resultan compatibles los punitive damages-, con este mismo razonamiento lo serían las sanciones civiles a nuestro ordenamiento, por no existir el argumento propuesto de divergencia respecto del principio de reparación integral”³⁵⁷.

Por ello, corresponde a la doctrina abordar el tema, en aras de que se lleve a cabo un razonamiento más estricto y ordenado de las diferentes implicaciones que tendría la incorporación del daño punitivo frente al principio de reparación integral.

Con esto, finaliza el marco teórico que se pretendía desarrollar en este trabajo, el cual más que predecir la incorporación de los daños punitivos o abogar por ellos, buscó exponer el panorama general que rodea la figura, su contenido y alcance. La desmitificación del daño punitivo es necesaria en los países continentales, pues son varias las falacias que han sido utilizadas para excluirlo, incluso como un tema de discusión.

³⁵⁷ BUITRAGO, *op. cit.*, p. 180.

CAPÍTULO 4 CONCLUSIONES

1. En virtud del recorrido realizado a través de las diferentes etapas históricas de ambas tradiciones jurídicas, sobre las cuales se edifican y desarrollan sus principales postulados, es posible concluir que la estructura jurídica del *Civil Law* se caracteriza por la codificación de su derecho y el control del proceso judicial a cargo del juez en aplicación de la ley como fuente principal de derecho; mientras que el sistema jurídico del *Common Law* se caracteriza por su tendencia hacia la oralidad, con un derecho más procesal que sustancial, y un proceso dirigido por un juez con una amplia independencia judicial, en razón de la primacía de la jurisprudencia. En este punto resulta pertinente aclarar que, actualmente estos principios han perdido su rigidez, y por lo tanto, se han presentado variaciones en las diferentes áreas de derecho al interior de ambas tradiciones jurídicas.

2. A partir de los principios que constituyen la esencia de los sistemas jurídicos del *Civil Law* y del *Common Law*, se presentan discusiones entre los mismos en torno a la conceptualización e interpretación de sus diferentes figuras e instituciones, ubicándolos en un escenario de dialogo, que amparado en una correcta implementación de los trasplantes jurídicos, logra la adaptación de uno y otro sistema en relación con sus prácticas sociales, a la vez que colma los vacíos que se presentan a lo largo de sus desarrollos jurídicos.

3. En cuanto a la institución jurídica de la Responsabilidad Civil, la posición mayoritaria de la doctrina en los países parte del *Civil Law*, ha priorizado su función indemnizatoria, mientras que sólo una minoría ha reconocido su

naturaleza preventiva e incluso sancionatoria; bien sea como funciones en sentido estricto o como consecuencias accesorias de su única finalidad reparatoria. Por el contrario, en el *Common Law*, a partir del surgimiento de las diferentes teorías económicas, se ha impulsado el establecimiento de las funciones preventiva y sancionatoria del derecho de daños.

4. Adicionalmente, sobre la Responsabilidad Civil versan varios criterios de clasificación en el *Civil Law*, sin embargo, conforme al objeto de estudio del presente trabajo se hizo alusión al criterio que clasifica la responsabilidad en contractual y en extracontractual, clasificación en torno a la que se han presentado diversas teorías que han terminado por restarle cierta rigidez a la misma. Por el contrario, el derecho privado en el *Common Law* se clasifica en cuatro ramas completamente independientes las unas de las otras: el derecho de propiedad, el derecho de los contratos, el derecho de daños y el enriquecimiento injusto; y es al interior del derecho de daños donde se ha desarrollado la figura de los daños punitivos.

5. En el *Common Law*, el origen y el reconocimiento de los daños punitivos como una nueva categoría dentro de la tipología de daños se ubica a mediados del siglo pasado en Inglaterra, en virtud de la necesidad de castigar al responsable por la gravedad de su conducta en aquellos casos en donde la mera compensación resultaba insuficiente. Adicionalmente, en el derecho inglés se implementó el test de las categorías, mediante el cual se postularon tres categorías de carácter taxativo, sobre las cuales se podían conceder los daños punitivos, y se limitó la aplicabilidad de la figura desde sus inicios. Dicho test continua hoy vigente y los supuestos que comprende se refieren a casos en los que: medie una acción opresiva, arbitraria o inconstitucional, perpetrada por funcionarios del gobierno; el demandado calcule el beneficio obtenido para sí con la conducta ilícita, y

que el mismo exceda la compensación pagada al demandante; o cuando expresamente las disposiciones estatutarias lo permitan.

6. El caso de Estados Unidos resulta de gran importancia al momento de analizar el panorama actual de los daños punitivos en el *Common Law*, pues pese a que se trata de un trasplante jurídico inglés, su desarrollo en los diferentes estados ha permitido una diversificación en la construcción de la figura. En este orden de ideas, a través de los diferentes períodos de la historia se han concebido diversos escenarios para su aplicación y las funciones atribuidas a esta figura han variado desde la concepción de los diferentes estados y autores Norteamericanos, con la particularidad de que los límites impuestos a los daños punitivos no han tenido como única fuente las leyes estatales o federales, sino que también han sido restringido por factores constitucionales a través de las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos. Así, pese a que una de las principales críticas formuladas en contra del país norteamericano ha sido la de la imposición de sumas o condenas exorbitantes por concepto de daños punitivos, luego del estudio adelantado en la presente monografía, es posible concluir que actualmente la figura se encuentra mucho más regulada y limitada, en consecuencia, las cuantías a título de daños punitivos están bastante lejos de ser desfasadas.

7. Los daños punitivos se caracterizan por ser un concepto móvil y no estático, sin embargo existen ciertos elementos básicos que los caracterizan en la mayor parte de los territorios que los aplican, sin ser *conditio sine qua non* de la figura, estos son: se requiere que la víctima sufra un daño causado por un hecho generador imputable al responsable y que este último no logre probar una causal exonerativa (Sin embargo, es importante precisar que en varios países se estima que la figura de los daños punitivos procede sin necesidad de haberse causado propiamente un daño, es decir, resulta aplicable bajo el disfraz de responsabilidad sin daño), que la cuantía del

daño punitivo se estime con base en la gravedad de la conducta del responsable (su intencionalidad, negligencia extrema o notorio desinterés por el bienestar ajeno), y que la víctima sea quien reciba la suma impuesta a título de daños punitivos en el proceso.

8. Pese a que en el *Civil Law* no se reconoce la aplicación de los daños punitivos, al analizar dos de sus principales representantes fue posible encontrar varias manifestaciones de la figura a lo largo de su estructura jurídica. En Francia, en virtud de la amplia discrecionalidad atribuida a los jueces, varios autores han identificado casos en los que las sumas impuestas al responsable superan el propósito de reparar a la víctima, además de varias disposiciones consagradas en su ordenamiento, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, cuyo propósito no se limita a la reparación. En España, aunque la jurisprudencia ha rechazado abiertamente la aplicación de los daños punitivos, una minoría de la doctrina ha reconocido una función preventiva de la Responsabilidad Civil, y en consecuencia, ha catalogado varias de las regulaciones del ordenamiento español como manifestaciones de los daños punitivos, además de que ha identificado en parte de las decisiones judiciales conceptos afines a la figura, como el principio de proporcionalidad o la implementación de baremos.

9. En el caso de Colombia, al igual que en los demás países parte del *Civil Law*, los daños punitivos han sido rechazados. En consecuencia, son pocos los autores que reconocen como manifestaciones del daño punitivos algunas de las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano y ciertos pronunciamientos jurisprudenciales. Así las cosas, la posición mayoritaria de la doctrina soportada en una teoría clásica de la responsabilidad, ha formulado críticas en torno a la figura del daño punitivo, desde el Derecho Penal, el Derecho Administrativo y una perspectiva teórica del principio de

reparación integral; las cuales han limitado un desarrollo estricto y ordenado sobre los daños punitivos y las implicaciones de su aplicación.

10. La crítica formulada desde una perspectiva teórica del principio de reparación ha sido una de las más fuertes en contra de los daños punitivos, sin embargo, a través de este estudio se puso en evidencia que dicho principio no resulta ajeno al sistema del *Common Law*, y al igual que en el *Civil Law* tiene plena vigencia en países anglosajones, lo que demuestra que el mismo puede ser perfectamente compatible con la figura de los daños punitivos. Así las cosas, resulta viable reevaluar otras posiciones sobre el tema, como las siguientes: los daños punitivos constituyen una excepción al principio de reparación integral, el daño punitivo no atenta contra el principio de reparación integral y puede ser incorporado en el mismo ordenamiento, y los daños punitivos no vulneran el principio de reparación integral y pueden coexistir en un mismo ordenamiento.

11. La figura de los daños punitivos se ha caracterizado por ser controversial desde sus inicios, así, se trata de un concepto volátil, que presenta tanto bondades como dificultades, y cuya incorporación no parece cercana en los países parte del *Civil Law* como Colombia. No obstante, se trata de un concepto que vale la pena estudiar, que no puede ser ignorado bajo el pretexto de que contraría las rígidas construcciones teóricas de la Responsabilidad Civil al interior del *Civil Law*, toda vez que bien podría dar solución a varios de los problemas sociales que se vienen presentando en ambos sistemas jurídicos. En este orden de ideas, se espera un mayor desarrollo doctrinario sobre la materia, que permita resolver los vacíos e inquietudes que hoy continúan en torno a los daños punitivos.

BIBLIOGRAFIA

PUBLICACIONES ACÁDEMICAS

ACCIARI, Hugo A. y CASTELLANO, Andrea. El Análisis Económico del Derecho de Daños: Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica. Quito: Iuris Dictio, 2000.

ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David. Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana. En: Revista Facultad de derecho y ciencias políticas, Vol. 40, No. 112, Universidad Pontificia Bolivariana, 2010.

ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan. Sobre principios y reglas. EnDoxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 10, Universidad de Alicante, 1991.

BARKER, Kit. Damages without loss can Hohfel Help?. En: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 4, 2014, pp. 631 - 658.

BENAVIDES, María Ximena y BUENDÍA, Marcelo. El daño punitivo a la luz de la responsabilidad por violaciones a la propiedad intelectual en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos. Bogotá, Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo. La dignidad de las víctimas de delitos. Madrid, Ed. Arazandi, No. 6, 2010, pp. 11-14.

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Edición tercera. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BONILLA MALDONADO. Daniel. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

BORCHARD, Edwin M. Government Liability in Torts. En: Yale Law Journal, Vol 34, 1924, pp. 1 - 6.

BOURRIÉ-QUENILLET, Martine. L'indemnisation des proches d'une victime décédée accidentellement. En: Etude d'informatique judiciaire, thèse Montpellier 1, 1983.

BRICKS, Peter. Unjust Enrichment. 2 Edición. New York: OXFORD University press, 2005.

BUENO DOMINGUEZ. María Luisa. La Inglaterra normanda y angevina. Madrid: Liceus, 2006.

BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto. El daño punitivo en la Responsabilidad Civil. Pereira: Litografía Moderna Digital, 2007.

BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto. Objeciones planteadas a la aplicación de la figura del daño punitivo o sanción civil en el derecho colombiano. En: Responsabilidad Civil y del Estado, Edición No. 22, 2007.

CAENEGEM, R.C. The Birth of English Common Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 106 y 107.

CAIN, Kevin G. The Mc Donalds Coffee Lawsuit. En: Journal of consumer & comercial law, 2007, pp. 14 - 19. En línea: <http://www.jtexconsumerlaw.com/V11N1/Coffee.pdf> [citado en 1 de septiembre de 2016]

CALABRESI, Guido. El coste de los accidentes: Análisis Económico jurídico de la Responsabilidad Civil. Madrid: Ariel, 1984.

CARBONNIER, Jean. Droit Civil, Vol II. Paris: Editorial Themis, 1959.

CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo A. El ilícito contractual: Reflexiones preliminares a propósito de la revisión del concepto de la Responsabilidad Contractual. En: Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho, Tomo I, 2011, pp. 707 - 735.

CASTAÑEDA RUÍZ, Hugo Nelson. Daños punitivos: Reflexiones sobre las posturas de Polinsky y Shavell. En: Revista Vínculos, Vo.I 1, 2010.

C.G Crump y E. F. Jacob. El Legado de la Edad Media. Madrid: Ediciones Pegasos, 1944.

CHARTIER, Yves. La reparation du perjudice. Paris: Dalloz, 1996.

COLEMAN, Jules y MENDLOW, Gabe. Las Teorías del derecho de daños. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado, No 27, 2010.

CORDERCH, Salvador. Punitive Damages. En: La Responsabilidad en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, No. 4, 2000.

CORTINA, Adela. La ética de la sociedad civil. Madrid: Alauda Anaya, 1995.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Daños Punitivos. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012.

DE CUPIS, Adriano. El daño: Teoría general de la Responsabilidad Civil. Barcelona: Bosch, 1996.

DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Responsabilidad Civil – Derecho de Daños. Lima: Grijley, 2006, pp. 131 - 148.

DEMETRIO, Eduardo. De nuevo sobre el pensamiento abolicionista. Cahiers de Défense Sociale. Homenaje a Louk Husman, 2003. p. 107-129. En línea: <http://www.defensesociale.org/revista2003/07.pdf> [citado en 24 de agosto de 2016]

DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo V. Madrid: Ed. Civitas, 2011.

DÍEZ-PICASO, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. En: DE LA CAMARA, Manuel y DÍEZ PICASO, Luis. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid: Ed. Civitas, 1988, pp. 15 - 137.

DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999.

ESCOBAR TORRES, Sebastián. El papel de la prevención del daño en la Responsabilidad Civil. En: Responsabilidad Civil y del Estado, Edición 37, 2016.

FLETCHER, Gerge. P y SHEPPARD, Steve. American Law in a global context. New York: Oxford University Press, 2005.

GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis. Juzgar en Estados Unidos y en Francia: Cultura jurídica francesa y common law. Bogotá: Editorial Legis S.A., 2006.

GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria y HERRERA LOZANO, María Carolina. El concepto de los daños punitivos o punitive damages. En: Estudios Socio-jurídicos, Vol. 5, No. 1, Universidad del Rosario, 2003.

GAVIRIA, GÓMEZ, Juan Carlos. En contra de la extensión de la responsabilidad contractual. En: Responsabilidad Civil y del Estado, No. 34, 2014.

GLENN, H. Patrick. Legal Traditions of the World. Londres: Oxford University Press, 2004.

GREENLEAF, Simon. A treatise on the law of evidence. Vol. 2, Ed. 16. Boston: Littler, Brown and Company, 1899.

GÓMEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal: Parte general. Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2001.

GORDLEY, James. Foundations of Private Law property, tort, contract, unjust enrichment. New York: Oxford University Press inc., 2007.

GUZMÁN, José V. Contratos de transporte. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. Homenaje a François Chabas. Santa Fe: Editorial Rubinzal – Culzoni editores, 2007.

HENAO, Juan Carlos. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1998.

HINESTROSA, Fernando. Escritos varios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.

IBAÑÉZ, Augusto I. Apuntes de derecho penal: Parte general. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. Los deberes de evitar y mitigar el daño, funciones de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI y trascendencia de la prevención. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2013.

JHERING. Rudolf Von. Bromas y veras en la ciencia jurídica. Madrid: Civitas, 1987.

JOSSERAND, Louis. *Evolutions et actualités*. Paris, Sirey, 1936, p. 40 y ss. Traducción tomada de: TRIGO, REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ, MESA, Marcelo L. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2004.

KAHN-FREUND, Otto. On the uses and misuses of Comparative Law. En: 37 *Modern Law Review*, 1974, pp. 1 - 27.

KANDELAFT, Lola. Responsabilidad civil por infracción marcaria propuestas para otorgar una función disuasiva a la infracción marcaria. En: *Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 37, 2016.

KEMMELMAJER, DE CARLUCCI, Aida. Responsabilidad Extracontractual Análisis comparativo del problema en el Common Law y en el Civil Law. En: *Responsabilidad Civil y del Estado*, Edición No. 6, 1999.

KOTEICH, Milagros. La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, ¿un retorno a la pena privada del derecho romano? En: *Obligaciones, contratos, responsabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

KOZIOL, Helmut. *Basic questions of Tort Law from a comparative perspective*. Austria: Jan Sramek Verlag, 2015.

KOZIOL, Helmut y WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspective*. Vol. 25. New York: SpringerWien New York, 2009.

KRIBBLE, Megan. *Secondary sources: ALRs, Encyclopedias, Law Reviews, Restatements, & Treatises*. En: Harvard Law School Library, 2016. En línea: <http://guides.library.harvard.edu/c.php?g=309942&p=2070280> [citado en 3 de agosto de 2016]

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. En: *Revista de Derecho Privado*, 8 edición, 1958.

LEGRAND, Pierre. The impossibility of Legal Transplants. En: 4 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997, pp. 111 y ss.

LLAMAS POMBO. Eugenio. Los problemas actuales de la Responsabilidad Civil. En: Módulo de aprendizaje autodirigido. Plan de formación de la Rama Judicial, Primera edición. Consejo Superior de la Judicatura, 2011. En línea: <http://aula.ejrb.net/libraryData/9/los-problemas-actuales-de-la-responsabilidad-civil.pdf> [citado en 2 de agosto de 2016]

LÓPEZ CASAL, Yuri. La teoría de la individualización en la responsabilidad civil. En: Revista judicial, N°111, 2014. En línea: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/revista_111/PDFs/06_archivo.pdf [citado en 2 de agosto de 2016]

LÓPEZ MEDINA. Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. Bogotá: Legis, 2009.

LORA KESIE, Karem Ivette. El principio de precaución en la legislación ambiental colombiana. En: Actualidad jurídica, 3ra y 4ta edición, 2011, ver en línea: <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/El+principio+de+precauci%C3%B3n+en+la+legislaci%C3%B3n+ambiental+colombiana/c7e464c7-f69c-43e3-967d-f9d63ce1ca6f?version=1.0> [citado en 2 de agosto de 2016]

LORENZETTI, L. Ricardo. El paradigma protectorio. En: Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho: Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo, Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2011, pp. 1311 – 1327.

LUNNEY, Mark y OLIPHANT, Ken. Tort Law text and materials. 4th edition. New York: OXFORD University Press, 2010, pp. 504 - 544.

LUNTZ, Harold. Assessment of damages for personal injury and death. Sidney: LexisNexis Butterworths, 2002.

MAGNUS, Ulrich. ¿Por qué es tan diferente el derecho de daños en Estados Unidos? En: Responsabilidad Civil y del Estado, No. 28, 2010.

MALLOR, Jane P. y ROBERTS, Barry. Punitive Damages: On the path to a principled approach. En: Hastings Law Journal, Vol. 50, 1999, p. 1002.

MARTÍN CASALS, Miquel. La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual. En: Cuestiones actuales en Materia de Responsabilidad Civil. Murcia: Universidad de Murcia, 2011, pp. 71 y ss.

MARTIN-CASSALS, Miquel. Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO1/1982. En: ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. Centenario del Código Civil (1889-1989). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1231 - 1273.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTINEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad civil extracontractual. Edición 11. Bogotá: Temis, 2003.

MAZEAUD, Henry, et al. Tratado teórico práctico de la Responsabilidad Civil delictual y cuasidelictual. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1961.

MERRYMAN, John Henry. La Tradición Jurídica Romano-Canónica. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 54 - 65.

MONATERI, P.G. y GEOFFREY, Samuel. La invención del derecho privado. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2006.

NAVIA ARROYO, Felipe. Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

NAVIA ARROYO, Felipe. Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. En: Revista de derecho privado, No. 12-13, Universidad Externado de Colombia, 2007.

NUÑEZ, Raúl y ZULUAGA, Lady. Estándares internacionales de reparación de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano. En: Revista Análisis Internacional (RAI) de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Edición No. 6, 2012, pp. 207 -230.

ORDOQUI, CASTILLA, Gustavo. Derecho de daños. Tomo I. Montevideo: La Ley, 2012.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Derecho privado. Tomo IV, Vol. 2. Bogotá: Temis, 2010.

ORJUELA CASTAÑEA, Ana María. Daño punitivo en Colombia. Bogotá: Universidad de la Sabana, Instituto de Posgrado Responsabilidad Civil y del Estado, 2012.

PANTALEÓN, Fernando. Artículo 1902. En: Comentario al Código Civil. Madrid: Ministerio de Justicia, II, 1991, pp. 1971 - 2003.

PANTALEÓN, Fernando. La Responsabilidad en el Derecho. Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, 4, 2000.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Madrid: Dykinson, 2000.

PAPAYANNIS, Diego M. El enfoque económico del derecho de daños. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 32, 2009. En línea: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-enfoque-economico-del-derecho-de-danos/> [citado en 15 de agosto de 2016]

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Bogotá, Temis, 2004.

PINORI, Alexandra. Principios generales y reglas del resarcimiento del daño. Bogotá: Seminario Internacional de Responsabilidad Civil y del Estado, presente y futuro, Universidad Externado de Colombia, 2004.

PIZARRO, Ramón. Daños punitivos. En: AGOGLIA, María. M. et. al. Derecho de daños. Segunda parte. Buenos Aires: La Roca, 1996.

PIZARRO, Ramón Daniel. La Reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situación actual. Perspectiva. En: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. En línea: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artpizarro> [citado en 24 de agosto de 2016]

PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Instituciones de derecho privado. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

POLANÍA TELLO, Nicolás. Sobre las funciones de la responsabilidad. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado, No. 27, Tomo V, 2010.

POLINSKY, A. Mitchell y SHAVELL, Steve. Punitive Damages: An Economic Analysis. En: Harvard Law Review 111, 1998, pp. 870 - 880.

POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2013.

POUND, Roscoe. The formative Era of American Law. Boston: Little, Brown & Co., 1938.

REGLERO, CAMPOS, Luis Fernando. Tratado de Responsabilidad Civil. Navarra: Editorial Arazandi, 2001, p 55.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Mónica. La función punitiva de la Responsabilidad Civil. Bogotá, Tesis de grado, Universidad del Externado, 2005.

ROGERS, W.V.H. Winfield and Jolowics on Tort. London: Sweet & Maxwell, 1998.

ROJAS QUIÑONES, Sergio. Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria. En: Revista

de Ciencias Jurídicas Vniversitas, No. 125, Pontificia Universidad Javeriana, Julio-Diciembre 2012.

ROJAS QUIÑONES, Sergio. El Anteproyecto de Ley para la indemnización de los daños a la persona en Colombia. En: Responsabilidad Civil y del Estado, No. 36, 2015.

ROJAS QUIÑONES, Sergio. El daño a la persona y su reparación: Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pp. 119 - 121.

ROJO AJURIA, Luis. La tutela civil del honor y la intimidad. En: Actualidad civil, No. 18, 1988, pp. 1073-1086.

RUSTAD, Michael y KOENIG, Thomas. The historically continuity of punitive damages awards: Reforming the tort reformers. En American University Law Review, Vol. 42, No 4, 1999.

SAGARNA, Fernando Alfredo. La Responsabilidad Civil en el último año del siglo XX: Síntesis de una evolución. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SANDOVAL GARRIDO, Diego Alejandro. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. En: Revista de derecho privado, No. 25, Universidad Externado de Colombia, 2013.

SANTOS, Jorge. Responsabilidad civil: Parte general. Bogotá: Temis, 2012.

SEDWICK, Theodore. A treatise on the measure of damages. Nueva York: Arno Press, 1972.

SOLARTE, Arturo. Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable. En: Responsabilidad Civil y del Estado, Edición No. 37, 2016.

STAPLETON, Jane. Un recorrido por el mundo de common law. En: Responsabilidad Civil y del Estado, Edición No. 34, 2014.

STARCK, Boris. Droit Civil: Obligations. Paris: Litec, 1972.

STORDEUR, Eduardo. Análisis Económico del Derecho: Una Introducción. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.

SUSTEIN, Cass R. et al. with an introduction by George L. Priest. Punitive Damages: How juries decide. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Cada bien lesionado constituye un daño diferente. Bogotá: Ámbito jurídico, 2015.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo IV. Bogotá: Temis, 1999.

TAMAYO, JARAMILLO. Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo 1. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007, pp. 40 - 68.

TAPIA SUÁREZ, Orlando. De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los contratantes. Santiago: LexisNexis, 2006.

TARELLO, Giovanni. Cultura Jurídica y Política del Derecho. Bolonia: Società Editrice Il Mulino, 1998.

TRIGO, REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ, MESA, Marcelo L. Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2004.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. En: Revista de Derecho Privado Universidad del Externado, No. 18, 2010. En

línea: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/407/387>
[citado en 2 de agosto de 2016]

VALLESPÍN, Fernando. Estado Liberal. En: DEL ÁGUILA, Rafael. Manual de Ciencia Política. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

VALLS PORTEL, Roberto. El derecho de daños en la práctica actual: Ponencias y coloquios en la jornada sobre derecho de daños. Barcelona: Bosch, 1992.

VEGA TEJEDERO, Rafael. Riesgos del desarrollo o caso fortuito intrínseco: Acciones e Investigaciones sociales. En: Dialnet, 1999. En línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/170256.pdf> [citado en 3 de agosto de 2016]

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2011.

VINEY, Geneviève. Tratado de Derecho Civil: Introducción a la Responsabilidad. Bogotá: Universidad del Externado, 2007.

VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. Traité de droit civil: Les effects de la responsabilité. Paris: LCDJ, 2001, pp. 111 - 120.

WATSON. Alan. Legal Transplants and European Private Law. En: ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, vol. 4.4, December 2004. En línea: <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html> [citado en 2 de agosto de 2016]

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. Tomo 4. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

CConst., C-451/2002, M. Cepeda.

CConst., C-916/2002, M. Cepeda.

CConst., C-237/1997, C. Gaviria.

CConst., C-229/2008, J. Araújo.

CConst., C-818/2005, R. Escobar.

CConst., C-197/1993, A. Barrera.

CConst., C-114/1999, F. Morón.

CConst., C-1008/2010, L. Vargas.

CSJ Civil, 9 Jul. 2010, e11001-3103-035-1999-02191-01, W. Namén.

CSJ Civil, 7 Oct. 2015. e73411-31-03-001-2009-00042-01, A. Salazar.

CSJ Civil, 17 Nov. 2011. e11001-31-03-018-1999-00533-01, W. Namén.

CSJ Penal, 10 Mar. 2010, r30862, J. Bustos.

CSJ Penal, 12 Nov. 2002, r14170, M. Pulido.

CSJ Penal, 15 May. 2013, r33118, Sala de Casacion Penal.

CSJ Civil, 5 Nov. 1998, e5002. R. Romero

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Inglaterra

Rookes v Barnard (1964) 1 All ER 367, 208.

Mersey Docks and Harbour Board Trustees v Gibbs [1886] 11 HLC 686, 11 ER 1500.

X and Others (Minors) vs Bedfordshire CC [1995] 2 AC 633.

Holden v Chief Constable of Lancashire [1987] QB 380, 388. □

Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police [2006] EWCA Civ 1773. □

Watkins v Secretary of State for the Home Department and Others [2006] United Kingdom House of Lords (UKHL) 395. □

AB v South West Water Services Ltd. [1993] QB 507, 531. □

Bradford City Metropolitan Council v Arora [1991] 2 QB 507. □

Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary [2002] 2 AC 122. □

Donoghue v Stevenson [1932] AC 562.

Addis v Gramophone Co. Ltd. [1909] AC 488. □

Perera v Vandiyar [1953] 1 All ER 1109 □

Canadá

Royal Bank of Canada v W Got & Associate Electric Ltd. [1999] 3 Supreme Court Reports (S.C.R.) 408. □

Estados Unidos

All Tech Telecom, Inc. vs Amway Corp., 174 Federal Report, Third Series (E3d) 862. 866 (7th Cir. 1999).

Genay v. Norris, 1 Bay 6 (S. C. 1784).

Coryell v. Colbaugh, 1 N. J. L. 77 (1791).

Day v Woodworth, 13 Howard's Supreme Court Reports (How.) 363 (1851). □

Pacific Mutual Life Insurance Co. v Haslip (89-1279), 499 U.S. 1 (1991)

TXO Prod. Corp. v Alliance Res. Corp., 509 U.S. 443, 455–56 (1993). □

BMW of N. Am., Inc. v Gore, 517 U.S. 559, 575 (1996). □

State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v Campbell, 538 U.S. 408, 425 (2003). □

Philip Morris U.S.A. v Williams, 549 U.S. 346 (2007). □

Grimshaw v Ford Motor Co., 174 California Reporter (Cal. Rptr.) 348 (Cal. 1981) □

Liebeck v McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., CV-93-02419, 1995 WL 360309 (N.M. Dist. Ct. Aug. 18, 1994) □

FRANCIA

Cass. 2e civ., 8 de julio de 2004. Bulletin des arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation (Bull. civ.) II, no 393.

Tribunal de Grande Instance (TGI) Paris, 17 december 1986, Gazette du Palais (Gaz. Pal.) 1987. 1. 238.

Cass. 1re civ., 5 November 1996, Bull. civ. I no. 378. JCP éd. G. 1997.II.22805.

Cour de Cassation, 1ère Chambre Civile, 31 de octubre de 1989, Cahier droit d'auteur 1990.

ESPAÑA

STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 720)

STS de 12 de enero de 2009 (RJ 2009, 1224).

STS de 20 de junio de 2003 (RJ 2003, 4250).

STS de 22 de julio de 2004 (RJ 2004, 6630).

STS 2 de mayo de 2006 (RJ 2006, 919).

STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8136).