

Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana¹

Punitive Damages in Colombian Tort Law

Annotations sur le dommage punitif dans la responsabilité patrimoniale colombienne

David Aristizábal Velásquez²

Resumen

Actualmente los despachos judiciales colombianos se encuentran atiborrados de procesos en los que se pretenden jugosas indemnizaciones producto de perjuicios causados por terceros. Tal responsabilidad ha seguido la pauta francesa de la *reparación*, que consiste en restablecer el equilibrio patrimonial roto por el autor del daño. No obstante, cada vez más se evidencia un matiz encaminado a la implementación de una modalidad sancionatoria de perjuicios denominada “Daños Punitivos”, que viene del sistema del *Common Law*, y que puede generar una trascendental metamorfosis en nuestro sistema de Responsabilidad Patrimonial.

Palabras clave: daño, derecho consuetudinario, responsabilidad civil, indemnización, sanción.

Abstract

Today, Colombian tribunals are crammed with claims which seek generous indemnities for damages. Such cases often follow the French rules of repair, that consist in reestablishing the balance broken by the author of the damage between his/her personal assets and of the victim. However, this focus has been increasingly showing a change towards the incorporation of a type of damage called

1 Este artículo es producto de la investigación titulada: “El daño punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana”, adelantado por el autor dentro del programa de pregrado de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

2 Abogado e Investigador de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín). Correo electrónico: david382@gmail.com

Este artículo fue recibido el día 25 de enero de 2010 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria n.º. 10 del 18 de mayo de 2010.

“Punitive damages” which comes from the *Common Law System*, and may possibly transform our tort law system and create new ways to understand this liability law.

Key Words: damage, common law, liability law, compensation, sanction.

Résumé:

Actuellement, les tribunaux colombiens sont pleins de cas demandant des grandes indemnités pour des préjudices occasionnés par des tiers. Tel responsabilité a suivi la règle française de la réparation, laquelle consiste en rétablir l'équilibre patrimonial qui a été causé par l'auteur du dommage. Cependant, on peut de plus en plus percevoir un changement progressif vers l'implémentation d'une modalité de sanction des préjudices appelée « Dommages Punitives », prise du droit du « Common Law », laquelle peut produire une métamorphose de notre système de responsabilité patrimonial.

Mots clé: dommage, le droit coutumier, responsabilité civil, compensation, sanction.

Sumario

Aspectos Introdutorios. 1. Precisiones iniciales. 2. Antecedentes. 3. Conceptualización. 4. Casos de daños punitivos dentro del derecho colombiano. 5. Conclusiones. Referencias.

Aspectos introductorios

Uno de los apogemas más relevantes de la responsabilidad patrimonial dice: “todo daño causado debe ser reparado”, el cual se ha erigido como una estructura central dentro del derecho de daños de los países que hacen parte de la familia jurídica del *Civil Law*. No obstante esta inclinación, cada día se observan nuevas formas de conducir el contenido y el alcance de dicha responsabilidad, un ejemplo de esto son los daños punitivos, los cuales se instituyen normalmente en países de corte anglosajón para sancionar y prevenir conductas dañinas.

El presente artículo representa un reto de grado sumo, puesto que para abordar una temática de esta envergadura es necesario hacer un recuento de la responsabilidad civil nacional, para después incursionar en el campo del *Common Law* y, por último, indagar algunos problemas del derecho de daños anglosajón para desentrañar el tema de los daños punitivos. Así, su objetivo será el de determinar cuál podría ser el alcance de la implementación de los daños punitivos dentro del sistema indemnizatorio colombiano. Lo anterior tiene su razón de ser en la medida que dicha temática adolece de un tratamiento integral por parte de las fuentes creativas del Derecho, lo cual amerita emprender una cabal y completa investigación del daño punitivo en aras de identificar una posible implementación de esta modalidad dañosa dentro del ordenamiento jurídico patrio. Con todo esto, nos surge un cuestionamiento principal que servirá de guía para el desarrollo del artículo ¿Es predicable la existencia del daño punitivo y justificable la necesidad de su implementación dentro del derecho privado colombiano?

La estructura lógica de este artículo comienza con unas precisiones preliminares, continúa con el análisis de los antecedentes del daño punitivo, luego se conceptualizará la temática en cuestión, posteriormente se exponen los casos de daños punitivos en el derecho privado colombiano, subsiguientemente se propone una posible solución al problema y por último, se presentan las conclusiones.

Precisiones Iniciales

En materia de responsabilidad patrimonial, Colombia ha seguido los pasos de culturas jurídicas de corte civilista como la francesa, que concibe la responsabilidad³ como un mecanismo esencialmente indemnizatorio frente al daño sufrido por la víctima, con lo cual se adopta una postura resarcitoria con respecto al fenómeno del daño patrimonial. Al respecto, es fundamental resaltar que la muy reducida normatividad vigente relativa a la regulación de la responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, ubicada principalmente en el Código Civil, gira en torno -aparentemente- de la noción de reparación del daño. Nuestro estatuto civil cuenta con apenas 20 artículos que regulan -de manera no exclusiva- el tema de la responsabilidad civil extracontractual dentro del Título XXXIV denominado “Responsabilidad común por los delitos y las culpas” Art. 2341 al 2360, en los cuales se regula la responsabilidad por el hecho propio, la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad por el hecho de las cosas y la responsabilidad por actividades peligrosas. Existen, sin embargo, otros artículos en nuestro Código Civil que se refieren a temas de reparación de perjuicios en materia extracontractual, un ejemplo de esto, son los artículos 982, 983, 984, 988, 990 entre otros. Y con respecto a la responsabilidad contractual, el mismo Código es más difuso a la hora de regular esta temática, ya que la misma se encuentra esparcida; así, por ejemplo, se tienen los Art. 63, 64, 1604, 1997, entre otros, en los cuales se regulan los tres grados de culpa en materia contractual, la fuerza mayor y el caso fortuito, responsabilidad del deudor en los contratos y la responsabilidad del arrendatario en la conservación de la cosa, entre muchos otros.

Siguiendo esta pauta, se ha dicho que la responsabilidad patrimonial es “la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima” (Le Tourneau, 2004, p. 21). De lo anterior se colige que más allá del objeto que persigue la responsabilidad -que en apariencia no es otro que dejar indemne a la víctima-, la misma se erige como una relación

3 Etimológicamente la palabra responsabilidad se remonta al término latino “responderé” que es una forma del termino responder, por eso se dice que la responsabilidad es la habilidad de responder, en este sentido, el Diccionario de la Lengua Española lo define como una deuda, obligación de reparar y de satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de una causa legal.

entre individuos, en la cual se “importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta a una pareja con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador; a quien padece el perjuicio y a quien es agente del mismo” (Mosset, 1997, p. 21).

Así las cosas, resulta evidente la noción indemnizatoria que comporta la responsabilidad patrimonial dentro de nuestro sistema jurídico, en el cual resulta imperativo la causación de “un daño o perjuicio; y en consecuencia, una persona que lo sufre, denominada víctima” (Mazeaud; Tunc & Capitant, 1993, p. 2) podrá endilgarle a su agente productor o generador del mismo, la obligación de repararlo o indemnizarlo.

No obstante este panorama, en otras familias jurídicas⁴ no se presenta exclusivamente este fenómeno de la indemnización integral como único esquema resarcitorio mediante el cual se pretende no solamente el restablecimiento del equilibrio patrimonial; sino que más allá de esto, la responsabilidad patrimonial cumple funciones como la de punir graves conductas antijurídicas a través de medidas retributivas, protege el equilibrio del mercado favoreciendo la libre competencia y mejorando la confianza del consumidor, regular las conductas sociales mediante la imposición de una sanción al demandado vencido con el fin disuadirlo para evitar futuras reincidencias que puedan llegar a atentar contra una colectividad determinada, evitando así riesgos innecesarios y previniendo eventuales daños contingentes. Esta modalidad sancionatoria se denomina “daño punitivo”⁵, el cual tiene un asidero lógico en el entendido de que, naturalmente el daño no se limita a la afectación entre demandante y demandado, sino que “trasciende a una colectividad social e institucional” (De Estrella, 1997, p. 279), partiendo más allá de una concepción individualista del daño para acoger un “concepto de daño

4 René David (1968) afirma que se llaman generalmente Sistemas de Derecho aquellos tipos a los que resulta posible reducir los Derechos existentes, pero no le parece acertada dicha expresión, porque Sistema de Derecho es la expresión que le sirve, al margen de toda comparación, para designar el conjunto de ramas que, en un país dado, se combinan para formar el Derecho nacional. Una nomenclatura menos empleada, pero más adecuada a su juicio, es la de Familias Jurídicas.

5 Para la doctrina y la jurisprudencia anglosajona (en términos generales) son también denominados como *punitive, additional, exemplary, punitive, vindicative, penal, non compensatory damages*. Todos son sinónimos de daño punitivo o *punitive damages*.

social” (*Id.*) el cual repercute por encima de la órbita meramente contractual para posicionarse como un mecanismo para evitar la vulneración de la confiabilidad y credibilidad de las personas en el mercado y en las instituciones jurídicas⁶.

Antecedentes

Los orígenes de los daños punitivos se remontan hasta el código de *Hammurabi*⁷ (año 1760 a. C.), en el cual se evidencia una presencia indirecta⁸ de los mismos a través de sanciones de carácter dinerario (Leyes 207 y 208) y de prestaciones forzadas de dar una cosa determinada (Leyes 120 y 265) a raíz del daño causado; una muestra de lo anterior se evidencia en lo siguiente:

Ley 120: Si uno ha depositado su trigo para la guarda de la casa de otro y hubo una merma, sea que el dueño de la casa abrió el granero y robó el trigo, sea que haya disputado sobre la cantidad de trigo que había almacenada en su casa, el dueño del trigo declarará su trigo ante Dios, y el dueño de la casa doblará el trigo que ha tomado y lo dará al dueño del trigo. Ley 265: Si el pastor al que se dio ganado mayor y menor, ha prevaricado y ha cambiado la marca y ha dado por dinero, será condenado y dará al propietario hasta diez veces lo que robó de ganado mayor o menor (Cárdenas, 1992, p. 62).

De lo anterior se evidencia la implementación de una sistemática *Taleónica* por medio de la cual, la sanción a aplicar es relativamente desproporcionada frente al daño causado, con lo cual, dicha Codificación guarda una mayor relación con el Derecho Penal que con el Derecho Civil⁹, puesto que en casos como los anteriores

6 Sobre el tema del “Daño social” puede ampliarse en (Gershi, 1995).

7 Creado en el año 1760 a. C. (según la cronología media), es uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y en breves términos se refiere a la conocida frase «ojo por ojo, diente por diente». (Recuperado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Código_de_Hammurabi).

8 Se dice que es indirecta puesto que no comportan la misma etiología de los daños punitivos de la actualidad, ya que se fundamentaban en el simple hecho de reprimir conductas de la manera más severa posible y con un muy dudoso sentido de la proporcionalidad.

9 Es importante señalar que en esta legislación no se diferenciaba la responsabilidad Penal de la Civil en un sentido sustantivo, motivo por el cual, las consecuencias jurídicas vertidas en las normas adolecían de especificidad a la hora de determinarlas como sanciones en sentido civil o como penas en sentido penal.

la teleología de la sanción no parece ser otra que la intimidación de la comunidad mediante fuertes sanciones para evitar infracciones futuras. Así, en cuanto al sentido y fin de estas penas, las mismas guardan una estrecha relación con el postulado de prevención general negativa, por el cual se pretende que a través de estas sanciones la comunidad se intimide o aterrorice frente a las consecuencias jurídicas de este tipo de normas (Velásquez, 2004, p. 113).

Posteriormente, en el derecho romano existieron evidencias de daños punitivos dentro del marco de la codificación decenviral o Ley de las XII tablas (años 451 al 449 a. C.) -y antes del surgimiento de la *lex Poetelia Papiria de nexis*¹⁰ (año 326 a. C.) con la cual la responsabilidad se torna netamente patrimonial- y particularmente en lo relacionado con los delitos privados y los daños irrogados a la personas y a las cosas, regulados estos en la Tabla VIII (*De delictis*); se registra pues, el surgimiento de una institución procesal denominada “*actio iniuriarum* o acciones por lesiones al honor” (Valencia, 2002, p. 656), en la cual las sumas producto de una condena impuesta por la comisión de un delito privado no tenían como fin el favorecimiento del Estado, sino a la víctima que había iniciado la acción, la cual era tasada según la gravedad de la ofensa.

Las incidencias directas del surgimiento de los daños punitivos se observan en los países del *Common law*¹¹, en los cuales se afirma que tuvieron su génesis y desarrollo dentro de su derecho de daños¹² tal y como se conocen hoy en día.

10 Esta es una verdadera Ley hito para la responsabilidad patrimonial, ya que plantea la posibilidad que tiene el deudor de responder frente a una obligación con todos los bienes que componen su patrimonio, por lo que este se transforma en la prenda general para sus acreedores (Art. 1677 del Código Civil Colombiano).

11 Denominación usada para señalar a un sistema jurídico fundamentado en las costumbres jurisprudenciales para las decisiones judiciales, el cual proviene del inglés “*Common*” refiriéndose a las costumbres comunes imperantes y vigentes en determinados ordenamientos jurídicos, y que en la actualidad está conformado por más de 36 países, de los cuales, algunos incorporan íntegramente esta sistemática, otros tienen claros matices de la misma o que pertenecen a la *Mancomunidad Británica de Naciones* (en inglés, *Commonwealth of Nations*), antiguamente *British Commonwealth of Nations* (Garapon & Papadopoulos, 2006, p.64).

12 Al respecto es fundamental aclarar que los *punitive damages* (daños punitivos) hacen parte de una clasificación del *tort law* (derecho de daños) en el cual, aparte de estos existen otros daños como el *lost of income* (lucro cesante), *out of pocket expenses* (daño emergente), *hedonic damages* (daño de vida en relación), *pain and suffering* (daño por dolor o sufrimiento), etc. De todas formas es crucial

Para algunos autores, el estatuto más antiguo que consagró los daños punitivos dentro de un sistema de corte anglosajón fue el estatuto Inglés del año 1275, que consagró “la punición con el duplo del daño causado cuando el damnificado fuese un religioso” (Pizzaro, 1996, p. 294). No obstante esto, el primer caso relevante de los daños punitivos se remonta a la Inglaterra de 1763 con el juicio de *Huckle Vs. Money*, en el cual se juzgó un caso de abuso de poder público contra un viajero y con respecto al daño se estableció lo siguiente:

[...] 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 a título *exemplary damages*, con el objeto de destacar la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de disuadir de la repetición de conductas antijurídicas similares (Navia, 2000, p. 97).

Luego seguiría el turno para los Estados Unidos, donde los daños punitivos surgirían como respuesta a una coyuntura socio-política producto de las delicadas condiciones de segregación racial que cada vez más se salían de las manos del pueblo norteamericano. Por lo que en 1866 el Congreso emitió el “Acta de los Derechos Civiles de 1866” con lo cual, se fortalecerían las garantías establecidas en la Enmienda 14 de la Constitución. Sin embargo, los primeros fallos que involucraron daños punitivos no fueron muy relevantes para la jurisprudencia norteamericana¹³, hasta que, en 1972 se dio un trascendental giro con el caso *Grimshaw Vs. Ford Motor Company*, en el cual se condenaría en primera instancia a *Ford Motor Company* a pagar la suma de US\$125.000.000 por daños punitivos y de US\$2.800.000 por daños compensatorios, gracias a lo siguiente:

[...] relativo a los defectos de fabricación del Ford Pinto, que se incendiaría en un accidente al ser chocado por detrás, lo que provocó que se quemara una niña, y atendiendo a que la fábrica consideró más barato pagar algunas indemnizaciones que rescatar los vehículos vendidos para obviar el defecto (Saux & Muller, 2005, p. 218).

que bajo ninguna circunstancia se asimilen los daños punitivos a los *compensatory damages* (daños compensatorios) en los cuales se incorporan los tipos de daños mencionados.

- 13 Aunque hay quien (Tessie, 1998, p. 431) afirma que la primera adopción de los daños punitivos en Norteamérica fue en 1791 con el caso *Coyell Vs. Colbaugh*; el primer caso conocido en América fue el de *Genay Vs. Norris*, fallado por la Suprema Corte del Estado de Carolina del Sur en 1784, referente a un envenenamiento inducido por el Dr. Norris antes de una contienda, el cual fue acusado de incurrir en un “daño vengativo” (Owen, 2005, p. 1124).

Posteriormente, esa cuantía por daños punitivos se reduciría a US\$3.500.000, puesto que Ford alegó que no existió malicia en su actuar, ya que para ello, debía existir la intención de causarle daño a la víctima, y por lo tanto eso es incompatible con el hecho de producir y distribuir cosas que son riesgosas por sí mismas. En consecuencia, la Corte de California amplió el concepto de malicia a “aquellos eventos en los cuales el agente sin la intención de causar daño realiza la conducta a sabiendas que este se puede causar” (Schwartz, 1991, p. 1013).

Por último, uno de los fallos más trascendentales para comprender la temática de los daños punitivos ocurrió en Inglaterra en 1972, el del caso *Cassel Vs. Broome*, el cual redujo la aplicación de los daños punitivos a tres hipótesis:

- I. Cuando mediaren comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno.
- II. Cuando el demandado hubiere intentado de manera premeditada obtener provecho con su accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones. Esta es, sin dudas, la categoría más importante y la que en la práctica resultará susceptible de mayor expansión en el futuro.
- III. Cuando la punición estuviere expresamente prevista por disposiciones estatutarias (tal como ocurre, por ejemplo, con el estatuto de 1976, que sanciona conductas de discriminación racial, o con el Copyright Act. Del año 1956 (Buitrago, 2007, p. 33).

Conceptualización

Con todo lo anterior, es posible hacerse una idea del concepto de daño punitivo, sin embargo, este tipo de daños¹⁴ se define como aquel que es concedido adicionalmente al actual daño cuando el demandado actuó con imprudencia, malicia

14 ¿Por qué se hace referencia al daño y no al perjuicio? Hay quienes consideran que daño y perjuicio son sinónimos, pero sin embargo esto no es del todo cierto, puesto que existe una diferencia entre los dos como lo afirma el Profesor Le Torneau (2004, p.59) “El daño (material, corporal o moral) significa la lesión sufrida, *que es un hecho bruto* que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae esta lesión (de los bienes, de los cuerpos, de los sentimientos). Se distingue del perjuicio, *concepto jurídico* que es el efecto o la continuación del daño: un atentado a la integridad física, es decir un daño corporal, puede así engendrar un perjuicio patrimonial (ejemplo pérdida de salario, gastos médicos) y un perjuicio extrapatrimonial (ejemplo, sufrimiento moral)”.

o engaño¹⁵(Garner, 2006, p. 175). Lastimosamente la anterior definición resulta un poco simplista para explicar la verdadera dimensión de los daños punitivos, ya que los patrones conductuales insertos en la misma no revelan la gravedad que debe comportar la conducta del dañante, y por lo tanto, se podría caer en el error de predicar que cualquier ilícito debe traer como consecuencia la imposición de un daño punitivo. Por tanto, es “necesario que se produzca algo más que una mera negligencia en la comisión de un tort, según la doctrina y la jurisprudencia, es decir, deben presentarse circunstancias agravantes relativas al dañador, como temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia”¹⁶(García & Herrera, 2003, p. 216).

Se evidencia, pues, que no cualquier conducta¹⁷ trae consigo la condena por daño punitivo, puesto que para que el mismo se configure se requiere de una particular subjetividad en la conducta del autor del hecho dañoso, por lo que conceptos como la *negligent misrepresentation* (Alpa, 2006, p. 834) (declaración culposamente falsa) quedan por fuera del radio de movilidad de esta figura, en la cual, solo resulta viable una *gross negligence* (negligencia grosera) sin llegar al punto de una *criminal negligence* (negligencia criminal) la cual es una negligencia tan extrema que solo es punible dentro del marco de la ley penal.

No obstante, hay quienes consideran que estos elementos subjetivos no tienen que ser tan trascendentales y adoptan una posición menos estricta¹⁸ frente al tema, aduciendo que con la mera indiferencia consciente o con el abuso de una posición de poder o privilegio se da pie a la aplicación del daño punitivo (García & Herrera, 2003). Tal propuesta no parece conducente ni mucho menos pertinente, puesto que se estaría dando cabida a la inseguridad jurídica en la medida que casi cualquier modalidad culposa se podría castigar mediante los daños punitivos y por

15 “Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit”.

16 Estas dos autoras citan a (Dobbs, Prosser & Keeton 1984).

17 Otros autores consideran que la conducta debe ser opresiva, fraudulenta, caprichosa, maliciosa o inexcusable (Cooter, & Ulen, 2002).

18 Es fundamental señalar que si bien en Colombia los daños punitivos no se pueden considerar de cara a posturas tan flexibles como las que a continuación se exponen, sí podría ser viable un punto medio entre una postura estricta y una postura flexible en cuanto a los elementos subjetivos de la conducta, adoptando así una postura ecléctica en lo relativo a la valoración subjetiva de los daños punitivos.

ende se podría llegar al absurdo de considerar que cualquier conducta que amerite una sanción privada puede dar pie a la aplicación de una medida ejemplarizante. A este respecto resulta interesante la posición cada vez más abierta y receptiva de la doctrina foránea de adoptar una postura proteccionista de los intereses vulnerados por conductas dolosas, con lo cual se evidencia una valoración más justa de los elementos subjetivos de la conducta; para tal efecto Green *et al* (2005) “El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos” (p. 2)¹⁹.

Otra definición con la cual se podría adentrar aún más en el espíritu de esta figura es la siguiente:

[...] daños que se pagan en dinero al reclamante en una acción civil en adición o como complemento de los perjuicios compensatorios que debe quien ha sido declarado culpable por una falla en su conducta. Un jurado, o en su defecto un juez, puede optar por condenar al responsable al pago de dichos perjuicios cuando encuentra que este ha generado un daño de manera intencional, maliciosa, o de manera negligente frente a los derechos del reclamante. Los propósitos de los perjuicios entendidos como “daño ejemplificante” son dos: primero, punir o castigar al responsable por una conducta atroz, y segundo, evitar que tanto el responsable como las demás personas se comporten de manera similar en el futuro (Owen, 2005, p. 1120).

Esta definición parece ser un poco más completa pero no es totalmente satisfactoria, ya que deja ostensiblemente abierta las posibles modalidades hipotéticas en que se puede llevar a cabo la conducta del agente, planteando que solo basta una “falla en su conducta” para declararlo culpable, lo cual no tiene un asidero dentro de un mínimo de rigor jurídico, en la medida que cualquier falla conductual daría pie a la aplicación arbitraria de tan trascendental medida, por lo que resulta imperativo especificar qué modalidades de conductas serán llamadas a generar una adecuabilidad con los preceptos propios de esta institución jurídica. En contraste con esto, encontramos estas modalidades claramente explicadas por Heno (1998), quien las delimita como modalidades de procedibilidad de los daños punitivos, las cuales son:

19 “The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases”.

Para que proceda el daño punitivo se requiere, entonces, la existencia del *intent*, es decir, de la intención de causar un perjuicio, o de la *malice*, es decir de la actuación ultrajante, ofensiva o desenfrenada por parte del demandado. En varios eventos se puede presentar la figura, siempre que se reúnan los requisitos ya anotados: cuando existió agresión física (*battery*); cuando hubo difamación (*defamation*); cuando se inició maliciosamente un proceso; cuando se dieron falsas declaraciones respecto del comercio de otro, o por ejemplo, cuando se incurrió en una conducta temeraria (*recklessconduct*), como conducir embriagado. En esta clase de daños los jueces en aquel sistema imponen un castigo al responsable por su actuación, luego de haber dejado indemne y haber compensado al perjudicado (p. 46).

La anterior solución representa un gigantesco reto para la aproximación de esta forma de conducta dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ya que cada una de estas modalidades conductuales²⁰ -en un sentido hipotético y solo para intentar homologar la temática- pueden ser tratadas independientemente por una rama diferente del derecho, gracias a la saturación normativa propia de nuestro sistema. En este sentido, el *intent* tiene cabida dentro del Art. 63 del Código civil, el cual hace referencia a la concepción clásica del dolo: “El dolo consiste en la intención positiva de injuriar la persona o propiedad de otro”; definición que ha sido usada por la doctrina a la par del fraude, para designar ese componente específico de carácter subjetivo del delito civil (Ospina, 2005, p. 169). *Malice*, por su contenido subjetivamente abstracto, puede llegar a asimilarse al concepto de mala fe -aunque sí está tipificada en los Estados Unidos (Roberon; Powers & Anderson, 1989)- como lo contrario a la *Bona Fides*, la cual se concibe como “la convicción de no perjudicar a otro, de no defraudar la ley, en la honestidad y leal concertación y cumplimiento de los negocios jurídicos” (Sierra, 2001, p. 43). *Battery* se encuentra subsumida dentro de los artículos 111 y siguientes del Código Penal como parte de los delitos contra la integridad personal “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes”. Por otra parte, la *defamation* se encuentra igualmente regulada en el Código Penal en el artículo 220 “El que haga a otra persona imputaciones deshonorosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Y por último, los actos temerarios se pueden ver dentro de todo el ordenamiento jurídico, desde el área procesal (Art. 74 del

20 En cuanto a las modalidades culposas, la legislación Colombiana trae principalmente cuatro: Imprudencia, negligencia, impericia y violación de reglamento (Tamayo, 1999, p. 17).

Código de procedimiento civil), pasando por la civil (Art.1324 del C.C.), hasta la penal (Art. 110 del Código Penal).

En aras de clarificar el panorama conceptual de lo que en la actualidad se considera como daño punitivo, Velásquez (2009) trae una propuesta simple y concreta sobre el significado y el objeto del daño punitivo:

En la actualidad, el campo de los daños punitivos se ha establecido con el propósito de castigar al causante del daño cuando su conducta pueda calificarse como maliciosa o culpa grave. El daño punitivo consecuencialmente busca proteger al consumidor y al público en general, ya que al castigar la conducta antisocial se da un efecto ejemplarizante en la sociedad para que dicha conducta no se repita en el futuro (p. 149).

De todo lo anterior, resulta evidente a simple vista lo etéreo del tema, pero para esclarecer un poco el panorama, es fundamental entender un paradigma que se eruirá como guía referencial dentro del presente artículo, el cual consiste en la identidad de “sanción” para nuestro sistema jurídico. Puesto que si bien la sanción vista *lato sensu* dentro del esquema de la norma jurídica (completa) se encuentra incorporada dentro de la consecuencia jurídica, la cual es a su vez atribuible a un supuesto de hecho inserto en el precepto normativo y unido a esta por una cópula jurídica; dicha consecuencia puede consistir en sancionar, premiar, conferir un derecho o atribuir una obligación al sujeto que se le imputa este efecto. Esto se puede presentar en cualquier norma jurídica completa vertida en cualquiera de las regulaciones legales de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que salta a la vista una gran pregunta: ¿Por qué en sistemas jurídicos como el *Common law* es posible la implementación de sanciones como el daño punitivo y en sistemas de corte Continental–Europeo como el nuestro no? Se cree que uno entre muchos motivos²¹ gira alrededor de la razón de ser y la finalidad de la sanción o penalización de determinadas conductas, con lo cual se hace necesario diferenciar entre el objeto de la responsabilidad civil y penal. En consecuencia, mientras que el objeto de la responsabilidad civil es “el de conservar el equilibrio patrimonial de los particulares” (Tamayo, 1999, p. 18)., tanto en sentido contractual como extracontractual; el objeto de la responsabilidad penal es el de ejercer una potestad

21 Para el Dr. Henao, el problema gira en la función que cumple la responsabilidad civil y principalmente en su función reparatoria.

punitiva -prevalida de la soberanía Estatal- como mecanismo de control y regulación social del comportamiento humano externo más gravoso e intolerable²², y con mayor relevancia para la conservación del orden jurídico “acorde con los cauces demarcados por el modelo de Estado social y democrático de derecho que preside todo el andamiaje de la organización social” (Velásquez, 2004, p. 22). En otras palabras, mientras que en la responsabilidad civil -en principio²³- solo se aplican sanciones con miras al restablecimiento patrimonial y extrapatrimonial en pro de la indemnidad de la víctima (sin ejercer una función verdaderamente reguladora de la conducta social); en la responsabilidad penal se aplican sanciones para castigar conductas punibles que por su lesividad real o potencial ponen en riesgo efectivo y de manera injustificada los bienes jurídicos más importantes de una sociedad.

Esta función sancionatoria²⁴ de la responsabilidad patrimonial ha sido objeto de estudio de algunos tratadistas, entre los cuales se encuentra De Cupis (1996) quien advierte lo siguiente:

Sin embargo, 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 (p. 751).

22 Al respecto dice Durkheim “el crimen viola sentimientos intensos de la conciencia colectiva... solo a partir de esta ofensa, existe la formalización del castigo en reglas que tutelan las agresiones.” (Balestena, , 2006 p. 19).

23 Se dice en principio, puesto que existen excepciones a esto como la sanción contra los deudores morosos reportándolos en las centrales de riesgos financieros, excluyéndolos así del sistema económico.

24 Por lo tanto, la diferencia entre las sanciones civiles y penales podría radicar en últimas, en la postura axiológica del legislador al considerar qué ilicitudes merecen tener un rango de protección penal y cuáles uno civil. Así, en materia privada, quien principalmente gozará del producto de la sanción será la víctima, mientras que en materia penal es el Estado quien a través de las multas se reserva el producto de las sanciones pecuniarias según lo establecido en el Art. 42 del Código penal: “Los recursos obtenidos por concepto del recaudo voluntario o coactivo de multas ingresarán al Tesoro Nacional con imputación a rubros destinados a la prevención del delito y al fortalecimiento de la estructura carcelaria. Se consignarán a nombre del Consejo Superior de la Judicatura en cuenta especial.”

De todo lo anterior, resulta que el ordenamiento penal -que por antonomasia representa el ente sancionador- no es el único encargado de sancionar selectivamente conductas, y que por el contrario, existen claros ejemplos de sanciones civiles, pero ¿hasta qué punto una sanción privada puede llegar a ser considerada como un daño punitivo? El primer reto para responder este interrogante radica en trascender algunos apogemas que las fuentes creativas del derecho como la doctrina, la ley y la jurisprudencia han desarrollado con respecto a la valoración del daño, los cuales si bien sirven como guías y límites para la tasación de los mismos, pueden ser objeto de reevaluación con miras a incorporar nuevos paradigmas que amplíen el rango de aplicación de estos daños más allá de la simple indemnización integral a la víctima. Un ejemplo de estos apogemas es el que afirma que “se debe indemnizar el daño, solo el daño y nada más que el daño” (Heno, 1998, p.45) o en palabras de la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993), que “el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”. Bajo esta perspectiva vigente dentro de nuestro sistema jurídico, se requiere una “razón suficiente” que sustente la necesidad de indemnizar, tal y como lo explica Reglero (2005):

[...] puede afirmarse que quien pretende una reparación por los daños que le ha causado otra persona, necesita fundamentar su pretensión en una razón suficiente que le legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria e indigna de protección jurídica, puesto que la imposición de una obligación de indemnizar supone una intromisión en la esfera de la libertad y del patrimonio del obligado (p. 2).

Por ende, teniendo una razón suficiente para invocar una reparación y capacidad de probar esta, la misma se debe dar de manera “integral”, no por la discrecionalidad judicial sino por criterios objetivos, tal y como lo plantea el Art. 16 de la Ley 446 de 1998: “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” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 1997, consejero ponente Dr. Hoyos Duque, Expediente 10605).

Por otra parte, la valoración y determinación de la suma a pagar a título de sanción no está sujeta a la subjetividad del juez -como insinúa parte de la doctrina- (Suescún, 2005, p. 232), sino que están determinadas discrecionalmente

por el jurado²⁵ bajo criterios como los beneficios obtenidos por el agente con su actuar, la gravedad de su conducta, la antijuridicidad de su conducta (la lesividad de la misma), y la posición de la víctima después del perjuicio (Pizarro, 1996); todo esto, sin que esta condena sea excesiva y en consecuencia debe guardar una relación con los factores mencionados a la hora de fijar un *quantum*²⁶.

Con todo lo anterior, se podría afirmar que para el derecho Colombiano la responsabilidad patrimonial no es fuente de distribución de riquezas para los accionantes y en consecuencia, el daño debe tener una justa medida resarcitoria (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C n.º 9, párrs. 37-38. Y Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, n.º 8, párrs. 35-36), por lo que de ninguna forma es plausible sobreindemnizar a la víctima, pues se estaría incurriendo por parte de esta en un enriquecimiento sin causa o en una ganancia ocasional. Este panorama parecería excluir contundentemente la implementación de los daños punitivos dentro del ordenamiento jurídico nacional, pero no es así, ya que la efectiva presencia de los mismos dentro del conjunto de codificaciones de índole civil y mercantil, y la necesidad imperativa de su implementación formal y adopción por parte de la jurisprudencia, hacen de los daños punitivos una realidad dentro del derecho privado Colombiano.

Casos de Daños Punitivos dentro del Derecho Colombiano

A continuación se analizarán algunos ejemplos de daños punitivos en el Código Civil, que -bajo cualquier pronóstico en contra- pueden dar fe de dos aspectos

-
- 25 Hay quienes plantean que el daño punitivo genera un “grave peligro contra la privación arbitraria de la propiedad, debido a que las instrucciones otorgadas al jurado le confieren amplia discrecionalidad para escoger los montos de las indemnizaciones a ser reconocidas por este concepto [...]”. Esta posición ha sido un argumento utilizado por algunas compañías multinacionales norteamericanas para salvaguardar sus propios intereses, dado el menoscabo financiero que genera esta figura, la cual, *contrario sensu* no genera una despatrimonialización abyecta ni fútil al demandado vencido, puesto que es completamente justificada. (Flórez 2001, p. 174 *Ctdo.* En: Buitrago, 2007, p. 172).
- 26 En los casos en que producto de los perjuicios causados como consecuencia de una conducta punible y que no sean susceptibles de valoración pecuniaria, podrá el juez fijar el *quantum* compensatorio a través de factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, teniendo como único límite el establecido en el artículo 97 de la ley 599 de 2000. (Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-916 de 2002).

fundamentales al respecto; el primero radica en que, inconscientemente el legislador colombiano consagró esta institución jurídica dentro del ordenamiento jurídico patrio, y el segundo consiste en que cada vez más nos damos cuenta de que el principio de la *Restitutio in integrum* no es un postulado absoluto.

El primer caso explícito de daños punitivos en el Código Civil lo encontramos inserto en el Art. 997 de la plurimencionada normatividad, el cual reza:

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 éste 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.

Un análisis detallado de este artículo muestra en principio la eventual obligación²⁷ del dueño negligente de reparar integralmente los perjuicios causados con su actuar. No obstante esto, el enunciado normativo trae un *plus* adicional a este esquema indemnizatorio ordinario, el cual reside en una sanción civil consistente en una prestación de dar el duplo del monto del perjuicio causado en el evento de una reincidencia; resaltando, pues, el desvalor frente a la negligencia del reincidente²⁸ y castigándolo con una multa en su contra. Resulta prudente aseverar que la finalidad del legislador más allá de la imposición sancionatoria radica en disuadir futuras conductas negligentes de este tipo. Así, los hechos hablan por sí mismos, *res ipsa loquitor*, ya es suficiente con la comisión de una conducta perjudicial para tolerar que la misma sea llevada a cabo nuevamente. Este no es el único caso en el que se obliga al agente a resarcir con el duplo del importe, ya que en materia sucesora encontramos la misma sanción dentro del artículo 1288 del Código Civil: “[...] 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. Uno y otro quedarán, además, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan”. (Subrayas fuera del texto original).

27 Acertadamente dice Tamayo (1999) al respecto “la única prestación que tiene carácter indemnizatorio es la que extingue la obligación del responsable” (p.201).

28 Es de advertir que no toda reincidencia negligente dentro del marco de la responsabilidad subjetiva es sancionada de esta forma, solo es sancionable de esta manera bajo el supuesto de hecho analizado dentro del enunciado normativo del Art. 997 del C.C por disposición expresa de la ley.

Siguiendo con esta misma línea, igualmente en el libro segundo del Código Civil, se encuentra otro caso de daños punitivos inserto en el Art. 737 el cual dispone lo siguiente:

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.

La primera revelación de este artículo es el cambio de la modalidad subjetiva de la conducta del agente dañante por una modalidad dolosa -categóricamente no se exige la configuración del dolo como intención de dañar-, ya que resulta necesario que dicho agente proceda a sabiendas de que lo que está usando no es suyo, por lo que la consecuencia tiene doble inclinación, en la primera quien usa la materia pierde lo suyo, y en la segunda debe adicionalmente indemnizar el menoscabo causado por su conducta. Con lo anterior, el legislador pretende sancionar a quien actuando dolosamente usa materia ajena y correlativamente permite que al verdadero dueño de la materia le ingrese a su patrimonio lo realizado por el abusador. La segunda parte de este artículo hace todavía más gravosa la situación del agente que cometió el hecho dañoso en la medida que: “por haber usado la materia a sabiendas -con dolo-, el dueño de la materia termina recibiendo más que el valor del perjuicio; se encuentra por lo tanto, en una posición de privilegio, justificada en la conducta del demandado y no en la relación directa con el daño sufrido por el patrimonio del demandante” (Buitrago 2007, p. 111).

Otro caso se evidencia en materia contractual²⁹, en la que mediante convención *interpartes* se pueden pactar cláusulas penales para que en el evento de un incumplimiento se puedan establecer sanciones de orden patrimonial a título de pena. Estas cláusulas tienen la función de servir como mecanismos para tasar anticipadamente los perjuicios y de amenaza de pena, ya que “el acreedor queda

29 Es factible aludir a la inaplicabilidad de los daños punitivos en materia contractual basándose en que el Art. 1616 del C.C. limita el reconocimiento de perjuicios en materia contractual, teniendo en cuenta los elementos subjetivos “culpa o dolo” al momento del incumplimiento del contrato; sin embargo, consideramos que esta visión resulta ser muy limitada e insuficiente frente al caso de las cláusulas penales dentro del presente artículo y por ende no nos acogemos a ella.

no solo liberado de la prueba del daño, sino que, además, puede recibir más de lo que le correspondiere por la reparación del daño efectivamente causado.” Por su parte, el Código Civil en su Art. 1592 define la cláusula penal como “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”. No obstante esta definición, el epicentro del tema lo encontramos en el Art. 1594, que establece lo siguiente:

Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

Es aquí donde cobra trascendencia la aplicación de la sanción, pues es cuando se ha convenido que la pena opere por la sola mora del deudor o sin perjuicio de la obligación principal, eventos en los cuales el acreedor puede exigir tanto el cumplimiento de la obligación principal como el de la pena. Nos encontramos pues frente a una institución jurídica por medio de la cual el acreedor adquiere a título gratuito el importe de las sumas que no corresponden propiamente a la reparación como consecuencia del pago de una multa o “pena privada” por parte del deudor; lo anterior, sin que puede pensarse en ir en desmedro del principio de la *iustitia commutativa* ni de incurrir en un enriquecimiento sin causa producto de un correlativo empobrecimiento sin causa del deudor, ya que justamente la fuente de dicho enriquecimiento se encuentra en el incumplimiento del contrato y en consecuencia “la Causa” sería la conducta reprochable del victimario, por lo que sí es predicable la existencia de una justa causa. En síntesis, se puede aseverar que la cláusula penal (como tasación anticipada de perjuicios) es un verdadero daño punitivo, puesto que se “abandona el campo de la reparación para entrarse en el de la pena privada, en la medida en que impone una sanción al deudor en beneficio de otro patrimonio privado” (Alessandri 1983, p. 555, *ctdo.* en Buitrago 2007, p.137).

Semejante a lo anterior, es el caso de los intereses moratorios, donde se presenta una doble modalidad sancionatoria, la primera hace alusión al significado mismo de los intereses moratorios consagrándolos como una pena que “el deudor debe pagar

a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora de pagar ese capital” (Ospina 2005, p.281); y la segunda, guarda relación con la sanción que impone el legislador frente al exceso de los límites legales para el cobro de estos intereses vertido en el Art. 884 del Código de Comercio, el cual es “suficiente y equitativo para satisfacer tanto la desvalorización como el verdadero lucro cesante, quedando eliminado de esta manera la posibilidad de reajuste o corrección monetaria” (Bonivento, 2004, p.737). Dicho artículo establece lo siguiente:

Quando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Un último caso, se presenta en materia mercantil y particularmente en el tema de seguros con la retención de la totalidad de la prima por parte del asegurador en caso de rescisión del contrato de seguro a título de pena. Lo anterior tiene fundamento en el inciso primero y segundo del artículo 1058 del Código de Comercio, el cual establece la nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia o inexactitud por parte del tomador en la declaración del estado del riesgo según los siguientes términos:

El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro. Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo [...].

De este artículo se infieren las modalidades en que puede actuar el tomador para ocultar o inadvertir circunstancias notablemente desfavorables para la aseguradora al momento de contratar, tales modalidades³⁰ consisten en la reticencia

30 La reticencia se presenta cuando el tomador inocente o fraudulentamente se abstiene de manifestar la información necesaria o lo hace de manera incompleta (Conducta Pasiva), Y la inexactitud, cuando el

y la inexactitud. Tanto la reticencia como la inexactitud gozan de gran relevancia dentro de la incidencia del elemento subjetivo de la conducta, puesto que las mismas pueden estar precedidas de una premeditación inclinada al engaño de la aseguradora, lo cual resultaría muy perjudicial para esta. Esto configura la eventual gravedad de estas modalidades conductuales, las cuales son sancionadas por el Art. 1059, el cual trae la siguiente consecuencia: “Rescindido el contrato en los términos del artículo anterior, el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena”.

Con esta sanción se pretende, además de reprochar la conducta del tomador, permitir que la aseguradora retenga la totalidad de la prima -pero solo se enriquece con aquella parte del costo que no corresponda a los gastos de contratación y expedición- y que, en igual proporción, “su patrimonio se aumente con fundamento en la declaración de la nulidad relativa del contrato de seguro, ya sea por acción o por excepción. Por esta vía el asegurado no sólo pierde la posibilidad de recibir la indemnización pactada por efecto de la nulidad, sino de perder lo pagado por concepto de prima” (Buitrago 2007, p.124).

Para terminar con esta evaluación casuística³¹, se considera indispensable plantear la reflexión de un “caso límite”, el cual consiste en determinar si efectivamente las condenas judiciales por daños morales constituyen medios ejemplarizantes y sancionatorios, o sea, si son efectivamente daños punitivos. Sea lo primero desentrañar el concepto de daño moral, el cual se puede considerar como la lesión de la víctima al padecer una aflicción o tristeza e igualmente el

tomador inocente o fraudulentamente al absolver una pregunta no lo hace de manera veraz y adecuada (Conducta Activa).

- 31 No se puede terminar esta evaluación casuística sin mencionar dos casos de daños punitivos dentro del Derecho continental europeo, que presuponen igualmente que en otros países de la corriente del *Civil Law* están abriendo sus puertas a las figuras sancionatorias en materia civil: En Alemania, la Sociedad de Autores -*Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte und mechanische Vervielfältigungsrechte*, (GEMA)- tiene reconocida por una jurisprudencia muy antigua la posibilidad de reclamar a quien ha violado los derechos de propiedad intelectual derivados de una obra musical el importe de una indemnización por la explotación indebida de derechos de autor [(la remuneración percibida de haberse autorizado la explotación (*Lizenzgebühr*)] y otro tanto, es decir, tiene una pretensión por *double damages* (Muller, 2000, p.126, *ctado*. En: Salvador, 2000, p.4). En Francia, el juez civil puede imponer al deudor que se niega a cumplir con sus obligaciones judicialmente declaradas como exigibles una multa pecuniaria (*astreinte*) por cada día de retraso cuyo importe se paga al acreedor (Salvador, 2000, p. 4).

“menoscabo de la fama o reputación” (Tale, 1995, p. 183), producida por el hecho dañino, compensable con una suma de dinero u otra forma de indemnización. Para la Jurisprudencia esta lesión comporta “aflicción, dolor, angustia y, en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo” (Consejo de Estado, consejero ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente. 12009). Teniendo claro lo anterior, la discusión surge porque autores como Georges Ripert postulan que la condena de daños morales no tiene otro sentido que castigar al autor del daño y que de ninguna manera se pueden entender como un mecanismo para aliviar a la víctima:

Lo que se propone en realidad en la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños y perjuicios no tienen en este caso un carácter de indemnización, sino un carácter ejemplar. Si ha habido delito penal, la víctima pide que algo se agregue a una pena pública insuficiente o mal graduada; si no ha habido delito penal, la víctima denuncia al culpable que ha sabido deslizarse entre las mallas de la ley penal. Existe la pena privada, puesto que es preciso infligir la pena a título de reparación (Ripert, 1946, p. 267).

Por el contrario, hay quienes tienen una posición opuesta manifestando que esta tipología del daño solo obedece a diversas expresiones concretas como el dolor que sufre la víctima a causa de situaciones que lesionan bienes personales como la vida, los sentimientos, la integridad moral, el honor, entre otros. En esta línea se encuentra Enrique Gil Botero, quien considera que por su finalidad, los daños morales no constituyen una sanción, sino que “en su forma más simple, atienden al cubrimiento de la lesión de los sentimientos, situaciones alógenas, o menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinado límite que no transvase a lo patológico” (Gil, 2006, p. 103).

Estas son las dos posturas centrales, la primera se inclina por la naturaleza sancionatoria y vindicativa de los daños morales asimilándolos a los daños punitivos y la otra -que actualmente es la predominante- se basa en su razón de ser, afirmando que esta institución pretende compensar una lesión cuyos efectos son de difícil desentrañamiento dentro del ámbito económico y apelan a la capacidad del juez mediante su *arbitrium iudicis* para la tasación de estos. Lamentablemente se podría considerar que resulta desafortunada la primera postura, puesto que

si bien es factible que por las condiciones de dolor y sufrimiento de la víctima el monto del daño moral sea razonablemente superior a lo que por equidad le corresponde, la finalidad reparatoria de esta institución no está encaminada a sancionar, sino que por el contrario dentro de la valoración del mismo se tienen en cuenta -de manera preponderante- las condiciones de la víctima por encima de las modalidades conductuales desplegadas por el agente causante del perjuicio. No obstante estas posturas, una tercera surge para mediar el problema, erigiendo el daño moral como un medio sancionatorio pero sin carácter resarcitorio, puesto que según esta postura el daño moral por antonomasia es irreparable:

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 opinión pública rechazase demasiado el abandono de la reparación del perjuicio moral, esta podría ser mantenida, pero limitada a una indemnización tarifada y global. Este último trazo haría cesar la aberración de la “atomización” entre toda clase de perjuicios (estético, de desagrado, sexual, etcétera) (Le Tourneau, 2004, p. 55).

Todos estos casos³² ponen en evidencia la inclinación del legislador por incorporar algunas sanciones privadas frente a conductas que sin ser objeto de un juicio de tipicidad y antijuridicidad penal, comportan un mayor desvalor de acción y de resultado que otras conductas llevadas a cabo dentro del tránsito civil y mercantil. Sin embargo, hay casos que en apariencia constituirían un daño punitivo pero que en la realidad distan de serlo, puesto que dentro de la conducta realizada por el agente dañante no se percibe un elemento subjetivo tan reprochable y reprehensible que constituya un factor determinante para la imposición de una medida ejemplarizante. Tales casos son los siguientes: el incentivo a título de

32 Vale la pena resaltar que estos casos no son los únicos de daños punitivos dentro del ordenamiento jurídico colombiano, para algunos doctrinantes (Buitrago, 2007) la pérdida del derecho de repetición o restitución de prestaciones cuando estas han tenido por fuente un objeto o causa ilícita, pero por cuestiones metodológicas no serán objeto de análisis en el presente trabajo. Art. 1525 y 1746 del C.C. igualmente es de destacar el caso de la injuria grave en materia sucesoral, la cual es severamente castigada por el legislador (Art. 1265 y ss. Del C.C.).

sanción de la mitad del monto del perjuicio que traen las acciones populares Art. 1005 del C.C., la sanción del veinte por ciento (20%) del importe o saldo por no pago de cheques consagrado en el Art. 722 del C. de Comercio, la indemnización moratoria por no pago de las prestaciones sociales y salarios (también llamado salarios caídos) vertida en el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, las vías de hecho en las cuales la administración en cumplimiento de una actividad “comete una irregularidad grosera, que atenta contra el derecho de propiedad o contra una libertad pública” (Rodríguez, 2005, p. 237), entre otros.

Conclusiones

Los daños punitivos se imponen como un mecanismo eficaz para prevenir, retribuir y castigar conductas que por su amenazante contenido subjetivo requieren de la imposición legítima de una sanción privada de carácter pecuniario, con el fin de reafirmar la confianza en la justicia y en los diferentes mecanismo legales tendientes a la obtención del orden público; mostrándole al causante del daño la intransigencia social frente a este tipo de conductas crasas.

Esta modalidad dañosa no se limita a ser un mero agregado o *Plus* económico para la víctima, sino que constituye verdaderas sanciones civiles orientadas a la reconducción social de las conductas gravemente ofensivas de los individuos de una comunidad y, correlativamente, tiende a disuadir la futura propagación de estas. Todo esto dentro de los esquemas lógicos de razonabilidad, proporcionalidad y del proceso debido a la hora de su aplicación y tasación, para poder así garantizar el cumplimiento de la etiología de esta figura, ya que si bien la misma se erige como un dispositivo para evitar dejar incólume las conductas cuyo contenido subjetivo trasciende de manera ostensible la tolerancia social; lo cual de ninguna forma puede llegar a generar una afectación patrimonial infundada y arbitraria al victimario.

Más allá de que el presente artículo haya generado una convicción fehaciente en el lector en cuanto a la existencia de medidas sancionatorias con matices ejemplarizantes y disuasivos, y con criterios éticos fundamentados en el principio de equidad dentro del plexo normativo colombiano, dicha exploración no pretende otra cosa que conminar hacia la reflexión sobre un tema intrigante que cada vez

más se ha venido revaluando (aun si se parte del hecho de que esta institución es extraña para nuestra tradición jurídica) por la doctrina y jurisprudencia de los países del *Civil law*, para que frente al estado actual de cosas, se suscite una ampliación en la conciencia de los pensadores del derecho que genere una acogida frente a este nuevo espectro que incursiona dentro de la teoría del daño, generando así pautas claras sobre la tipificación de las consecuencia jurídicas de tipo punitivo y estableciendo topes claros para dichas sanciones, haciendo de la figura una institución concreta, legítima y constitucionalmente viable de aplicar.

Según lo expuesto, resulta clara la respuesta frente al interrogante formulado inicialmente, ya que las funciones sancionatorias y preventivas de la responsabilidad patrimonial no son ajenas al Derecho privado colombiano y coexisten con los mecanismos reparatorios e indemnizatorios de este, evidenciándose así no pocos casos en que el legislador ha desvalorado el elemento subjetivo de la conducta (Dolo y Culpa) como factor altamente desvalorado y determinante para acrecentar los montos de las indemnizaciones y de esta manera generar una “prevención mediante la ejemplificación de la comunidad”. Igualmente, hay que hacer énfasis en la imperante necesidad de aplicación de las instituciones reguladoras -que aunque actualmente desarrollan un papel poco trascendental dentro del derecho privado-, que terminan siendo indiscutiblemente necesarias para reconducir el contenido y el alcance de la responsabilidad patrimonial recobrando el verdadero sentido profiláctico o preventivo de la misma dentro del derecho colombiano.

Referencias

- Alessandri, A. (1983). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Editar.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, (Trad.) Leysser L. León. Lima: Juristas editores.
- Balestena, E. (2002). *La fábrica penal, visión interdisciplinaria del sistema punitivo*. Buenos Aires: B de F.
- Bohórquez, L. (2002). *Diccionario jurídico Colombiano*. Bogotá: Jurídica nacional.
- Bonivento, J. (2004). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* 16ª Edición. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.
- Buitrago, J. (2007). *El daño punitivo en la responsabilidad civil*. Tesis de Maestría, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cooter, R. & Ulen, T. (2002). *Derecho y economía*. México: Fondo de cultura económica.

- Consejo de Estado. Sección tercera. Bogotá. Providencia del 9 de octubre de 1997. C.P. Dr. Hoyos Duque. Expediente 10605.
- _____. Providencia del 10 de septiembre de 1998. C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández. Expediente 12009.
- Corte Constitucional Colombiana. Bogotá. Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.
- _____. Sentencia C-916 de 2002 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 17 de agosto de 1990.
- De Cupis, A. (1996). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, (Trad.) Martínez Sarrión Ángel. Barcelona: Bosh.
- De Estrella, G. (1997). *La responsabilidad civil en la era tecnológica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Dobbs, D. (1984). *The law of Tort*. West Publishing Co. EE.UU: St Paul Minn.
- Florez, J. (2001). *Daño y Responsabilidad en el Derecho Norteamericano*. Tesis Inédita de grado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Garapon, A. & Papadopoulus, L. (2006). *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Bogotá: Legis.
- García, L. & Herrera, M. (2003). *El concepto de daños punitivos o punitive damages*. Bogotá: Publicación Estudio socio-jurídico.
- Garner, B. (2006). *Black's law dictionary* 3ª ed. Dallas: Thomson west.
- Gersh, C. (1995). *Modernos Conceptos de responsabilidad civil*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike.
- Gil, E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado* 3ª ed. Bogotá: Librería jurídica Comlibros.
- Green, M., et al. (2005). *Principles of European Tort Law*. (Trad.) Casals, M. Austria: Springer wien New York.
- Henao, J. (1998). *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Le Tourneau, P. (2004). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.
- Mazeaud, H; Tunec, A. & Capitant, H. (1993). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mosset, J. (1997). *Responsabilidad Civil*. Argentina: Hammurabi.
- Muller, P. (2000). *Punitive damages und deutsches schadensersatzrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter.
- Navia, F. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ospina, G. (2005). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá : Temis.
- Owen, D. (2005). *Product's liability law*. Carolina del Sur: Thomson west.

- Pizarro, R. (1996). *Derecho de daños. Segunda parte*. Buenos Aires: La Rocca.
- Reglero, F. (2005). Culpa y riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad civil. *Memorias del congreso internacional la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Medellín.
- René, D. (1968). Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Biblioteca jurídica Aguilar, (Ed). (P.242). Madrid.
- Ripert, G. (1946). *La regla moral en las obligaciones*. (Trad.) Hernando Davis Echandía. Bogotá: La Gran Colombia.
- Roberson, D; Powers, W. & Anderson, D. (1989). *Cases and Material son torts. American Casebook Series*. EE.UU: West Publishing Co.
- Rodríguez, L. (2005). *Derecho administrativo general y Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Salvador, P. (2000). Punitive Damages. Revista para el análisis del Derecho INDRET. (P.4). Barcelona.
- Saux, E. & Muller, E. (2005). *Responsabilidad civil contractual y aquiliana*. Santa Fe Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
- Schwartz, G. (1991). *The Myth of the Ford Pinto Case*. EE.UU: Rutgers.
- Sierra, J. (2001). *Diccionario jurídico ajustado a la legislación colombiana*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Suescún, J. (2005). *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo I, segunda edición. Bogotá: Legis.
- Tale, C. (1995). *Lecciones de filosofía del derecho*. Buenos Aires: Alveroni.
- Tamayo, J. (1999). *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.
- Tessie, G. (1998). Análisis comparativo de las partidas en daños punitivos. *Revista de derecho puertorriqueña*, Vol. 44 (n.º 2), p. 431.
- Valencia, H. (2002). *Derecho privado romano*. Medellín: Señal editora.
- Velásquez, F. (2004). *Manual de derecho penal parte general*. Bogotá: Temis.
- Velásquez, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis.

