

APOLOGÍA DEL POTENCIAL PREVENTIVO DE LA RESPONSABILIDAD: DESMITIFICACIÓN DE LA SANCIÓN EN SEDE INDEMNIZATORIA*

PREVENTING LIABILITY: DEFENDING SOME NEW FUNCTIONS AND CONCEPTIONS ABOUT COMPENSATION

*Sergio Rojas Quiñones***

Fecha de recepción: 21 de abril de 2012

Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2012

Para citar este artículo / To cite this article

Rojas Quiñones, Sergio, *Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria*, 125 *Vniversitas*, 339-375 (2012)

SICI: 0041-9060(201212)61:125<339:APPRDS>2.0.TX;2-S

* Este ensayo es parte de un estudio más extenso en el que se analizan, desde la perspectiva histórica y contemporánea, las diferentes concepciones en torno a la función de la responsabilidad civil en los sistemas de derecho continental. Fue realizado bajo la coordinación del doctor Ricardo Vélez, a quien el autor le expresa un muy especial agradecimiento por sus orientaciones y por las disertaciones en torno a este tema. Asimismo, expresa agradecimiento a Juan Diego Mojica, acucioso estudiante, por sus importantes reflexiones en el tema objeto de análisis.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Admitido en el máster en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, España. Ex-director de la revista *Universitas Estudiantes*. Autor de los libros *La responsabilidad del franquiciante por hechos del franquiciado* y *Retrospectiva y prospectiva del derecho de la competencia en América Latina*, así como de varios artículos de investigación. Miembro del Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Javeriana. También es miembro del Grupo de Investigación en Derecho Civil y Comercial de la misma universidad en las líneas de investigación en Contratos Atípicos, Responsabilidad Civil, Buena fe-Derecho Contractual y Derecho de Seguros y del Centro de Estudios de Derecho Privado. Actualmente es Asociado de la firma Salazar, Pardo & Jaramillo, abogados.
Correo electrónico: srojas@spjlaw.com

RESUMEN

Tradicionalmente se le ha atribuido a la responsabilidad civil una función meramente resarcitoria. Sin embargo, esta refractaria concepción parece cada día más relegada frente a los requerimientos de la sociedad y, por contera, del derecho contemporáneo. Ciertamente, se ha tomado conciencia de que ni siquiera la más perfecta de las reparaciones es capaz de suprimir completamente la realidad histórica del daño, lo que le ha abierto un espacio a nuevos enfoques con relación a la función de la responsabilidad, particularmente en lo que se refiere a la prevención y a la sanción. El presente artículo aborda justamente esta discusión, con el propósito de examinar, en un primer segmento, cuál es su estado actual en el derecho colombiano, a la par que formular, en un segundo segmento, algunas propuestas concretas frente a la implementación de la prevención y la punición en la responsabilidad civil patria. Se trata, en general, de una invitación a desmitificar el carácter exclusivamente resarcitorio de la consabida responsabilidad y admitir, con la correspondiente delimitación, la función preventiva (tutela inhibitoria) y sancionatoria (daños punitivos) en ciertos escenarios jurídicos.

Palabras clave autor: Responsabilidad civil, función, prevención, sanción, daños punitivos, tutela inhibitoria.

ABSTRACT

Traditional studies regarding torts and liability in civil law systems are usually circumscribed to compensation and reparatory issues. In despite of the international tendency that suggests preventive and punitive regulations for those institutions, old-fashioned positions still consider that liability is just a fact of compensation. Nevertheless, this anachronism is far away from the desirable path regarding this topic. That is why this article addresses the attention to the problem of the contemporary function that must be accomplished by torts and liability. The objective is to demonstrate that prevention and punishment should be considered as primary functions in civil law systems, in the form of punitive damages, and according to special regulations designed for this topic.

Keywords author: Torts, liability, prevention, punishment, punitive damages, civil law.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LOS PROLEGÓMENOS Y EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN – VISIÓN DESCRIPTIVA.- II. INCORPORACIÓN DE ASPECTOS PUNITIVOS Y SANCIONATORIOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO CONTINENTAL – VISIÓN PROPOSITIVA.- A. *La posibilidad de reincorporar la función preventiva y punitiva en sistemas de derecho continental, particularmente en el colombiano.*- 1. La función punitiva no es extraña a la tradición histórica y a la actualidad de los sistemas de responsabilidad civil continental.- 2. La función punitiva y la preventiva no son tampoco extrañas a las normas orientadoras del sistema jurídico colombiano, las que, muy por el contrario, parecieran acogerlas.- 3. Se trata, además, de funciones expresamente aceptadas en instrumentos de orden internacional, suscritos por países de derecho continental.- 4. Síntesis.- B. *Propuestas para la incorporación de la función punitiva y la preventiva.*- 1. La intervención ex-ante en materia de prevención.- 2. La intervención ex-post: los daños punitivos.- COMENTARIO FINAL.

Desde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a su represión

Adriano de Cupis - 1975

INTRODUCCIÓN

Permanecer impasible ante el potencial preventivo de la responsabilidad civil es casi tan grave como consagrar legislativamente un derecho general a dañar. En efecto, marginar la intervención de la responsabilidad a una fase ulterior a la irrogación del perjuicio no dista mucho del discurso según el cual *es admisible dañar, siempre que se proceda a indemnizar*. Lo paradójico, sin embargo, es que incluso el Código Civil colombiano parecía ya reconocer un alcance más que meramente resarcitorio a la responsabilidad, cuando advertía que “*La sanción no es solamente la pena, sino también la recompensa*” (artículo 6). De hecho, hoy en día es mayoritariamente aceptado que, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, muchísimas veces resulta más eficiente prevenir o evitar el daño que buscar repararlo, comoquiera que el *costo social* del perjuicio efectivamente inferido suele ser representativo. Con todo, en los sistemas de derecho continental la discusión pareciera estar reservada a los anaqueles de las bibliotecas. La arraigada concepción legal en torno al carácter meramente resarcitorio de la responsabilidad no ha cedido ni siquiera ante los pedidos de la más autorizada doctrina o de la jurisprudencia de cada Estado.

Y es que incluso la sabiduría popular aboga por una perspectiva contraria. Reconocidos adagios como aquel que indica que *más vale prevenir que lamentar*, o que resulta más aconsejable *la medicina preventiva que la curativa*, son un síntoma claro de la orientación colectiva en la materia. 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 acaecidos.

Pues bien, el presente estudio aborda justamente esta problemática. En los próximos párrafos se presentan algunas reflexiones

en punto tocante con la concepción tradicional y contemporánea de la *función de la responsabilidad*, en aras de proponer un nuevo enfoque que desmitifique el carácter meramente resarcitorio de la misma, para abrir paso a nuevas tendencias en donde la prevención e inclusive la sanción tienen un destacado lugar. Lo anterior como preámbulo de otros estudios en los que, como se verá, esta particular concepción irradia múltiples efectos, toda vez que, como lo dijera algún autor en el pasado, “*la función que se le atribuya a la responsabilidad civil determina, en buena parte, la solución dada a ciertos interrogantes estructurales sobre la forma de reparar y el alcance del débito resarcitorio*”¹. Definitivamente, le asistía plena razón a Guido Alpa, cuando ponía de presente que los *valores tutelados por la responsabilidad civil*, la *función de la misma* y su *estructura y presupuestos axiológicos*, son temas indisolublemente ligados².

Frente a ello se demostrará entonces que, en la actualidad, resulta anacrónico, a la par que inadecuado, mantenerse irreflexivamente

- 1 Gustavo Ordoqui, *Las funciones del derecho de daños en el siglo XXI*, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo IV, vol. 2, 4 (Pontificia Universidad Javeriana et ál., Bogotá, 2011).
- 2 Como bien lo indica Gustavo Ordoqui, “(...) *El estudio de las funciones del derecho de daños no es un tema meramente académico, sino que tiene una importancia práctica esencial desde el momento en que el fin o la función orientan la aplicación del derecho cuando se enfrentan situaciones carentes de regulación expresa, las cuales, por cierto, son muy frecuentes en esta materia. Con acierto, GUIDO ALPA, antes de referir al tema de la función del derecho de daños, dedica un capítulo al estudio de los valores. En principio, esto puede parecer un tema de filosofía o de metafísica, pero el autor los subraya como especialmente trascendentes, pues son los que orientan la aplicación y vigencia de esta importante rama del derecho privado. Estos valores, principios o tendencias fueron variando en el tiempo y en las épocas. El autor citado propone diferenciar valores ‘de la’ responsabilidad civil de valores ‘en la’ responsabilidad civil. En una época se priorizó como valor la libertad de hacer; de organización de la empresa. Se destacaban los aspectos morales, y de allí la transcendencia que se dio a la culpa. Hoy se prioriza a la persona como valor supremo, y lo que se busca son soluciones respaldadas por criterios de justicia distributiva que tratan de evitar o prevenir daños que le afecten la integridad y dignidad como persona. En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la función de las normas que regulan el denominado derecho de daños no es propiamente la de castigar en todo caso al autor del daño, sino que apunta básicamente a compensar a la víctima, esto es, a resarcir las consecuencias perjudiciales. Este enfoque, que podemos denominar clásico, de la responsabilidad extracontractual considerada en su función meramente resarcitoria contrasta con la actualidad, cuando se advierte cómo se transita por una etapa de revisión en todo el mundo, pues se cuestionan las verdaderas funciones y los mismos fundamentos del derecho de daños. Las dudas que se manifiestan hoy respecto al papel que debe desempeñar la responsabilidad civil, como las que conciernen a sus fundamentos, indican que la institución no está estabilizada, sino que por el contrario, se encuentra en proceso de cambio y de allí precisamente la importancia de su análisis (...)*” (se subraya). Gustavo, Ordoqui, *Las funciones del derecho de daños en el siglo XXI*, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, 4 (tomo IV., vol. 2., Pontificia Universidad Javeriana et ál., Bogotá, 2011). Cfr. Guido Alpa, *Tratatto di diritto civile*, Tomo IV, *La responsabilità civile*, 108 (Giuffrè, Milano, 1989).

en aquella posición en la que se sostiene a ultranza que a la responsabilidad solamente le corresponde un papel resarcitorio o indemnizatorio, toda vez que la tendencia internacional, así como los dictados de la conveniencia, la solidaridad, la buena fe y la equidad, abogan por una responsabilidad cuya intervención no se margine solamente a la fase ulterior al daño, sino también a la anterior, por virtud de la *prevención y la disuasión*. Esa es, en sana lógica, una finalidad que, como se verá, no se puede soslayar, máxime en un universo en el que, como en el contemporáneo, existen cada vez mayores y más importantes riesgos, en los que las posibilidades de una reparación integral son lejanas e ilusorias. Además de lo anterior, este estudio propondrá también algunas propuestas prácticas con relación a la implementación de la prevención y el castigo en el sistema jurídico colombiano.

Para el efecto, en un primer segmento nos ocuparemos de describir el estado actual de la discusión y sus antecedentes más relevantes, tanto en el *civil law*, como en el *common law*. Posteriormente, expondremos varias razones por las cuales no existe, en principio, un obstáculo significativo para incorporar las funciones punitiva y preventiva en sistemas continentales de responsabilidad civil, particularmente en el ordenamiento nacional. Finalmente, presentaremos las referidas propuestas de incorporación, enfocadas particularmente en la tutela inhibitoria y en los daños punitivos.

I. LOS PROLEGÓMENOS Y EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN – VISIÓN DESCRIPTIVA

La responsabilidad civil, tradicionalmente definida a partir del principio romano *aleterum non laedere*, ha sido concebida como “*la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros*”³. En este sentido, al hablar de la naturaleza de la responsabilidad civil se ha afirmado que es “*una carga impuesta unilateralmente por la ley a quien, con o sin su voluntad, causa un daño a otro y está obligado a repararlo*”⁴. De esta manera, en la estructura orgánica del

3 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 8 (Legis, Colombia, 2007).

4 Julián Güitrón Fuentevilla, en *Responsabilidad Civil, Homenaje a François Chabas*, 99 (Aída Kemelmajer de Carlucci, Dir., Ed. Rubinza – Culzoni Editores, Santa Fe, 2007).

sistema jurídico, la responsabilidad se encarga de determinar “*los presupuestos, condiciones y circunstancias por las que una persona que ha sufrido un daño jurídicamente tutelable como consecuencia de la conducta o actividad de un tercero tiene derecho a exigir su reparación a ese tercero o a otra persona que se encuentre con él en una determinada relación*”⁵.

Se trata entonces de una concepción que, además de permanecer inalterada durante mucho tiempo, tiene por fundamento central de la responsabilidad el de reparar o indemnizar el daño causado. Ciertamente, en reiteradas ocasiones la doctrina ha afirmado que el débito emanado de la responsabilidad “*siempre lleva implícita como elemento propio por su naturaleza la idea de reparar o indemnizar un daño causado*”⁶. En ese sentido, el profesor Tamayo Jaramillo⁷ señala entonces que “*el objetivo de la responsabilidad civil es el de conservar el equilibrio patrimonial de los particulares*”, lo que supone reparar, esto es, “*retornar a la víctima a su situación de indemnidad —o ausencia de daño—*”.

Lo anterior, por contera, lleva entonces a reconocer que 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 prevención y la sanción del daño⁸. En

5 Fernando Reglero Campos, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 49 (Fernando Reglero Campos, Dir., Arazandi, Navarra, 2002).

6 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 11 (Temis, Bogotá, 2009).

7 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 15 (Legis, Colombia, 2007).

8 No debemos dejar de advertir que, si bien este texto se fundamenta en las funciones resarcitoria, preventiva y sancionatoria, la doctrina contemporánea propone modernas concepciones en donde son muchas más las finalidades que se le atribuyen a la responsabilidad. El profesor Gustavo Ordoqui realiza una síntesis muy precisa de las diferentes posiciones doctrinales, que nos permitimos citar, a saber: “(...) ANDRÉ TUNC señala que la función fundamental del derecho de la responsabilidad civil no tiene diferencias, en lo que refiere a su justificación, con la función misma del derecho. El derecho de la responsabilidad como el derecho en general, es el instrumento que permite mantener un equilibrio entre la libertad de los hombres y sus poderes y los deberes sociales. Una sociedad de hombres tiene la necesidad de armonizar la actividad de sus miembros: tal es precisamente la función del derecho. Permitir la existencia de libertades es la función esencial del derecho y de la responsabilidad. TUNC considera que las funciones de la responsabilidad son: a) castigar o sancionar al culpable; b) venganza de la víctima; c) indemnización de esta; d) restaurar el orden social; e) prevenir el daño. 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 responsabilidad. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI propone el deslinde de

este orden de ideas, señala Reglero Campos que “[e]n 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”⁹. Por lo demás, al prevalecer en el *civil law* una concepción de la responsabilidad civil puramente compensatoria, sus elementos se definen en concordancia con dicha

las siguientes funciones: a) demarcatoria, pues la determinación de lo que daña marca el límite en el ejercicio de la libertad y los derechos del sujeto; b) vindicatoria; pues lo que importa es reparar el daño, aunque no se haya causado; c) preventiva; d) sancionatoria; e) compensatoria; f) distributiva; g) función de garantía respecto a la confirmación de los derechos del ciudadano. Sobre los criterios seguidos para enunciar la nómina de funciones que cumple el derecho de daños, podemos decir que son diversos y sus diferencias no suelen estar marcadas por lo acertado o errados, sino por ser más o menos amplios en el enfoque que se realiza. Podemos decir que existe una postura tradicional conforme a la cual las funciones son tres. En este sentido MONTANERI las identifica como función compensatoria, función sancionatoria y función preventiva. PONZANELLI considera que hoy las funciones principales del derecho de daños son: a) función preventiva, destinada a inducir al empresario o potencial causante de daños a adoptar medidas de seguridad para evitar el perjuicio; b) función compensatoria, por la que se garantiza el adecuado resarcimiento del daño; c) función punitiva, cuando la infracción es considerable y se propicia la aplicación de la figura del daño punitivo, en la que el dinero responde a la “inconducta” y no al daño. ALPA, ‘Ingenieria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina di responsabilit  civile’, en ALPA BESSONE, considera que las funciones de la responsabilidad son: a) publicidad negativa de los actos irregulares conocidos por la gestión judicial; b) distribución eficiente y justa de las pérdidas causadas por el perjuicio; c) reducción de los costos de transacción y de los costos judiciales; d) asignar una distribución correcta de costos sobre las empresas para que este tipo de pérdida lleven a presionar para reducir daños; e) satisfacer las necesidades de seguridad de las personas; f) ejercitar un control sobre actividades humanas; h) reafirmar el poder sancionatorio del Estado; i) asegurar al sistema capitalista el máximo de beneficios incitando a evitar el costo de daños resarcibles; j) desincentivar actos perjudiciales a terceros. Según CALABRESI, las funciones del derecho de daños serán tres: a) minimizar los costos de los accidentes, desestimulando las actividades dañinas que imponen a la sociedad costos superiores a los beneficios que realmente generan; b) el fin de la responsabilidad, además, es compensar a las víctimas, y ello debe hacerlo quien est  en mejores condiciones de asumir los costos o de trasladarlos. Es preferible que mil paguen por uno a que uno por mil. Así, el sufrimiento social se minimiza; c) la otra función sería reducir los costos administrativos del propio sistema de responsabilidad. No tiene sentido usar un sistema de responsabilidad cuyo costo sea superior a los beneficios que genera al resto de la sociedad. Al otro extremo est n autores como PANTALEÓN PRIETO, que considera que la función de la responsabilidad extracontractual debe ser única y no polivalente. En realidad, se amplian las funciones en exceso, pues lo que se quiere es encontrar otro sujeto a quien responsabilizar, que sea solvente, y que asegure el cobro de la reparación. Además, se busca resolver temas que no son propiamente de la responsabilidad civil, sino de la seguridad social. Se trata de darles soluciones a nuevas necesidades sociales para las que no fue pensada la responsabilidad civil (...). Gustavo Orodoqui, *Las funciones del derecho de daños en el siglo XXI*, 11-12, op. cit. Para consultar las fuentes directas en las que cada autor postula sus teorías, vid. André Tunc, *La responsabilit  civile*, 23 (Economica, Paris, 1981); Boris Starck, *Droit civil, obligations*, 41 (Litec, Paris, 1972); Giuseppe Montaneri, *La responsabilit  civile*, en *Tratatto di diritto civile*, 19 (Rodolfo Sacco, UTET, Tur n, 1998); Giulio Ponzanelli, *La responsabilit  civile. Profili di diritto comparato*, 25 (Navarretta, 1992); Guido Calabresi, *El coste de los accidentes*, 26-31 (Barcelona, 1984); Pantaleón Prieto, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 293 (Dykinson, Madrid, 2000).

9 Fernando Reglero Campos, en *Tratado de responsabilidad civil*, 55 (Fernando Reglero Campos, Dir., Arazandi, Navarra, 2002).

función. Así, por ejemplo, la propia noción de daño, los requisitos de la indemnización, el alcance de la misma, entre otras cuestiones más, dependen necesariamente de la visión que se tenga de la responsabilidad, la cual, como se decía, es preponderantemente indemnizatoria.

Con todo, la movida internacional y algunas reflexiones doctrinales parecieran querer contemplar nuevos horizontes. En efecto, si bien el concepto predominante de la responsabilidad civil, en el sistema de derecho continental, es aquel que la limita fundamentalmente a cumplir una función compensatoria, no se pueden desconocer las tendencias que han abierto el espectro, alterando el papel “tradicional” de la responsabilidad civil, introduciendo nuevos elementos que exhortan a esta disciplina a cumplir funciones punitivas y sancionatorias¹⁰. Al respecto, Gustavo Ordoqui Castilla considera que, “[s]i bien 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 mitad de camino entre lo civil y lo penal”¹¹. Dentro de este contexto, se han ido insertando paulatinamente a las codificaciones europeas y latinoamericanas figuras que tienen como finalidad integrar las funciones punitivas y sancionatorias a estos ordenamientos jurídicos, tomando como punto de referencia la institución anglosajona de los daños punitivos, de gran alcance y repercusión en el derecho norteamericano¹². Asimismo, se han propuesto novísimas tendencias en punto tocante con la funcionalidad de la responsabilidad, que parten de los valores actualmente tutelados por esta disciplina —los derechos de las víctimas, particularmente—, para proponer interesantes funciones que la entienden como una “herramienta de

10 Philippe Le Tourneau, *La responsabilidad civil*, 21 (Legis, Bogotá, 2004).

11 Gustavo Ordoqui Castilla, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Derecho Privado*, Tomo IV, vol. 2, 8 (Temis, Bogotá, 2010).

12 Fernando Reglero Campos, en *Tratado de responsabilidad civil*, 63 y ss. (Fernando Reglero Campos, Dir., Arazandi, Navarra, 2002); Marcelo López Mesa, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, 206 (Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2009).

regulación social, como una forma de distribuir la carga de los daños y como una garantía de los derechos de los ciudadanos”¹³.

Esta situación ha llevado a reconocer la necesidad de articular, a futuro, una concepción de la responsabilidad civil que tenga en cuenta esas tendencias que, indiscutiblemente, hoy hacen parte de la academia nacional y comparada. Este debate, sin embargo, ha sido relegado en la evolución de los sistemas de derecho continental, a diferencia de lo que ha sucedido en el escenario anglosajón, en el que el desarrollo ha sido más prolífero, como sigue.

II. INCORPORACIÓN DE ASPECTOS PUNITIVOS Y SANCIONATORIOS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO CONTINENTAL – VISIÓN PROPOSITIVA

Como se expuso anteriormente, la concepción moderna de la responsabilidad civil, en el derecho continental, tiene como eje el principio de reparación integral de la víctima. Tanto así, que hoy en día se alude ya no al *daño injustamente causado* sino al *daño injustamente sufrido* que, como es obvio, deja de mirar al victimario para concentrarse en la posición de la víctima. En desarrollo de este principio, la responsabilidad civil ha articulado todos sus elementos en torno a una función estrictamente compensatoria, considerando secundarias e incluso ajenas las funciones punitiva y preventiva, de suyo relevantes en el derecho anglosajón.

Con todo, 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 sólo se concreta en la ausencia de indemnización, sino también en la inexistencia de garantías de no repetición del perjuicio y de prevención colectiva de los daños. Puesto en otros términos, tan desprotegida se encuentra la víctima

13 Si bien este texto se centrará en el análisis de la función preventiva y punitiva, no podemos dejar de registrar la importancia de las anteriores finalidades. En efecto, se trata de funciones que le confieren una renovada importancia a la responsabilidad y que, además, le atribuyen una funcionalidad especial dentro del ordenamiento jurídico, protagónica, por demás, en la regulación de las conductas. Así las cosas, la responsabilidad deja de ser una mera consecuencia jurídica, para convertirse en una típica herramienta de tipificación social. Sobre este particular, vid. Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, *Función actual de la responsabilidad civil*, en *Derecho de daños*, 45 y ss. (Buenos Aires, 1989).

a la que no se le garantiza una adecuada reparación, como aquella cuyo ordenamiento jurídico no le provee herramientas suficientes de prevención del perjuicio.

Pero, ¿resulta jurídicamente posible reincorporar la punición y la prevención en ordenamientos como el colombiano? Y, de ser así, ¿cómo lograrlo? A continuación se desarrollan ambos interrogantes.

A. La posibilidad de reincorporar la función preventiva y punitiva en sistemas de derecho continental, particularmente en el colombiano

Existen al menos tres razones para entender que, en la actualidad, nada impide la reincorporación de las consabidas funciones punitivas y preventivas en los sistemas de derecho continental, a saber:

1. La función punitiva no es extraña a la tradición histórica y a la actualidad de los sistemas de responsabilidad civil continental

En primer lugar, no debe perderse de vista que, históricamente hablando, el derecho continental no ha sido completamente ajeno a estas funciones. Muy por el contrario, en ciertos estadios de evolución ha adoptado, en forma cautelosa, instituciones revestidas de un carácter punitivo-preventivo. Así, como bien lo afirma el profesor Reglero Campos, *“no puede afirmarse que los ‘punitive damages’ sean una categoría de daños totalmente desconocida en los ordenamientos europeos (aunque sí en la forma que se conciben en los derechos norteamericano e inglés), si bien bajo un ropaje muy diferente y para casos muy contados. Fundamentalmente el de la mayor o menor extensión de la indemnización del daño indemnizable atendido al grado de reproche de la conducta o actividad del dañante. En las leyes españolas [se encuentran] ciertas normas que hacen responder al deudor o al dañante de distintita manera según la intensidad del juicio de reproche que merece su conducta, bien mediante la técnica de la extensión genérica de la imputación objetiva del daño, bien mediante la sustracción del supuesto a los límites de indemnizabilidad estable-*

cidos por normas sobre valoración de daños”¹⁴. A modo ejemplo, el autor cita los artículos 1107, 1486 y 1487 del Código Civil español, los cuales someten al deudor doloso a una mayor responsabilidad debido al alto grado de reproche que tienen conductas de este tipo.

Del mismo modo, se encuentran en el derecho francés planteamientos jurídicos como la “culpa lucrativa”, que alude a “*ese obrar con dolo o culpa grave que, a pesar de los daños e intereses a los que el responsable pueda ser condenado a pagar —y que son calculados sobre el perjuicio efectivamente sufrido por la víctima— le dejan sin embargo a su autor un margen de beneficios suficiente, como para que nada le impida volver a cometer el mismo o parecido ilícito*”¹⁵. En Alemania, por su parte, existe un planteamiento muy similar, por virtud del cual la jurisprudencia le ha reconocido a la Sociedad de Autores la posibilidad de recibir una indemnización que no tiene en cuenta solamente el daño causado, sino que, además, reconoce la obligación que tiene quien logró un provecho antijurídico, en perjuicio de otro, de devolver dicho beneficio. De esta manera, se ha decretado a título de indemnización el pago del valor de la licencia y otra suma adicional como castigo¹⁶. En similar sentido, la jurisprudencia alemana en sentencia que tenía que decidir sobre el caso de una publicación de una entrevista falsa, decidió “*que la fijación de la cuantía de la indemnización por lesión del derecho general de la personalidad debía tener en cuenta no sólo los aspectos de la compensación y satisfacción de la víctima sino también los de prevención y, por lo tanto, podían superar la estimación del daño causado*”¹⁷.

Finalmente, el derecho latinoamericano tampoco ha sido ajeno a estas nuevas tendencias. Así, por ejemplo, en Argentina, la Ley 24.240 incorpora los daños punitivos, en su artículo 52bis, a cuyo tenor, “*Daño Punitivo, Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circuns-*

14 Fernando Reglero Campos, en *Tratado de responsabilidad civil*, 65, op. cit.

15 Marcelo López Mesa, *Elementos de la responsabilidad civil*, 221-222 (Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2009).

16 Pablo Salvador Coderch, *Punitive Damages*, en *INDRET Revista para el Análisis Económico del Derecho*, 4, Barcelona (2000).

17 Ibidem.

tancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

En el caso colombiano, una figura revestida de este carácter sancionatorio es el incentivo previsto en el artículo 1005 del Código Civil, que señala que “*Se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad*”. Asimismo, el artículo 1616 de la misma codificación consagra alcances indemnizatorios mayores cuando se trata de conductas dolosas, lo que evidencia un juicio de reproche más severo en este tipo de situaciones. Lo propio ha sucedido en sede jurisprudencial, en donde existen también puntuales manifestaciones del carácter sancionatorio que se le confiere a ciertas indemnizaciones.

Así las cosas, un primer argumento a favor de la incorporación de orientaciones preventivas y punitivas en sistemas de derecho continental, es que dichas funciones, contrario a lo que algunos quisieran hacer ver, no son del todo ajenas a la tradición histórica y a las tendencias contemporáneas de la responsabilidad. A juicio de quienes defienden esta anacrónica posición, instituciones como los daños punitivos son foráneas y extrañas a nuestra tradición civil, pero como lo exponen ilustradamente los autores antes citados, ello no es realmente así.

2. La función punitiva y la preventiva no son tampoco extrañas a las normas orientadoras del sistema jurídico colombiano, las que, muy por el contrario, parecieran acogerlas

En segundo lugar, no deja de llamar la atención que en la opinión de algunos doctrinantes y de ciertos pronunciamientos jurisprudenciales aislados se afirme, a veces, que el carácter punitivo y preventivo de la responsabilidad es ajeno a las normas contemporáneas del ordenamiento colombiano. Y decimos que ello llama la atención, comoquiera que existen puntuales disposiciones que, a contrario sensu, parecieran abogar por el carácter punitivo y por la idoneidad preventiva de las indemnizaciones impuestas en sede civil.

Así, a manera de elocuente ejemplo se encuentra una de las normas rectoras de nuestro Código Civil: el artículo 6, a cuyo tenor “*La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de su mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones*”. Nótese cómo se trata entonces de una disposición que dentro del concepto de pena incorpora la *recompensa*. En la terminología de la codificación, ello supone, por contera, entender que en el pago de tales recompensas (entre las cuales se encuentran, naturalmente, las reparaciones civiles) se inmiscuye también un requerimiento punitivo o sancionatorio. Puesto en otros términos, esta preceptiva devela que no es contrario a la intención del legislador entender que el pago de reparaciones, restituciones o reembolsos no solamente cumple una función estrictamente resarcitoria, sino también sancionatoria, muy por la vía de lo que, en un primer momento, se entendía en el derecho romano y, posteriormente, se retomó en el derecho anglosajón¹⁸. Es paradójico lo inadvertida que pasó esta disposición durante años. Sin embargo, la contundencia de su tenor sirve de fundamento suficiente para retomar la naturaleza mesuradamente punitiva y, además, preventiva que puede tener la responsabilidad.

En similar sentido, el artículo 1616 del Código Civil colombiano pareciera también reflejar una cierta inclinación sancionatoria en las normas relativas a la indemnización en materia contractual¹⁹. Ciertamente, esta disposición consagra una reparación más severa para aquellos casos en que existe un deudor incumplido que ha actuado dolosamente, respecto de aquel que lo ha hecho culposamente. La mayor indemnización a cargo de quien es imputado con dolo no es sino consecuencia lógica de un reproche más severo y de una suerte de punición.

De hecho, existen normas en el Código Civil colombiano que parecieran materializar concretas hipótesis de *indemnizaciones*

18 Cfr. Alejandro Guzmán Brito, *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*, 19 y ss. (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009).

19 Al tenor del citado precepto, “*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*”. Un desarrollo del alcance de esta disposición se puede encontrar en Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Tomo II, 209-211 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008); Luis Claro Solar, *De las obligaciones*, Tomo II, 753 (Santiago de Chile).

sancionatorias, a semejanza de lo que ocurre con los daños punitivos. Así, por ejemplo, el artículo 997 de la referida codificación, prescribe que *“Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darle 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”* (se subraya). Como es obvio, en esta hipótesis la codificación estableció una típica sanción por la reincidencia en una conducta dañosa que, por lo demás, busca *prevenir* dicha situación.

Lo propio sucede en el artículo 1288 que, en materia sucesoral, dispone que *“El heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a una sucesión, pierde la facultad de repudiar la herencia, y no obstante su repudiación permanecerá heredero; pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos. 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 (...)”* (se subraya)²⁰. O en el artículo 1824, a cuyo tenor *“Aquel de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada (...)”* (se subraya). Ambas disposiciones, nuevamente, sancionan la conducta antijurídica del individuo, castigándolo con una prestación adicional a la mera restitución de los bienes a los que se refiere la norma. En el caso del segundo artículo, la cuestión es aun más elocuente: se sanciona expresamente la malicia del cónyuge que ha sustraído bienes, lo que refleja entonces que, en estos casos, la codificación no se conformó con la reparación o la restitución²¹.

En fin, las reglas que regulan la cláusula penal en el Código Civil colombiano, revelan también que este no es ajeno a la sanción o la punición. Ciertamente, el artículo 1600 dispone que *“No podrá*

20 Sobre este particular, vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 septiembre de 1957.

21 Esta ha sido, por lo demás, la posición asumida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, que ha puesto de presente que la preceptiva contenida en el artículo 1824, es una típica sanción ocasionada en la malicia del cónyuge que dispone de los bienes de la sociedad. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de abril de 1991; Sentencia del 14 de diciembre de 1990; Sentencia del 19 de octubre de 1912 y Sentencia del 25 de abril de 1991. Vid., también, Enrique López de Pava, *Derecho de familia*, 133-135 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968).

pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena” (se subraya). Nótese cómo la disposición en cita permite exigir la indemnización de perjuicios y la *pena*, cuando así ha sido previsto por las partes²². De esta manera, no es contrario al espíritu de la legislación la concurrencia de ambos rubros: indemnización y sanción pueden reunirse en la condena de un sujeto determinado, a semejanza de lo que ocurre en esquemas en los que, como en el anglosajón, se condena por daños punitivos.

Ahora bien, normativas más recientes contribuyen también a poner de presente este aspecto. De esta manera, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 constituye un importante avance, comoquiera que incorpora el principio de la equidad para fijar el monto de reparación integral. Así, si se parte de la base constitucionalmente aceptada de que la equidad se materializa en *dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales*, lo cierto es que la reparación, con fundamento en dicha equidad, no puede tratar de igual manera a quien ha actuado con descuido o negligencia y a quien lo ha hecho con la intención dolosa de dañar. En equidad, la reacción debe ser más enérgica cuando exista delito civil o dolo, por lo que, desde esta perspectiva, a partir de esa equidad se justifica plenamente incorporar parámetros sancionatorios en tratándose de conductas más reprochables. Puesto en otros términos, al aludir al criterio de la equidad, el artículo 16 creó un escenario proclive a reincorporar las funciones punitiva y sancionatoria en la responsabilidad: en efecto, no es equitativa la indemnización que se mantiene impasible frente al dolo o la culpa del victimario, razón por la cual se impone arreciar dicha indemnización en casos de reproche mayor, lo que, a su turno, significa entonces incorporar criterios de punición o castigo en el resarcimiento de la víctima. No de otra forma podría darse un *trato igual a los iguales y desigual a los desiguales*.

En materia de prevención, es elocuente también la Ley 472 de 1998, cuyo cometido fue regular las denominadas acciones populares y las acciones de grupo. En dicho marco, la normativa no solo se preocupó por la indemnización de los daños colectivos o grupales,

22 Cfr. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 162-164 (Temis, Bogotá, 1980).

sino también por su *prevención*. Así, consagró mecanismos de mitigación del *daño contingente*, con lo cual demostró, de una parte, la importancia de dicha prevención y, de otra, la factibilidad de incorporarla en sistemas jurídicos como el colombiano, a pesar de su estirpe continental. De hecho, el propio concepto de *daño contingente*, de por sí, devela la concurrencia del concepto de perjuicio, muy propio de la responsabilidad civil, y el de prevención, el que debe reforzarse o acentuarse. En esta materia, no sobra destacar lo prescrito por el propio Código Civil, que en su artículo 2359 establece la posibilidad de iniciar acciones por daños contingentes, demostrando incontestablemente que la *prevención* desempeñaba y debe desempeñar una función primaria en el escenario de la indemnización²³.

Por último, se debe subrayar la regulación de la responsabilidad en el marco del proceso penal. Como es sabido, el sistema penal acusatorio colombiano se caracterizó, entre otras novedades más, por procurar una protección integral de las víctimas de la conducta punible. Para el efecto, ensanchó el concepto de reparación integral y, además, diseñó mecanismos procesales para hacer más efectivas las posibilidades de indemnización a través del denominado *incidente de reparación integral*. En este escenario, al juez penal le corresponde aplicar las normas de responsabilidad civil para garantizar el adecuado resarcimiento de las víctimas. En forma ilustrativa, se ha dicho entonces que en este caso el juzgador se viste con la toga del juez civil y desata un típico conflicto de responsabilidad, sin perjuicio de las normas especiales de la normativa penal. Lo curioso es que dentro de dichas normas especiales, el artículo 97 del Código Penal (Ley 599 del 2000), prescribe que la tasación de los daños “(...) *se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado* (...)” (se subraya). De acuerdo con el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-916 de 2002, esta es una disposición que solamente se aplica en materia de daños morales²⁴.

23 El artículo 2359 dispone que “*Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción*”.

24 Mediante la Sentencia C-916 de 2002, la Corte Constitucional moduló el alcance del artículo 97 del Código Penal, en el sentido de precisar que los límites indemnizatorios y los criterios en

Sin embargo, es de subrayar que supone la incorporación evidente del juicio de reproche derivado de la *naturaleza de la conducta*, para la determinación del *quantum* indemnizatorio en tratándose de esta tipología particular de perjuicios. Así, en el escenario penal, la valoración del perjuicio moral tiene en cuenta la conducta del victimario, probablemente su gravedad, con lo cual se demuestra, nuevamente, que existen manifestaciones de responsabilidad civil proclives a la sanción y a la prevención²⁵.

En síntesis, la punición y el fomento de la prevención no son ajenos a la regulación nacional de la responsabilidad civil. Esto demuestra entonces que, tanto desde la perspectiva histórica como desde la óptica normativa, no es desacertado, ni mucho menos descabellado, pensar en la reincorporación de las funciones en comentario: esta sería una propuesta que no contrariaría precepto legal alguno, mientras que sí desarrollaría potísimos valores y principios de orden legal.

3. Se trata, además, de funciones expresamente aceptadas en instrumentos de orden internacional, suscritos por países de derecho continental

Pero además de no oponerse a mandato alguno, las funciones punitiva y preventiva 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.

él incorporados, solo se referían al daño moral. En dicha providencia, el mencionado Tribunal realizó una completa exposición del alcance de la disposición, que bien vale la pena consultar (Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002).

- 25 Aun cuando no será objeto de análisis del presente estudio, tradicionalmente se ha discutido la función del daño moral. Para algunos, esta es una modalidad de perjuicio extrapatrimonial que tiene una naturaleza sancionatoria, por lo que sería una manifestación primigenia de daño punitivo. Nosotros, sin embargo, no coincidimos con esta tesis, comoquiera que, sin perjuicio de un desarrollo ulterior más detallado, nos parece que el daño moral cumple funciones compensatorias y de *pretium doloris*. Es una forma de indemnización y no de típica sanción. Con todo, este no es un debate ajeno a los ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, Luís Díez-Picazo afirma que “(...) siempre ha existido, más o menos oscuramente, la idea de que en la indemnización del daño moral existe un elemento punitivo. Lo decía ya G. Ripert, para quien en la condena por daño moral procuración de la satisfacción de la víctima, sino punición del ilícito comportamiento del autor del daño. Siendo ello así, las indemnizaciones no tienen carácter compensatorio, sino ejemplar, de disuasión o de prevención (...)”. *El escándalo del daño moral*, 101 (Thomson Civitas, Madrid, 2008).

Así, el artículo 10:101 de los Principios Europeos de Responsabilidad Civil, prescribe que *“La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”*, lo que, a juicio de los comentaristas constituye un gran avance, en la medida en que abre la puerta para reestructurar el concepto de indemnización y adecuarlo a la necesidad de prevenir los perjuicios. Puesto en otros términos, el haber reconocido expresamente la función preventiva de la indemnización, habilita, por contera, para repensar el alcance de la misma, en aras de dotarla de mecanismos que, en la práctica, permitan la eficacia de dicha función preventiva²⁶.

En materia contractual, por su parte, el Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista Europea, a semejanza de lo previsto en el artículo 1616 del Código Civil colombiano, arrecia el alcance de las indemnizaciones para aquellos casos en que el incumplimiento es imputable al dolo o la culpa del deudor. Ciertamente, el numeral 4 del artículo 162 prevé que *“A menos que el deudor haya actuado por dolo o culpa, debe responder del daño que —en atención al texto del contrato, a las circunstancias, a la buena fe y a los usos— debe razonablemente considerarse asumido implícitamente por él —en cuanto persona normalmente informada— en el momento de celebración del contrato”*. Lo propio sucede en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos de 1998 (Principios Lando), cuyo artículo 9:503,

26 Ciertamente, esta es una disposición cuya interpretación no es fácil. A juicio de Miquel Martí Casals, solamente incorpora la prevención, lo que, en principio, no supone punición. Sin embargo, de entrada se abona que propende por la prevención, lo que es ya un gran avance respecto de la evolución en sistemas de derecho continental. Al respecto, el citado autor afirma que *“(…) Sin embargo, el hecho de que se rechace la introducción de elementos punitivos en la responsabilidad extracontractual no significa necesariamente que se le niegue, junto a la función de compensación, la de prevención. Las regulaciones de Derecho privado no son ajenas a criterios de política jurídica con los que el legislador quiere incentivar determinadas conductas y desincentivar otras. Es bien sabido que, p. ej. en materia contractual, cualquier regulación que se haga deberá procurar incentivar el cumplimiento, desincentivar el incumplimiento y velar por la autonomía de la voluntad de las partes y por la conservación del contrato. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual cualquier regulación debe procurar no sólo que la víctima obtenga una indemnización íntegra del daño sufrido, sino también que el otorgamiento de acciones indemnizatorias no coarte innecesariamente la libertad de acción de los potenciales causantes de daños ni sea contraria al interés público. Como señala el art. 2:101 (6) PETL, en materia de intereses protegidos, [P]ara establecer el alcance de la protección también deberán tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos. Si bien los PETL no lo prevén expresamente, uno de esos intereses públicos es sin duda que se reduzca la producción de daños al mínimo posible atendiendo, al mismo tiempo, a un equilibrio que respete la libertad de los individuos y el sistema de valores propios de un estado democrático (...)”*. La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual, Jornadas de Derecho Civil. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>

prescribe que *“La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente”* (se subraya). Nótese cómo, en ambos casos, las reglas de la reparación se tornan más severas cuando existe un juicio de reproche mayor, lo que es constitutivo de un síntoma claro de sanción o punición²⁷.

Por lo demás, el artículo 168 del ya citado Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista Europea, es más elocuente al indicar que *“Teniendo en cuenta el comportamiento, el interés y las condiciones económicas del acreedor, el juez puede, conforme al principio de equidad, limitar la cuantía de los daños y perjuicios: a) si la reparación integral es desproporcionada y origina para el deudor consecuencias manifiestamente insostenibles, a la vista de su situación económica, y siempre que el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o la mora no dependan de su mala fe; b) en caso de culpa leve del deudor, especialmente en los contratos en los que no se ha probado que haya mediado en su favor retribución alguna por la prestación que él debe (...)”* (se subraya). Una vez más, se hace patente que la norma resarcitoria toma en consideración aspectos relacionados con el reproche de la conducta del victimario, esta vez para atenuar la responsabilidad. Ello, como es natural, refleja una cierta inclinación por introducir criterios relacionados con la sanción en este tipo de preceptivas.

Instrumentos internacionales regulatorios de ciertos regímenes en particular también consagran este tipo de instituciones. Así sucede, por ejemplo, en materia de responsabilidad medioambiental, en donde es conocido el consabido principio de precaución, de estirpe ostensiblemente preventiva.

En fin, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han adoptado decisiones que parecieran acoger la tesis de los daños punitivos. Al respecto, sin pretensión de exhaustividad, un elocuente voto razonado del Juez Cançado Trindade, en el caso *Blanco Romero y otros v. Venezuela*, sostuvo que:

27 Cfr. Gustavo Ordoqui Castilla, *Principios para un Derecho Americano de los Contratos y Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, 214 y ss. (Pontificia Universidad Javeriana – Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2010).

(...) Estas reparaciones con un fin ejemplarizante se asemejan a los ‘daños punitivos’, que, a contrario de lo que dicen algunos autores apresurados, en mi entender, sí existen. Los ‘daños punitivos’ —figura que no es extraña a la jurisprudencia nacional comparada, ni a la jurisprudencia internacional arbitral— pueden, a mi modo de ver, perfectamente ser concebidos en este sentido ejemplarizante, asemejándose a ‘obligaciones de hacer’ de carácter tanto resarcitorio o compensatorio como sancionatorio. Los ‘daños punitivos’ así entendidos (más allá de la acepción puramente pecuniaria a ellos atribuida inadecuadamente) pueden configurar una respuesta o reacción apropiada del ordenamiento jurídico contra las violaciones particularmente graves de los derechos humanos. Así entendidos, los ‘daños punitivos’ —como observé en mi Voto Razonado en el caso de Myrna Mack Chang (párr. 52), en realidad ya encuentran aplicación, hace mucho, en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos—, haciendo evocar la expresión del célebre personaje de Molière, Monsieur Jourdain, qui parlait la prose sans le savoir. En ese mismo sentido, como ponderé en mi Voto Razonado en el caso de la Masacre de Plan de Sánchez (Reparaciones, 2004), ‘Si se denomina las reparaciones ordenadas en la presente Sentencia de la Corte de ‘daños punitivos’ (punitive damages), (...) o si se las titula ‘reparaciones ejemplares’ o ‘ejemplarizantes’, u otro término del género, su propósito básico sigue siendo el mismo: reconocen la extrema gravedad de los hechos, sancionan al Estado responsable por las violaciones graves en que incurrió, reconoce el extremo sacrificio de las víctimas fatales y alivia el sacrificio de las víctimas sobrevivientes, y establecen la garantía de no - repetición de los hechos lesivos. Cualquiera que sea su denominación, su propósito básico sigue siendo el mismo, y se revierte en beneficio de las víctimas (directas e indirectas) y de la población del Estado en cuestión como un todo, por cuanto buscan precisamente reconstruir el tejido social vulnerado’ (párr. 25) (...)²⁸.

Lo propio se constata en el derecho comparado, en el que se pueden encontrar previsiones que consagran la gravedad de la culpa como criterio de tasación de la indemnización. Es el caso del artículo 1478 del Código Civil de Québec, del artículo 43 del Código Suizo de las Obligaciones, del 1973 del Código Civil peruano y del artículo 18 de la Ley Italiana sobre Daños al Medio Ambiente. También se encuentra un código de estirpe romano-francesa que expresamente acoge la doctrina de los daños punitivos: el citado Código Civil de Québec, que en su artículo 1621 dispone que “(...) cuando la Ley prevé la atribución de daños y perjuicios punitivos, éstos no pueden exceder en valor de lo que es suficiente para asegurar

28 Augusto Cançado Trindade, Voto razonado frente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa *Blanco Romero y otros v. Venezuela*.

su función preventiva”. Lo anterior sin perjuicio del Código Civil francés y del español, que también desarrollan puntuales disposiciones de estirpe preventiva²⁹.

Esta es, en suma, una razón más para reincorporar entonces las doctrinas en comento: la tendencia internacional.

4. Síntesis

De esta manera, se observa entonces que existen férreas razones para abogar por el reconocimiento o la reincorporación de las funciones punitiva y preventiva a la responsabilidad civil continental, en calidad de funciones primarias o principales³⁰. Ciertamente, la tradición histórica, las previsiones normativas y la tendencia internacional, parecieran hoy en día asimilar que no se puede permanecer impasible ante el potencial preventivo de la responsabilidad, razón por la cual, a semejanza de lo que ha sucedido en sistemas de avanzada, estrategias como los *punitive damages* y las acciones preventivas en sede judicial, aparecen plausibles, amén de eficaces.

El siguiente problema radica entonces en determinar los mecanismos a partir de los cuales se puede hacer dicha reincorporación. En efecto, si bien es claro que existen razones a favor de la punición y la prevención, también lo es que este es un escenario en el que hay que proceder con la mayor cautela, en la medida en que *mitigar y castigar* en sede de responsabilidad, supone, por contera, restringir el ámbito de libertad de los individuos, por lo que debe hacerse de una manera que resulte constitucional, razonable y proporcionada, como sigue.

B. Propuestas para la incorporación de la función punitiva y la preventiva

Existen dos alternativas de intervención de la responsabilidad civil cuando se trata de prevenir y castigar: la intervención típicamente

29 Vid. Ricardo De Ángel Yágüez, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, 58 y ss. (Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1995).

30 Cfr. Atilio Anibal Alterini, *Treinta estudios de Derecho Privado*, 493 (Pontificia Universidad Javeriana – Temis, Bogotá, 2011).

preventiva o intervención *ex-ante*, y la intervención punitiva o intervención *ex-post* al daño. Una propuesta que pretenda abordar integralmente el tema, debe necesariamente considerar ambos aspectos. Ciertamente, no tendría mucho sentido, por ejemplo, que se incorporara solamente el sistema de los daños punitivos (intervención *ex-post*), sin antes prever mecanismos de prevención puros, en donde no se aguarde a la consumación del perjuicio para poner en marcha el sistema de responsabilidad. De ahí entonces que la propuesta, como se decía, deba estructurarse a partir de dos ejes, a saber:

1. La intervención *ex-ante* en materia de prevención

En primer lugar, es aconsejable que el juez civil, en ejercicio de la *potestas* judicial y amparado en la Constitución Política de 1991, en la Ley 472 de 1998 y en el artículo 2359 del Código Civil colombiano, imponga órdenes de cesación de conductas y mitigación de riesgos, en aras de *prevenir la consumación de perjuicios de orden patrimonial o extrapatrimonial*. Se trata entonces de que el sentenciador, además de la tutela estrictamente resarcitoria, ponga en marcha un esquema de *tutela inhibitoria*, a semejanza del defendido en España³¹. Este esquema le permitiría ampliar su intervención, como

31 Sobre este particular, vid. Eugenio Llamas Pombo, *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños*, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, 469 y ss. (Dykinson, Madrid, 2007). Explica el profesor Ricardo Luis Lorenzetti, que "(...) En el Derecho civil surge la tutela inhibitoria como una serie de instrumentos que permiten prevenir el daño antes que éste se produzca e incursionar en el orden social mediante el señalamiento de conductas obligatorias (...) Sus principales requisitos son: 1. La amenaza de daño. Este tipo de protección tiende a prevenir el daño. Tratándose de pretensiones que tienen una prioridad temporal respecto del perjuicio se plantea el problema de establecer qué tipo de elementos hay que acreditar para que esto sea viable en base a una vinculación razonable. El supuesto de hecho es la existencia de un perjuicio que aparece como causalmente previsible. El peticionante deberá acreditar la existencia de este supuesto, invocando un daño y que éste puede suceder, aportando los datos necesarios para establecer esta vinculación. Tratándose de una norma genérica de la responsabilidad por daños, estimamos que aquí resulta aplicable el régimen de la causalidad adecuada. De tal modo deberá acreditarse que el perjuicio es una consecuencia inmediata o mediata previsible de un acto ya sucedido y que puede repetirse, o que continúa en sus efectos o bien que puede ocurrir en forma previsible. De manera que el elemento a acreditar es la amenaza de daño. Asimismo, deberá demostrarse que ese perjuicio afecta un interés. Este puede surgir de la existencia de un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple, en el caso de la titularidad individual. También resultará procedente cuando se invoque una titularidad difusa en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional; 2. Tipos de acciones. La finalidad preventiva que se concreta mediante normas que apuntan a frenar, detener, una actividad. Esta detención, puede hacerse mediante mandatos de no hacer y de hacer. Muchas veces se hallan confundidos como sucede en la 'injunction' anglosajona, o bien el juez usa las dos formas. Por otra parte, pueden tomarse

se decía, no solamente a la indemnización, sino a la prevención del daño, lo que, en la práctica, se traduciría en dos importantes consecuencias, a saber:

- Las demandas de responsabilidad civil no tendrían que aguardar a la consumación de un daño cierto y directo. Sería factible iniciar un proceso cuando ese daño es meramente potencial o contingente, con la pretensión de que el juez ordene las medidas conducentes a su evitación o prevención. Puesto en otros términos, la *tutela inhibitoria* permitiría iniciar procesos de responsabilidad, sin daño consumado, sino solamente con daño contingente.
- En segundo lugar, las sentencias proferidas en sede judicial no se restringirían a condenar por indemnizaciones de perjuicios, sino que podrían también ordenar la cesación de conductas o la mitigación de riesgos de los que, potencialmente, se pueden derivar perjuicios. El panorama judicial, en consecuencia, se ampliaría en lo tocante con la parte resolutive, ya que el sentenciador podría actuar preventivamente, a semejanza del juez constitucional y del trámite de las acciones populares.

Ahora bien, para que este sistema no se convierta en una patente de corso para los excesos, es naturalmente necesario que el juez analice siempre la razonabilidad de las medidas impuestas, así como su adecuación y proporcionalidad. En tratándose de limitaciones más o menos severas de la libertad, es evidente que, como se decía anteriormente, aquí se impone una actuación que respete los cánones constitucionales para el efecto, de tal manera que el sentenciador debe siempre analizar cuidadosamente el alcance de las medidas, a la par que su justificación, para evitar actuaciones contrarias a derecho. Es, en suma, un ejercicio de ponderación entre los bienes tutelados y la libertad que será restringida³².

estas medidas respecto de las partes o bien de quienes no han sido partes en el proceso (...)". La tutela civil inhibitoria, 00201217, 1995-C La Ley.

- 32 Resulta muy acertada la opinión de Adriano de Cupis, quien sostiene que "(...) para prevenir el daño juega el reflejo preventivo que implica la reacción posterior del ordenamiento jurídico, por causa del daño mismo, o sea, de la represión que se producirá en el supuesto de tener lugar. La acción psicológica intimidadora ejercitada por el conocimiento de tal reacción desempeña una función preventiva, respecto del daño. Además la prevención del daño puede tener lugar por la imposición por los órganos públicos de ciertos presupuestos encaminados a la seguridad general,

Por lo demás, esta es una alternativa que, en principio, no requiere de una reforma legal, toda vez que el ya citado artículo 2359 del Código Civil colombiano, permite la intervención judicial en aras de precaver o evitar los daños contingentes, por manera entonces que, amparado en esta norma, el sentenciador puede adoptar la tutela inhibitoria antes expuesta.

2. La intervención *ex-post*: los daños punitivos

La propuesta anterior favorece, predominantemente, la *prevención especial*, esto es, la referida a cada caso particular. Sin embargo, en forma paralela, es también aconsejable propugnar por la *prevención general* en sede de responsabilidad civil, retomando, como se decía, la punición o castigo en materia resarcitoria. Para el efecto, y sin perjuicio de opiniones discrepantes³³ y de otras alternativas

actuando de remedios preventivos (...) o bien imponiendo a las personas que podrían causar daños mediante su propia actividad, la obligación de adoptar medidas materiales que impidan la producción de tales daños (...) Desde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a su represión. Pero actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un mero peligro, dirigirse contra un individuo para prevenir la realización de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien pueda imputarse tal peligro. No puede aducirse el argumento, para extender la tutela preventiva de los intereses, de la extensión de la tutela represiva de los mismos, ya que la primera forma de tutela, a diferencia de la segunda, presupone en lugar de la violación de la esfera jurídica del sujeto, de la lesión de un interés jurídicamente protegido, tan sólo el mero posible peligro, el temor de tal violación o lesión. Si existe la certeza de un daño presente o futuro se impone la tutela represiva del interés lesionado mediante el resarcimiento. Si tal certeza no se produce, se puede acudir a la tutela preventiva y el temor del daño puede reclamar la eliminación del origen de tal temor, dentro de los límites que permita la exigencia de no gravar excesivamente la libertad ajena. La tutela preventiva es la más enérgica, pero es también la más problemática; un ordenamiento jurídico poco sensible a la exigencia de combatir los peligros del daño podría ser considerado favorecedor; pero una aplicación estricta de la prevención implicaría el riesgo de oprimir la libertad de los demás. Estas razones avalan el que admitamos la posibilidad de hacer valer remedios preventivos sólo con las limitaciones con que tales medidas se contemplan expresamente en el derecho positivo (...)" (El Daño, 575-576, op. cit.).

- 33 Debemos advertir que somos conscientes de las críticas que puede llegar a suscitar la incorporación de daños punitivos. Sin embargo, estimamos que nos es inadecuada su incorporación, dentro de unos cauces de razonabilidad y proporcionalidad adecuados. Sobre las oposiciones, vid. Miquel Martín Casals, *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, Jornadas de Derecho Civil. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>. Cfr. Pablo Salvador Coderch & María Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños* (Marcial Pons, Madrid, 1997); Helmut Koziol, *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation. Comparative Report and Conclusions*, en *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, 274-308 (Helmut Koziol & Vanessa Wilcox, Eds., Springer, Vienna-New York, 2009); Pedro Del Olmo, *Punitive damages in Spain*, 137-154. Anthony J. Sebok, *Punitive Damages in the United States*, en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, 154-196, op. cit.; Martin Redish,

de solución, no parece descabellado incorporar el sistema de los daños punitivos en el derecho continental, particularmente en sistemas como el colombiano: si se asimila la idea de que punición y prevención no son funciones ajenas al ordenamiento nacional, no existe un escollo insoslayable para esta propuesta, comoquiera que los *daños punitivos* marcan justamente la convergencia entre la simple indemnización, el castigo y, por contera, la prevención general. Por eso es por lo que parece razonable y adecuado proponer esta estrategia, claro está, sujeta a una serie de reglas que, nuevamente, complementen el esquema para hacerlo razonable y proporcionado. Para tales reglas estimamos conveniente tener en cuenta las siguientes pautas³⁴, a saber:

& Andrew Mathews, *Why Punitive Damages are Unconstitutional*, 53 *Emory L. J.*, 1 (2004) 1, 11-12.; Gerard Wagner, *Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen*, *Karlsruher Forum* (2006), *Karlsruhe, VVW*, (2006), 110 y ss.

- 34 Es importante advertir que las limitaciones de espacio impiden desarrollar, en forma detallada, la evolución de los daños punitivos en el derecho anglosajón. En una versión más completa, sin embargo, a manera general, debe tenerse en cuenta que al respecto no sobra memorar que los “daños punitivos” son una institución que, en la actualidad, es considerada típicamente anglosajona. Sin embargo, sus primeras manifestaciones se remontan, realmente, al Código de Hammurabi, en donde se consagraron sanciones de carácter dinerario (leyes 207 y 208) y de especie (como la Ley 120) por razón de los daños irrogados. Esta consagración fue retomada posteriormente por la Ley de las XII Tablas romana, que en la Tabla VIII, *De Delictis*, consagró una acción procesal denominada *actio iniuriarum*, mediante la cual se sancionaban las lesiones al honor con castigos cuyo beneficiario era la víctima del perjuicio, acercándose así a la estructura de los daños punitivos.

En el *common law*, la manifestación más antigua de este instituto se encuentra en el Estatuto Inglés de 1275, en el que se castigaba con el duplo del daño causado cuando la víctima era un religioso (R. Pizarro, *Derecho de daños*, 294 (La Rocca, Buenos Aires, 1996)). Posteriormente, en 1763, en el caso *Huckle v. Money*, los daños punitivos fueron adoptados con un amplio espectro (F. Navia, *Del daño moral al fisiológico ¿Una evolución real?*, 97 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000)), el cual fue ulteriormente reducido en 1964, cuando en *Rookes v. Barnard*, la cámara de los Lores “excluyó los punitive damages por considerarlos incompatibles con la naturaleza estrictamente compensatoria de la indemnización de daños y perjuicios” (Pablo Salvador Coderch, *Punitive Damages*, *INDRET Revista para el Análisis Económico del Derecho*, 5, Barcelona (2000)). En este precedente, si bien no los suprimió totalmente, sí los limitó a los casos consagrados expresamente en la ley, a los actos arbitrarios o inconstitucionales de los agentes gubernamentales y a la expropiación de un beneficio logrado a través de un daño. Con ello, el derecho británico se acercó un poco a la noción puramente compensatoria de la responsabilidad civil, relegando la naturaleza punitiva a un plano secundario o excepcional, aun cuando, en cualquier caso, esté presente.

Aun lo que concierne a los Estados Unidos de América, “los daños punitivos se adoptaron por primera vez en el caso *Coryell v. Colbaugh* en 1791, en el que se estableció una suma de dinero para la demandante por el incumplimiento de una promesa de contraer matrimonio, con el exclusivo fin de dar ejemplo, sin importar la pérdida o sufrimiento del perjudicado” (Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 149 (Temis, Bogotá, 2009)). Con el paso del tiempo, la figura se hizo cada vez más relevante, lo que permitió reforzar el cometido sancionatorio de la responsabilidad, elevando estas funciones a un papel principal, equiparable al de la función meramente reparatoria o resarcitoria. El hito en esta materia lo representó el caso *Grimshaw v. Ford Motor Company*, en el que se condenó a la Ford a pagar la suma

de ciento veinticinco millones de dólares por concepto de daños punitivos, en contrapartida a dos millones ochocientos mil dólares por daños compensatorios. Para el efecto, la Corte afirmó que "(...) 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 (...)" (se subraya), se justifica la imposición de una alta condena por daños ejemplarizantes. La suma fue posteriormente reducida, comoquiera, que la Ford alegó ausencia de malicia en su actuación.

A partir de este precedente, el avance pretoriano en materia de daños punitivos ha sido notable. Así, han sido definidos como aquellos que "*son dados al demandante por encima de la compensación total de sus perjuicios, con el propósito de castigar al demandado, de enseñarle a no incurrir en la misma conducta nuevamente, y desalentar a los demás de perseguir su ejemplo*" (Pablo Salvador Coderch, *Punitive Damages*, *INDRET Revista para el Análisis Económico del Derecho*, 5, Barcelona, (2000). Como es natural, no existe unanimidad en la definición. Otros criterios pueden verse en D. Owen, *Product's liability law*, 1120 (Thomson West, Carolina del Sur, 2005); o en el *Black's Law Dictionary*).

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en sus decisiones, se ha encargado de fijar pautas más o menos uniformes para determinar los casos y condiciones en que pueden imponerse los *punitive damages* (I), los criterios para su cuantificación (II) y los límites a los que deben sujetarse (III).

En cuanto a lo primero, don Luis Díez-Picazo afirma que son tres los grupos de casos en los que se ha autorizado la aplicación de esta doctrina, a saber: "(...) *Cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento del perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él (p. ej. Fabricante que prefiere pagar los daños a reparar los productos defectuosos o a no cesar la fabricación); cuando la conducta dañosa, sobre la base de un cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, lo que puede ocurrir porque la antijuridicidad de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el daño particular es modesto en relación con el coste eventual del proceso; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento; Cuando independientemente de sus consecuencias el sujeto actúa con el fin específico de causar el daño*" (*Derecho de daños, op. cit.*).

Estos criterios, sin embargo, han estado sujetos a los parámetros jurisprudenciales que en cada momento histórico se han acuñado. Ya se decía que esta es una institución de origen pretoriano, por lo que debe entenderse entonces que las reglas fijas o pétreas son casi inexistentes. De ahí que se hayan intentado otras conceptualizaciones en torno a los criterios que habilitan la aplicación de este tipo de daños y que atienden aspectos concretos como los factores subjetivos de atribución de responsabilidad (culpa o dolo), la irrogación de otros perjuicios compensables o los incentivos de repetición de la conducta (vid., entre otros, las explicaciones dadas en Michael Greenfield, *Consumer transactions*, 742 y ss. (The Foundation Press, New York, 1991); Dan Dobbs, Prosser & Keeton, *The Law of Tort*, 205 y ss. (West Publishing Co., St. Paul Minn, 1984); *Sweaney v. United Loan and Finance Co.* (1965), *Blessner v. Lancaster County* (Ed. PA, 1985)). Con todo, debe advertirse que un punto común en todas estas elaboraciones es el *grave reproche subjetivo de la conducta*. Ciertamente, la imposición de los *punitive damages* ha estado normalmente condicionada a que el victimario sancionado hubiere actuado en forma subjetivamente reprochable. La cuestión, en cualquier caso, es determinar el alcance del concepto *subjetivamente reprochable*, aspecto este último en el que no existe acuerdo en la jurisprudencia ni en la doctrina. En efecto, las nociones han sido flexibles: en algunos periodos, el juicio de reproche ha sido más estricto, mientras que en otros ha sido más laxo. Sin embargo, como se decía, la regla general para la condena por daños punitivos, es que exista un factor subjetivo de imputación que habilite su imposición (Dan Dobbs, Prosser & Keeton, *The Law of Tort*, 205 y ss. (West Publishing Co., St. Paul Minn, 1984); Juan Carlos Henao, *El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 46 (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998).

En lo que se refiere a los criterios para su fijación, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *BMW of Northamerica Inc. v. Gore*, tuvo oportunidad de establecer tres

- a. En primer lugar, los daños punitivos deben ser aplicados en los casos que se compruebe que el sujeto actuó en forma dolosa o gravemente culposa en la irrogación del perjuicio. En efecto, es aconsejable que estos daños tengan en cuenta el factor subjetivo de atribución y, más concretamente, el grado de reproche de las conductas. Es razonable pensar que no amerita sanción quien ha obrado con culpa leve o levísima, mientras que sí lo hace el que ha procedido con la intención de dañar o con negligencia grosera o grave.
- b. Asimismo, deben proceder en aquellas circunstancias en que la posición particular del dañante, por ser dominante o poderosa, impide que un simple proceso de responsabilidad lo disuada de incurrir nuevamente en la conducta y de adoptar las medidas de diligencia aconsejables o apropiadas. En estos casos, independientemente del factor de atribución, el daño punitivo se erige como una herramienta para controlar las actuaciones de quien detenta poder y que, en consecuencia, podría continuar dañando sin que la indemnización fuera un escollo para el efecto.
- c. La tasación del monto de daños punitivos debe observar criterios similares a los propuestos en el derecho norteamericano. Así las cosas, para fijar su cuantía, deben observarse aspectos como (I) la reprochabilidad de la conducta, (II) la razonabilidad de la relación entre la indemnización compensatoria y el monto concedido a título de daños punitivos, (III) el alcance de las

grandes parámetros, a saber:

La reprochabilidad de la conducta del dañante.

La razonabilidad de la relación entre la indemnización compensatoria y el monto de concedido a título de daños punitivos.

El alcance de las sanciones establecidas por las leyes para conductas antijurídicas comparables. Otros precedentes han adherido algunos parámetros diferentes, como la situación particular del dañador, los beneficios del ilícito, la posición que tiene el victimario en el mercado, los sentimientos de la víctima, entre otras varias cuestiones más (Daniel Pizarro, *Derecho de daños*, 287 y ss. (La Rocca, Buenos Aires, 1996)). Nuevamente se impone la discrecionalidad judicial.

En fin, en lo que se refiere a los límites cuantitativos de los daños punitivos, la Corte Suprema de Justicia fijó la regla según la cual, “cualquier daño punitivo que supere más de diez veces al monto resarcitorio concedido debe presumirse excesivo y violatorio de la 14 Enmienda relativa al debido proceso” (Marcelo López Mesa, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, 21 (Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2009)). Con todo, la cuestión no ha sido pacífica, y la imposición de límites a partir de criterios disímiles ha sido cada vez más discutida (Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitivie damages and Economic Analysis*, 111 *Haarvard Law Review*, 4, 869 y ss. (febrero, 1998).

sanciones establecidas por las leyes para conductas antijurídicas comparables y (IV) el efecto disuasivo que el monto de los daños punitivos podría generar. De igual modo, la experiencia de los instrumentos internacionales permite tomar como criterio de tasación la capacidad económica del victimario y sus circunstancias particulares, de tal suerte que el castigo no se traduzca en la quiebra o insolvencia del sujeto.

- d. Resulta también aconsejable señalar límites cuantitativos al monto de los daños punitivos. Para el efecto, mientras no exista regulación legal, podría adoptarse una de tres estrategias: aplicar por analogía los límites establecidos para otros cobros punitivos, como los intereses moratorios, caso en el cual se podría establecer, como tope, una y media veces el beneficio recibido por el victimario con ocasión de la conducta, o establecer límites fijos tendientes solamente a compensar beneficios generados con la conducta, caso en el cual se podría imponer, como tope a los daños punitivos, el monto de provecho recibido, o establecer una fórmula aritmética como la propuesta por Mitchell Polinsky y Steven Shavell, en la que el monto del daño punitivo sea igual al producto de multiplicar el valor del daño efectivamente causado por la probabilidad de ser encontrado responsable³⁵. Como estas, podrían articularse otras estrategias para el efecto.
- e. El pago, naturalmente, debe ser realizado por el agente que irrogó el perjuicio. Sin embargo, para evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima, ella no debe ser la destinataria del mismo. Parece razonable que los recursos percibidos con ocasión de los daños punitivos sean destinados a *fondos de indemnización de víctimas especiales*. Así, por ejemplo, pueden crearse fondos para la reparación de las víctimas de daños ambientales, de daños derivados de riesgos del desarrollo, de daños anónimos, entre otras varias manifestaciones de perjuicio de difícil resarcimiento. Así, además de prevenir, se consagran mecanismos efectivos de indemnización respecto a víctimas que suelen enfrentarse a grandes complejidades indemnizatorias. Por lo demás, se evita aquella incesante crítica que alega, frente a los daños punitivos,

35 Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages and Economic Analysis*, 869, op. cit.

el enriquecimiento injustificado de quien resulta beneficiado con la indemnización.

- f. En tratándose de una pena civil, los daños punitivos no pueden presumirse en circunstancia alguna. Es necesario que en el proceso exista material suficiente que permita inferir, de una parte, la existencia de una causal de suficiente entidad que permita la aplicación de los mencionados daños y, de la otra, la cuantía en que sean tasados, de acuerdo con los criterios antes expuestos. En cualquier caso, la presunción de inocencia debe imperar y, por la connotación sancionatoria, deben observarse todas las prerrogativas constitucionales en punto tocante con las actuaciones punitivas del Estado, sin perjuicio de matices especiales propios del ámbito civil.
- g. Del mismo modo, la obligación de compensar los *daños punitivos* no debe ser transmitida *mortis causa*. El reproche sancionatorio es personalísimo, razón por la cual no debe pasar a los herederos o, en general, a individuos diferentes al causante del perjuicio.
- h. Debe tenerse especial precaución con el respeto de la garantía del *non bis in idem*. Así las cosas, en principio, es importante que los daños punitivos no concurren con otras sanciones impuestas por la misma conducta. Así, por ejemplo, en escenarios en los que la conducta del victimario no solamente encaje en el ilícito civil, sino también en un delito penal, la sanción impuesta en este último orden, implica, por contera, que no se imponga sanción alguna por la vía de los daños punitivos, comoquiera que el juicio de reproche se formuló ya en materia penal. En tales casos, solamente se deberá atender la estricta indemnización civil.
- i. Sin embargo, en las hipótesis en que el derecho penal no esté llamado a operar, será procedente imponer la sanción civil.
- j. La obligación indemnizatoria que nace a título de *punitive damages* no debe ser asegurable. Para que sea efectiva, la condena debe recaer sobre el patrimonio del causante del daño, quien debe soportar completamente esta carga indemnizatoria, a semejanza, por ejemplo, de la responsabilidad de los administradores de entidades financieras.
- k. Finalmente, en desarrollo de la prevención general, se debe procurar la publicidad de las condenas de daños punitivos. En este sentido, se podría seguir lo estipulado en el artículo 47 de

la Ley 24.240 de la República Argentina, el cual señala que “[e]n todos los casos [que se condene a pagar daños punitivos] el infractor publicará, o la autoridad de aplicación podrá publicar a costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación en el lugar donde aquella se cometió y que la autoridad indique”.

Ahora bien, 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. De esta manera se mitigarían casos de arbitrariedad y se permitiría mayor seguridad jurídica. Con todo, mientras ello se logra, los jueces podrían empezar a aplicar la estrategia en comento, amparados en los preceptos legales citados, particularmente en el artículo 6 del Código Civil y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998³⁶. En efecto, al incorporar la equidad en materia indemnizatoria, como se puso de presente en un acápite anterior, dicha disposición sirve de basamento para que un juez, en el marco de los cánones constitucionales y en ejercicio de la *potestas judicial*, imponga condenas indemnizatorias más severas a quien merece una sanción, lo que en la práctica se traduce en la imposición de daños punitivos. Puesto en otros términos, con miras a garantizar la equidad y a propender por la prevención general y la prevención especial, el sentenciador, amparado en el artículo 16 de la Ley 446 y en otras disposiciones

36 El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 prescribe que “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”. Nótese cómo, según se advirtió precedentemente, incorpora a la equidad como un parámetro de fijación de la indemnización. Este criterio permitiría, eventualmente, el reconocimiento de los daños punitivos. Ciertamente, como lo advierte Ricardo de Ángel, “(...) los daños punitivos son otra expresión de eventuales fórmulas de ‘reparación en equidad’ (...)”, de donde se colige entonces que la norma en cita sirve de fundamento para la aplicación de la mencionada institución (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, 69, op. cit.). Por su parte, Arturo Solarte Rodríguez afirma que “(...) el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece un deber para el juez de atender los principios de reparación integral y equidad para efectos de estimar y valorar los daños, lo que conduce a que el criterio equidad pueda servir para modular en determinados supuestos el rigor o la imperfección del criterio de reparación integral, en temas tales como la gravedad de la conducta del autor del hecho ilícito frente a la magnitud del resarcimiento o la situación patrimonial de los intervinientes en el respectivo proceso (...)” (*El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*, 535, op. cit.).

del ordenamiento, como el artículo 6, podría imponer esta clase de condenas. Por lo demás, como es natural, seguramente debería hacerlo primero la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por el respeto del precedente vertical y por la confianza que ello podría generar en los jueces.

COMENTARIO FINAL

Estas son, en suma, algunas reflexiones relacionadas con la función contemporánea de la responsabilidad. De acuerdo con lo expuesto, reiteramos entonces la importancia de refrendar las funciones punitiva y preventiva en el derecho contemporáneo. De esta manera no solamente se intensifica la función social de la responsabilidad, sino que, además, se garantiza una protección efectiva de víctimas y potenciales víctimas. Ciertamente, el derecho no puede permanecer ciego ante los riesgos de perjuicio y la posible mitigación de los mismos. Asimismo, vale la pena que la doctrina y la jurisprudencia consideren también las nuevas funciones de la responsabilidad civil, las que, a pesar de no ser analizadas en el presente estudio, ofrecen un panorama muy prometedor para esta disciplina. Aspectos relativos al entendimiento de la responsabilidad como una *herramienta de regulación social*, como una *forma de distribuir la carga de los daños* y como *garantía de los derechos de los ciudadanos*, merecen un análisis concienzudo y detallado de la academia. Para ello, alternativas como la tutela inhibitoria o los daños punitivos, parecen ser también adecuadas y razonables. Con todo, antes de incorporar cualquiera de estas opciones es necesario auspiciar un cambio de mentalidad en la doctrina y en los jueces locales, en aras de desmitificar el carácter punitivo de la responsabilidad y romper anacrónicas barreras ideológicas que existen en esta materia. Se suele recitar que en la responsabilidad civil continental solo se indemniza el daño efectivamente causado, y nada más que el daño irrogado; que a la responsabilidad civil le corresponde solamente una función resarcitoria; que la reparación supone indemnidad, pero no más y, en fin, que la sanción es un ámbito ajeno al de la reparación. Pero los presupuestos sobre los que se fundamentan estas ideas ameritan una enérgica reconsideración. Bien visto el ordenamiento jurídico colombiano, así como las tendencias existentes en derecho comparado, lo cierto es que la punición y la prevención cada vez cobran una importancia mayor, lo que es lógica consecuencia de las crecientes tendencias socializadoras de la responsabilidad. Esta es una doctrina que no admite mitos ni anacronismos. Esperemos que Colombia no se quede en mora.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Adriano De Cupis, *El daño*, Bosch, Barcelona (1975).
- Alejandro Guzmán Brito, *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (2009).
- André Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, Paris (1981).
- Atilio Anibal Alterini, *Treinta estudios de derecho privado*, Pontificia Universidad Javeriana – Temis, Bogotá (2011).
- Boris Starck, *Droit civil, obligations*, Litec, Paris (1972).
- D. Owen, *Product's liability law*, Thomson West, Carolina del Sur (2005).
- Dan Dobbs, Prosser & Keeton, *The Law of Tort*, West Publishing Co., St. Paul Minn (1984).
- Daniel Pizarro, *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires (1996).
- Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (2007).
- Enrique López de Pava, *Derecho de familia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (1968).
- F. Navia, *Del daño moral al fisiológico ¿Una evolución real?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2000).
- Gerard Wagner, *Schadensersatz —Zwecke, Inhalte, Grenzen*, *Karlsruher Forum 2006*, Karlsruhe, *VfW* (2006).
- Gilberto Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 9a. ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín (1996).
- Giulio Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Navarretta (1992).
- Guido Alpa, *Tratatto di diritto civile*, Tomo IV, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano (1989).
- Guido Calabresi, *El coste de los accidentes*, Barcelona (1984).
- Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, Temis, Bogotá (1980).
- , *Las funciones del derecho de daños en el siglo XXI*, en *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Tomo IV, vol. 2, Pontificia Universidad Javeriana et ál., Bogotá (2011).
- Gustavo Ordoqui Castilla, *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Pontificia Universidad Javeriana – Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá (2010).
- Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Legis, Bogotá (2007).
- Jesús Alberto Buitrago Duque, *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, Pereira (2007).
- Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil*, Tomo II, Pontificia

- Universidad Javeriana, Bogotá (2008).
- Juan Carlos Henao, *El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (1998).
- Luís Calor Solar, *De las obligaciones*, Tomo undécimo, Santiago de Chile.
- Luis Díez-Picazo & Ponce de León, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid (1999).
- , *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Madrid (2008).
- Marcelo López Mesa, *Elementos de la responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín (2009).
- Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid (2001).
- Michael Greenfield, *Consumer transactions*, The Foundation Press, New York (1991).
- Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá (2009).
- Pablo Salvador Coderch & María Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid (1997).
- Philippe Le Tourneau, *La responsabilidad civil*, Legis, Bogotá (2004).
- Ricardo De Ángel Yágüez, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid (1995).

Contribuciones en obras colectivas

- Anthony J. Sebok, *Punitive Damages in the United States*, en Helmut Koziol & Vanessa Wilcox, Eds., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Vienna – New York (2009).
- Arturo Solarte Rodríguez, *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, Pontificia Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá (2009).
- Eugenio Llamas Pombo, *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños*, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid (2007).
- Fernando Reglero Campos, Dir., *Tratado de responsabilidad civil*, Arazandi, Navarra (2002).
- Giuseppe Montaneri, *La responsabilità civile*, en Rodolfo Sacco, Ed., *Tratatto di diritto civile*, UTET, Turin (1998).
- Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, *Función actual de la responsabilidad civil*, en *Derecho de Daños*, Buenos Aires (1989).
- Gustavo Ordoqui, *Las funciones del derecho de daños en el siglo XXI*, en Pontificia Universidad Javeriana et ál., *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Tomo IV, vol. 2, Bogotá (2011).

Helmut Koziol, *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation. Comparative Report and Conclusions*, en Helmut Koziol & Vanessa Wilcox, Eds., *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Vienna – New York (2009).

Julián Güitrón Fuentevilla, en Aída Kemelmajer de Carlucci, Dir., *Responsabilidad Civil, Homenaje a François Chabas*, Rubinzal–Culzoni Editores, Santa Fe (2007).

Pantaleón Prieto, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 239 (2000).

Revistas

Martin Redish & Andrew Mathews, *Why Punitive Damages are Unconstitutional*, 53 *Emory L. J.*, 1 (2004).

Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive damages and Economic Analysis*, 111 *Harvard Law Review*, No. 4 (1998, feb.).

Pablo Salvador Coderch, *Punitive Damages*, *INDRET Revista para el Análisis Económico del Derecho*, Barcelona (2000).

Ricardo Lorenzetti, *La tutela civil inhibitoria*, La Ley, 1995-C, 1217.

Documentos en medio digital

Gastón Fernández Cruz, *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil : la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law*, XI *Ius et veritas*, No. 22 (2001): Disponible en: http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/5

Miquel Martín Casals, *La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual. Jornadas de Derecho Civil*. Disponible en: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>

Pedro Del Olmo, *Punitive damages in Spain*.

Documentos jurídicos internacionales

Augusto Cançado Trindade, Voto razonado frente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa Blanco Romero y otros v. Venezuela.

Blessner v. Lancaster County (Ed. PA, 1985).

Sweaney v. United Loan and Finance Co. (1965).

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 1990.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 21 de 1957.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de abril de 1991.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1912.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de abril de 1991.

