



**RECONOCIMIENTO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL ORDENAMIENTO**  
**JURÍDICO COLOMBIANO COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA A LA**  
**REPARACIÓN INTEGRAL**

**PROYECTO DE GRADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**BOGOTÁ D.C.**

**2018**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS**

**BOGOTÁ D.C.**

**2018**

**PROYECTO DE GRADO**

**RECONOCIMIENTO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL ORDENAMIENTO**  
**JURÍDICO COLOMBIANO COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA A LA**  
**REPARACIÓN INTEGRAL**

**MANUELA JIMÉNEZ VÉLEZ**

**DIRECTORA DE TESIS: GABRIELA MALDONADO COLMENARES**

**2018**

*Nota de Advertencia: Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946*

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por qué no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

## ÍNDICE

- I. Introducción y Justificación**
  
- II. ¿Qué son los daños punitivos?**
  
- III. Características y requisitos de la figura**
  - a. Elementos de la responsabilidad civil
  - b. Prueba del daño
  - c. Conducta antijurídica
  - d. Valoración y proporcionalidad
  - e. Legitimación
  - f. Medios del causante
  
- IV. Principales críticas a la figura de daños punitivos**
  - a. Excede los límites de la reparación integral
  - b. Es una figura propia del derecho anglosajón
  - e. Crea confusión entre el derecho penal y el derecho civil
  
- V. La figura de daños punitivos a lo largo de la historia**
  - a. *Common Law*
    - i. Inglaterra
    - ii. Estados Unidos
    - iii. Sudáfrica

**iv. Canadá**

**b. Derecho Continental**

**i. Francia**

**ii. Alemania**

**iii. España**

**iv. Argentina**

**VI. Casos emblemáticos de daños punitivos**

**a. Grimshaw vs Ford Company**

**b. María Cecilia Castello vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.**

**c. Conclusión**

**VII. Los daños punitivos desde el Análisis Económico del Derecho**

**VIII. Funciones de la responsabilidad civil**

**a. Reparación**

**b. Prevención**

**c. Sanción**

**d. Solidaridad**

**e. Conclusión**

**IX. El ordenamiento jurídico colombiano y el reconocimiento de los Daños Punitivos**

**a. Constitución**

**b. Código Civil**

**c. Jurisprudencia**

**i. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. M.P:**

Manuel José Cepeda Espinosa.

**d. Doctrina**

**X. Implementación de la figura de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico colombiano**

**a. Reconocimiento de los Daños Punitivos en el ordenamiento jurídico colombiano**

**b. Finalidad de la figura y funciones de la responsabilidad civil**

**c. Daños Punitivos como medida complementaria a la reparación integral**

**d. Posición frente a las principales críticas a los Daños Punitivos**

**e. Aplicación de los Daños Punitivos en Colombia**

**XI. Conclusiones**

**XII. Bibliografía**

Como se consagra en el documento que contiene las Reglas Generales para la Monografía Jurídica como requisito de grado en la carrera de Derecho, el artículo 2 de la Ley 522 determina que *“El estudiante que haya terminado las materias del pensum académico elegirá entre la elaboración y sustentación de la monografía jurídica o la realización de la judicatura”*. Por virtud de lo anterior, se realiza la presente monografía de grado, teniendo en cuenta el parámetro de la Misión de la Pontificia Universidad Javeriana, donde se aspira a realizar investigaciones dentro de un marco de formación integral, contribuyendo a la solución, en este caso, de la problemática referente *al reconocimiento de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico Colombiano*.

**Resumen:** Los daños punitivos son una figura por medio de la cual quien haya cometido, teniendo la intención de causar daño, una conducta ultrajante o maliciosa, estará obligado no sólo a indemnizar a la víctima en virtud de los perjuicios que a ésta se le han causado, sino que además, será sancionado, normalmente con el pago de una suma de dinero adicional, por el dolo o la culpa grave en la que incurrió al causar dicho daño. A pesar de que dicha figura no ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico colombiano, por medio de esta investigación, se pretende plantear la posibilidad de su reconocimiento como complemento a la reparación integral y como incentivo para la realización de conductas adecuadas y ajustadas a derecho en nuestra sociedad, en la medida en que teniendo en cuenta el derecho comparado, las instituciones de responsabilidad existentes, las normas colombianas y las características y fundamentos de la misma, no existe prohibición alguna ni argumentos que impidan su aplicación en el derecho colombiano. **Palabras clave:** responsabilidad civil, daños punitivos, daños ejemplarizantes, sanción, prevención.

**Abstract:** Punitive damages are a legal institution according to which the person who has committed or perpetrated an outrageous or malicious behavior, having the intention to cause damage, is forced not only to compensate the victim but also will be punished, usually with the payment of a penalty fee, for the willful intent or the gross negligence in which he or she has incurred when causing such damage. Punitive damages have not been recognized in the Colombian legal system and are not applicable yet. Therefore, this investigation has the intention to raise the possibility of its recognition proposing that there is no prohibition, nor arguments that prevent the implementation of punitive or exemplary damages in Colombian law, taking into account comparative law and Colombian civil liability principles, rules and characteristics. Thus, at the end we will arrive to the conclusion that the inclusion of punitive damages in the Colombian legal system is not only plausible but that it is worth and necessary to do so as a



complement to full compensation and as an incentive for the performance of adequate and appropriate behaviors in accordance with the law. **Keywords:** civil liability, punitive damages, exemplary damages, penalty, prevention.

# RECONOCIMIENTO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA A LA REPARACIÓN INTEGRAL

## I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

En esta ocasión, se presentará como resultado de la investigación, un *documento de reflexión*, en el cual se darán a conocer los resultados de la investigación terminada desde una perspectiva analítica y crítica sobre el tema correspondiente al **reconocimiento de la figura de daños punitivos en el ordenamiento jurídico colombiano como medida complementaria a la reparación integral**.

Como se mencionó anteriormente, con la presente monografía de grado se pretende realizar un análisis crítico acerca de la figura de los daños punitivos y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta sus características y orígenes en el derecho anglosajón y su posterior aplicación y desarrollo en sistemas de derecho continental. Adicionalmente, se expondrá cuál es la justificación para que los mismos sean reconocidos en el derecho colombiano y la propuesta de cómo sería su implementación, teniendo en cuenta que los daños ejemplarizantes no son ajenos a nuestro ordenamiento mientras éstos se encuentren dentro de límites razonables y además, sería un complemento al sistema de responsabilidad civil existente, lo cual, conduce a desvirtuar las principales críticas y argumentos que consideran que la misma no debería implementarse.

En el contexto colombiano, no ha habido pronunciamientos de fondo acerca de dicha figura, sin embargo, existen posiciones contrapuestas que permiten concluir que para algunos, ésta figura no

debe ser reconocida en nuestro el ordenamiento jurídico por diferentes motivos. No obstante, la necesidad de sanciones ejemplarizantes, como consecuencia de conductas cometidas con cierto grado de intención, maldad, consentimiento y conocimiento, permiten cuestionarse acerca de la función de los daños punitivos y de la relevancia que podría tener su inclusión en el derecho colombiano como complemento a la indemnización de perjuicios que se le debe a la víctima de un daño, con miras a mejorar los patrones de comportamiento existentes en la sociedad.

La figura de los daños punitivos es una institución proveniente del derecho anglosajón, también reconocida en algunos sistemas de derecho continental, que consiste en imponer una sanción a quien ha causado un daño *“a la sociedad al haber actuado con excesiva violencia, maldad, temeridad, o con la intención expresa”*<sup>1</sup>, como complemento a la indemnización que se le paga a la víctima por el daño a ella causado, que tiene como finalidad castigar y disuadir al causante del perjuicio, para que no repita dicha conducta y así mismo, para prevenir que hechos similares se repitan en el futuro.

Lo que se pretende con esta figura es la implementación de una sanción que tenga fines ejemplarizantes, que permita que situaciones similares al daño antijurídico causado no se repitan nuevamente ni por el causante ni por otras personas. De esta forma, se generará confianza y seguridad en la sociedad acerca de que determinadas conductas no van a repetirse, y se incentivará el acceso a la administración de justicia y también los comportamientos ajustados a derecho.

Con base en la introducción realizada anteriormente, como tema principal de esta monografía de grado, se analizará el reconocimiento de la figura de daños punitivos en el ordenamiento jurídico

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Pie de página No. 29

colombiano. Para ello, se realizará un análisis general acerca de la figura en el derecho anglosajón o *common law* y su implementación en sistemas de derecho continental. Posteriormente se analizarán las principales críticas que se le hacen a la misma y la situación actual de la materia en el derecho colombiano. Por último se hará una propuesta en la cual se considera que los daños punitivos deben ser reconocidos en el ordenamiento jurídico interno, teniendo en cuenta las funciones de la responsabilidad civil, la finalidad de la figura y su aplicación en sistemas de derecho continental.

## II. ¿QUÉ SON LOS DAÑOS PUNITIVOS?

En primera medida, es importante hacer una breve mención a la definición de “daños punitivos o daños ejemplarizantes” dado que, una primera aproximación al concepto es necesaria para comprender la propuesta contenida en esta monografía.

A grandes rasgos, los daños punitivos o daños ejemplarizantes como también se les conoce, son una figura jurídica utilizada principalmente en el *common law*, por medio de la cual se permite que una persona que ha causado un daño a otra sea sancionada por la conducta desplegada si la misma es intencional, consciente o ultrajosa, además de la indemnización de perjuicios a la que tiene derecho la víctima como consecuencia del daño que ha sufrido (Brooke, 2009).

En este sentido, no basta sólo con reparar a la persona que ha sufrido un daño a través de una indemnización de perjuicios con la cual, ésta vuelva en la medida de lo posible al estado anterior al daño causado, sino que, también se busca que las personas que han actuado de forma intencional o maliciosa sean sancionadas por dicho actuar y sirva como incentivo para que en un

futuro los causantes de daños se abstengan de realizar conductas similares y de la misma forma, para que las demás personas tampoco las realicen.

En palabras de Edgardo López Herrera, los daños punitivos de acuerdo con Dan Dobbs son *“aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada inconducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado”* (López Herrera, 2008)

En este sentido, además de imponer una sanción a aquellas personas que han actuado de forma injuriosa, maliciosa o intencional, el objetivo principal que se pretende con esta figura es que de una u otra forma, el comportamiento de los individuos se vea influenciado por la misma y así disuadir, no sólo al causante sino a la sociedad, para evitar que conductas similares ocurran nuevamente, lo cual permitiría que las personas adecúen su comportamiento a patrones generales de conducta requeridos en una sociedad.

Así pues, la aplicación de los daños punitivos no sólo está restringida para los eventos en los cuales ya se ha causado un daño, sino que también, una de sus características más importantes, es que la figura también tiene aplicación antes de la ocurrencia del hecho dañoso.

Es por esto que las multas<sup>2</sup> o sanciones impuestas, deben *“producir un impacto suficiente como para incentivar la promoción de acciones análogas”* (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia

---

<sup>2</sup> De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, una multa es una *“Sanción (...) que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero”*. En consecuencia, los términos sanción y multa para efectos de dicha investigación serán tratados como sinónimos en la medida en que, la sanción que se impone a título de daños punitivos o *punitive damages* en países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá o Argentina, al igual que

y Buenos Aires S.A., 2014), pues en la medida en que las personas sean conscientes de su conducta y de las repercusiones que la misma podría llegar a tener, el miedo y la idea de tener que pagar una sanción por haber cometido un daño, adicional a la indemnización de perjuicios, es un incentivo para abstenerse de realizar determinadas acciones u omisiones.

### III. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA FIGURA<sup>3</sup>

Las características y los requisitos de los daños punitivos no son exactamente iguales en todos los países en los cuales estos son reconocidos, sin embargo, se hará una breve mención explicando a grandes rasgos cómo es su aplicación desde una perspectiva global, la cual será relevante para la propuesta de reconocimiento en Colombia.

#### a. Elementos de la responsabilidad civil

Teniendo en cuenta que los daños punitivos son una figura que se pretende aplicar en el sistema de responsabilidad civil existente, es necesario que para su procedencia, se cumpla con los elementos de la responsabilidad civil que imperan en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por tal motivo, se requiere de la existencia de una **conducta** desplegada por el agente dañador, ya sea activa o pasiva. También se requiere de la existencia del **daño**, pues sin éste no hay lugar a la responsabilidad civil, se requiere además de la existencia del **nexo causal**, es decir, que se logre determinar que la conducta desplegada por el causante sea efectivamente la que causó el daño.

Adicionalmente, está el **factor de imputación** que es la razón o fundamento para que al agente

---

la que se propone en Colombia con el reconocimiento de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico, equivale al pago de una suma de dinero como consecuencia de la conducta antijurídica realizada.

<sup>3</sup> Este capítulo fue resultado principalmente de la consulta de los textos y valiosos aportes de Vanessa Wilcox, Laura Victoria García Matamoros y María Carolina Herrera Lozano, Edgardo López Herrera y Jesús Alberto Buitrago Duque, quienes en sus obras se esfuerzan por describir de forma minuciosa la figura de los daños punitivos, sus características y sus requisitos.

dañador se le imputen las consecuencias desfavorables del daño a otro infligido, bien sea de forma objetiva o de forma subjetiva (Tamayo, 2010).

### **b. Prueba del daño**

Así pues, la prueba de la existencia del daño es determinante para los daños punitivos, pues como ya se mencionó, si no se logra probar el daño, no habría lugar a declarar la responsabilidad del agente dañador, motivo por el cual, no tendría sentido aplicar la figura de los daños punitivos, en la medida en que sólo hay lugar a la multa o sanción cuando se ha cometido un daño.

Adicionalmente, debo aclarar que para imponer los daños punitivos lo que debe probarse es únicamente el daño y no su cuantía, ya que como se explicará posteriormente, la figura de los daños punitivos no tiene naturaleza indemnizatoria y por tanto no requiere de la prueba de la cuantía del daño sufrido para determinar el monto de la sanción (Wilcox, 2009).

### **c. Conducta antijurídica**

La conducta desplegada por el causante de un daño debe ser antijurídica, sin embargo, no basta sólo con esto, sino que se requiere un elemento adicional y es que en la misma se haya desplegado con dolo o culpa grave.

Al momento de evaluar la conducta antijurídica, la regla general es que los daños punitivos se reconozcan únicamente en situaciones en las cuales, la conducta del causante se realice con dolo, intención o premeditación, por tratarse de situaciones de tal gravedad que requieren de una sanción adicional a la indemnización de perjuicios que se le debe a la víctima a la cual se le causado un daño. Sin embargo, pese a que podrían presentarse discusiones en cuanto a la aplicación de la figura en situaciones en las cuales actuar con negligencia, descuido o

imprudencia, debiera conllevar a una fuerte sanción por la conducta desplegada, considero que los daños punitivos, tal y como se han aplicado en países como Inglaterra (Wilcox, 2009), Estados Unidos (Sebok, 2009) y Argentina (López Herrera, 2008), son una figura excepcional, reservada únicamente para situaciones que sean lo suficientemente groseras, como para sancionar al causante de las mismas por incurrir en dolo o culpa grave al momento de su realización, lo cual haría imposible su aplicación en escenarios en los cuales la conducta antijurídica sea negligente o levemente culposa (Buitrago, 2007).

En cuanto a la apreciación o valoración de la conducta debo decir que, debe tenerse especial cuidado en la medida en que como se va a evaluar el comportamiento de una persona que ha causado un daño de forma particular, en la medida en que pueden llegar a identificarse aspectos que podrían constituir un agravante de la sanción u otros que pudieran llegar a reducir o incluso eliminar los daños punitivos por ejemplo por una actuación desplegada por el demandante o también por la buena fe desplegada por el agente dañador.

#### **d. Valoración**

La valoración de los daños punitivos va a depender de cada país en el cual la figura tenga reconocimiento porque ésta no sólo es realizada por un juez sino que es posible que en dicha decisión intervenga un jurado como es el caso de Estados Unidos e Inglaterra.

Independientemente del país o del sistema de derecho en el que nos encontremos, las diferentes formas en las que se han aplicado los daños punitivos en el mundo coinciden en que la valoración de los daños punitivos debe realizarse a partir de la sana crítica (Wilcox, 2009), es decir que, el juez encargado de tomar la decisión debe analizar muy bien los hechos, las pruebas y las



pretensiones para llegar a una decisión que resulte adecuada de acuerdo a las particularidades de cada caso (Couture, 1962).

Así mismo, un común denominador que se ha implementado por los jueces y las cortes en los lugares en los que los daños punitivos son reconocidos, es que la sanción que se deba por concepto de daños punitivos debe ser razonable y bajo ninguna circunstancia podría llegar a ser excesiva (Wilcox, 2009) pues si ésta excede los límites de lo razonable o por el contrario, es lo suficientemente baja como para sancionar a una persona por la conducta realizada, desdibujará su naturaleza y se perderá su esencia en la medida en que no cumplirá con los efectos disuasivos y sancionatorios (Sebok, 2009). Lo anterior, también fue reconocido por la Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C-916 de 2002 la cual abordaré más adelante, al afirmar que, si el legislador en un momento dado introduce vía legislativa la figura de los daños punitivos, ésta deberá aplicarse “bajo límites razonables” (C-916 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 2002).

Así pues, la sanción no deberá ser exorbitante porque podría llegar a causar un efecto contrario al esperado (Wilcox, 2009)<sup>4</sup>, se desincentivarían conductas que son necesarias dentro de una sociedad o haría que el causante no asumiera su responsabilidad y evadiera la multa impuesta entre otras situaciones que podrían presentarse, pero tampoco ésta puede ser tan baja que no configurara como tal una sanción porque no tendría impacto ni en el causante ni en la sociedad y podría conllevar a incentivar la realización de conductas dolosas, gravemente culposas o malintencionadas porque las mismas no acarrearían mayores consecuencias o porque su realización podría reportar mayores beneficios que el actuar de forma correcta (Wilcox, 2009).

---

<sup>4</sup> Al respecto, Vanessa Wilcox en su capítulo Punitive Damages in England, sostiene lo siguiente: “*This is so as the power to award exemplary damages constitutes a weapon and while it can be used in defense of liberty, it can also be used against liberty*”

Por tal motivo, para que se cumpla con el requisito de razonabilidad o proporcionalidad de la figura, resulta importante el análisis de diferentes factores que podrían incrementar o disminuir la sanción adeudada tales como la gravedad de la falta, los medios del causante, los beneficios obtenidos con la conducta, la posición dominante o de poder que éste ostente, el carácter antisocial de la conducta, la finalidad disuasiva, la afectación a la víctima, entre otros (García Matamoros, 2003) que deberán ser tenidos en cuenta al momento de determinar la sanción.

Del mismo modo, es posible que otra forma de determinar el valor de la sanción que deberá asumir el agente dañador por haber desplegado determinada conducta sea a través de una fórmula matemática en la cual se tengan en cuenta diferentes factores que permitan valorar la sanción que se va a imponer por medio de una ecuación (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014), y también existe la posibilidad, de determinar límites, valores mínimos o baremos que permitan que los operadores judiciales tengan una guía o referente y que impongan la sanción teniendo en cuenta factores objetivos (Sebok, 2009) al momento de su determinación.

En relación con esta última práctica, a modo de ejemplo, en los Estados Unidos se han establecido límites a los daños punitivos de la siguiente forma: En Alabama, los daños ejemplarizantes no pueden exceder tres veces la cuantía de la indemnización o un valor de 500.000 dólares, en Alaska, Arkansas, Florida y Dakota del Norte, no se podrá exceder dos veces los daños compensatorios o una cuantía de 250.000 dólares; asimismo en el Estado de Nueva York se permite que los daños punitivos sean equivalentes hasta cinco veces los daños compensatorios o 350.000 dólares, en Kansas, Mississippi y Montana se miran los ingresos del causante como límite para fijar la sanción para que de esta forma sea razonable y no tenga la virtualidad de destrozarlo financieramente, pero tampoco que la cuantía sea menor y que no

cumpla con los objetivos de la figura y por último en Oklahoma, después de analizar la intención del causante y teniendo este referente, se impondrá una sanción de entre 100.000 y 500.000 dólares o un valor equivalente al doble de los daños compensatorios o el beneficio financiero en el que incurrió el agente dañador por el acto o conducta desplegada (Sebok, 2009).

#### **e. Legitimación**

La persona legitimada para solicitar ante la administración de justicia, el reconocimiento de daños punitivos es únicamente la víctima (Tamayo, 2010), pues no tendría sentido otro escenario en el que otra persona estuviera autorizada para realizar la reclamación ya que en la medida en que no ha sufrido ningún daño, no podría solicitarse una sanción que radicara en cabeza del agente dañador.

Así mismo, no debe perderse de vista que estos daños deben ser reclamados específicamente cuando se esté ante un proceso judicial (Visscher, 2009) y la víctima para cada caso concreto, discrecionalmente decidirá si pretende que su agresor o que el causante de su daño sea sancionado por haber infringido sus derechos realizando una conducta maliciosa, dolosa, gravemente culposa o incluso ultrajante (Wilcox, 2009).

No obstante lo anterior, también se ha propuesto en algunas legislaciones como la Húngara, la posibilidad de que ciertos daños sean reconocidos de oficio por el juez cuando éste lo considere necesario (Menyhárd, 2009), pues de esta forma, en el caso en que la víctima no reclame los daños punitivos por uno u otro motivo, de todas formas se sancionaría al agresor o al agente dañador en la medida en que ha causado un daño a una persona en particular.

Así pues, adoptando dicha propuesta, el juez podría sancionar al agente dañador que ha desplegado una conducta con dolo o culpa grave, para que en todo caso asuma las consecuencias de su actuar porque si no existiera esta posibilidad, el no sancionar dichas conductas en los casos en que no sean solicitadas por la persona infringida, evitaría que se cumpliera con la función sancionatoria y preventiva de los daños punitivos.

#### **f. Medios del causante**

Conocer los medios del causante puede llegar a ser necesario y relevante para así establecer el monto de la sanción y cumplir con el requisito de la proporcionalidad o razonabilidad. En esta medida, tener una referencia de la capacidad económica del causante del daño puede servir como guía para determinar una sanción adecuada, en la medida en que no tendría sentido imponer una multa muy baja a una persona que tiene mucho dinero porque como se explicó anteriormente, podría continuar realizando las mismas conductas, o no generaría un impacto para sí que lo desincentivara y tampoco sería una sanción ejemplarizante como para crear impacto en la sociedad, por el contrario, si la suma adeudada fuere muy alta, podría causarse el efecto contrario al esperado, podrían desincentivarse conductas que son necesarias dentro de una sociedad o haría que el causante no asumiera su responsabilidad y evadiera la multa impuesta (Wilcox, 2009).

Con el fin de ejemplificar lo anterior, pensemos que una fábrica, que hace parte de una multinacional o que es muy grande a nivel nacional, es sancionada por la contaminación emitida al producir su materia prima. Como consecuencia de dicha decisión, debe cancelar una suma de cien millones de pesos \$100.000.000 por concepto de daños punitivos, la cual, para una persona natural o incluso para una empresa mediana o pequeña podría ser muy alta y podría generar grandes impactos, mientras que para una empresa de esta magnitud, que tiene ingresos muy

superiores, esta suma no representará ni siquiera a un porcentaje bajo de su patrimonio o de sus ingresos, de forma tal que si se está ante esta situación, no se cumplirían las funciones de los daños punitivos pues no se lograría como tal sancionar a dicha empresa porque tiene suficiente dinero como para pagar la sanción y no causaría algún impacto económico significativo en su contabilidad, y tampoco generaría un efecto disuasorio porque la sanción no sería como tal ejemplarizante ya que la fábrica, continuaría desarrollando sus actividades antijurídicas a pesar de haber incurrido en una erogación como consecuencia de las mismas.

#### **IV. PRINCIPALES CRÍTICAS A LA FIGURA DE DAÑOS PUNITIVOS<sup>5</sup>**

Desde su inicio, la figura de los daños punitivos ha sido muy cuestionada entre académicos, abogados, jueces y legisladores porque no deja de ser un tema controversial en el derecho de daños, en el cual muchas personas difieren. A continuación se expondrán las críticas principales que se le han hecho a esta figura.

##### **a. Excede los límites de la reparación integral**

Este es el principal cuestionamiento que se le hace a la figura de los daños punitivos pues para quienes defienden esta posición, con una sanción adicional a la indemnización de perjuicios, se estarían excediendo los límites de la reparación integral en la medida en que la víctima no estaría recibiendo a su cargo una indemnización de perjuicios correspondiente al daño sufrido, sino que además se estaría beneficiando de la sanción impuesta al agente dañador o se estaría

---

<sup>5</sup> Las obras de Vanessa Wilcox, Laura Victoria García Matamoros y María Carolina Herrera Lozano, Edgardo López Herrera y Jesús Alberto Buitrago Duque, fueron las principales referencias utilizadas en la construcción del capítulo que se presenta a continuación, en la medida en que de forma clara y precisa sus textos y apuntes ilustran cuáles son las principales críticas que se le han hecho a los daños punitivos, los cuales se complementan con los aportes de autores como Pedro del Olmo, Pablo Salvador Codrech y Juan Carlos Henao.

enriqueciendo sin justa causa porque su situación después del daño mejoraría o en otras palabras, incrementaría su patrimonio (Wilcox, 2009).

Lo anterior, afirman, desdibuja por completo la reparación integral y su finalidad porque la cuantía del daño, es decir, la pérdida sufrida por la víctima, no va a ser la misma cuantía de la sanción impuesta a título de daños punitivos, en la medida en que, para su cuantificación se tienen en cuenta factores adicionales a los elementos de la responsabilidad civil (García Matamoros, 2003).

Sin embargo, debo decir que, si se logra comprender la finalidad de los daños punitivos como complemento a la compensación o reparación que se le da la víctima, es evidente que en ningún momento se está vulnerando el principio de reparación integral, debido a que éste se implementa a cabalidad al momento de determinar el *quantum* de la indemnización de perjuicios correspondiente por el daño causado sin que la misma sea diferente al daño sufrido.

En consecuencia, no puede confundirse la indemnización de perjuicios que sigue los lineamientos de la compensación o reparación del daño causado, con la sanción impuesta por la realización de una conducta intencional, maliciosa, gravemente culposa o dolosa, pues ésta, adicional a la reparación del perjuicio que recibe la víctima como consecuencia del daño sufrido, será una erogación que le corresponda al agente dañador por haber desplegado deliberadamente una conducta antijurídica, sin que en ningún momento esté compensando al afectado y sin que tenga carácter indemnizatorio (Henaó, 1998).

Así pues, al comprender las diferencias existentes entre la indemnización de perjuicios y la sanción por daños punitivos, es impensable argumentar que se exceden los límites de la

reparación integral, pues cada una de las figuras se enmarca en sus límites propios y siempre se mantienen sus diferencias precisamente para evitar que existan confusiones en la forma en que las mismas son implementadas.

En consecuencia, es claro que quienes argumentan que con la aplicación de los daños punitivos se estarían excediendo los límites de la responsabilidad civil, están confundiendo la indemnización de perjuicios que debe asumir el causante como consecuencia del daño infligido con la sanción que se impone a título de daños punitivos por haber realizado la conducta dañosa de forma maliciosa, deliberada o intencionada, lo cual se evidencia aún más cuando esos dineros no sólo son cancelados a la víctima, sino que también son cancelados al Estado, al Tesoro Público o incluso cuando parte se le asigna a estas entidades, y parte se cancela a la víctima como sucede en algunos estados de los Estados Unidos (Sebok, 2009).

#### **b. Es una figura propia del derecho anglosajón**

También se sostiene todavía que los daños punitivos no pueden ser reconocidos o implementados en ordenamientos jurídicos que hayan adoptado una tradición jurídica francesa o de derecho común, debido a que éstos son ajenos a sus instituciones y a sus leyes, motivo por el cuál, sólo podría implementarse en países que tienen una tradición jurídica ajustada al *common law* (Wilcox, 2009).

Al respecto, debo decir que esta crítica es infundada, en la medida en que existen diferentes ejemplos de trasplantes jurídicos de figuras que han sido propias del derecho anglosajón y que se aplican en ordenamientos de tradición jurídica continental (María Cecilia Castelli vs Banco de

Galicia y Buenos Aires S.A., 2014), al igual que habrán herramientas o instituciones propias del derecho francés que hoy imperan en el derecho Inglés o en el Estadounidense.

Un claro ejemplo de lo anterior es el caso argentino, país de tradición jurídica predominantemente continental en el cual, vía legislativa se han reconocido los daños punitivos en relaciones de consumo (López Herrera, 2008), en la medida en que se consideraron en un momento determinado como necesarios y útiles para el sistema de responsabilidad civil vigente en el país.

### **c. Crea confusión entre el derecho civil y el derecho penal**

Para los críticos de la figura, su implementación crea una confusión entre la función del derecho civil que principalmente es la compensatoria, y entre la del derecho penal que es la punitiva.

En este sentido, los críticos de la figura afirman que al tener la sanción un carácter penal, deberían respetarse todos los principios de esta rama del derecho y en esta medida deberían existir las mismas garantías procesales que se tendrían si se estuviera ante un proceso penal tales como: reglas estrictas de admisibilidad, tipicidad, prueba más allá de toda duda razonable, presunción de inocencia, entre otros aspectos. Por ende, consideran que aplicar esta figura en la responsabilidad civil, conllevaría a reglas de admisibilidad más flexibles, no se regiría por la tipicidad, el estándar de prueba no sería tan estricto, no habría presunción de inocencia sino que siempre que se causara un daño habría sanción, lo cual para algunos representaría una confusión entre la función civil y la penal ya que se estarían mezclando figuras que deberían estar estrictamente delimitadas por la rama del derecho penal (Wilcox, 2009).



En relación con lo anterior, debo decir que la sanción que se propone a título de daños punitivos, se encuentra inmersa en la misma responsabilidad civil, motivo por el cual, no sería necesario pensar en la participación de un juez penal, en los requisitos más estrictos de una pena y en todas las particularidades que son características de un proceso penal, pues el escenario desde el que se parte para justificar la implementación de esta figura, es netamente civil de forma tal que no habría lugar a confusiones o interpretaciones alejadas de su realidad, pues lo que se pretende es que en un mismo proceso adelantado ante la jurisdicción civil, se condene al agente dañador a la indemnización de perjuicios que corresponda, pero que adicionalmente, se le sancione al pago de una multa por una conducta realizada siempre y cuando la misma cumpla con las condiciones que se han descrito a lo largo de este texto, y sólo como consecuencia de una declaratoria previa de responsabilidad civil contra el agente dañador.

## **V. LA FIGURA DE DAÑOS PUNITIVOS A LO LARGO DE LA HISTORIA**

Para efectos de realizar un análisis comparado de la figura objeto de esta monografía, se hará una breve mención a cómo ha sido el trato de los daños punitivos a lo largo de la historia en algunos países. En este sentido, sólo se hará referencia a países concretos, los cuales considero son los más importantes para el análisis del tema y para el asunto que se va a resolver y proponer al final de este escrito.

### ***a. Common Law***

La figura de los daños punitivos surgió inicialmente en Inglaterra, no obstante ésta ha tenido influencia principalmente en países de tradición jurídica anglosajona como Estados Unidos,

Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica, sin perjuicio de que en otros países también esté vigente o en algún momento de su historia se haya implementado.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que en cada uno de los países del *common law* en los cuales existen los daños punitivos esta figura se haya desarrollado de la misma forma, pues como se expondrá a continuación su desarrollo se ha adecuado al ordenamiento jurídico y a las condiciones existentes en un momento dado en cada país.

### **i. Inglaterra (Wilcox, 2009)**

Los daños punitivos o ejemplarizantes por primera vez fueron aplicados en Inglaterra a mediados del Siglo XIV, a pesar de que para ese momento no se les dio ninguna clasificación, ni se les reconoció como tal como *punitive damages*. En los años 1760 se presentaron una serie de casos en los cuales personas sufrieron diferentes afectaciones a su libertad por parte de oficiales públicos, ya que el gobierno pretendía impedir la publicación del periódico *North Briton*. Así fue que, además de la indemnización de perjuicios, los daños ejemplarizantes fueron reconocidos por los jueces ingleses<sup>6</sup> como una sanción por las conductas desplegadas, a pesar de que para ese momento, no había normatividad positiva al respecto (Brooke, 2009).

En los años subsiguientes, diversos casos de daños punitivos fueron decididos por los jueces ingleses, a pesar de que ha sido una figura controvertida y en diferentes ocasiones se ha abierto el debate de acabarla o reformarla. No obstante lo anterior, en 1990 y posteriormente en 1995, se hizo una consulta para que las personas expresaran sus decisiones en relación con la figura, a saber, si era considerable que se mantuviera en el derecho inglés o si la misma debía retirarse del

---

<sup>6</sup> Uno de los casos emblemáticos de daños punitivos fue *Huckle vs Money* en 1763 en el cual, la Cámara de los Lores condenó al Estado a indemnizar no sólo los perjuicios causados por sus funcionarios como consecuencia de los intentos de suspensión de publicación de un periódico que se oponía a las políticas del gobierno, sino a una suma adicional al título de sanción como daños ejemplarizantes por las actuaciones desplegadas (López Herrera, 2008).

ordenamiento jurídico y la mayoría de las personas consultadas, optaron porque lo mejor era mantener los daños punitivos en el ordenamiento jurídico tal y como ya existían (Brooke, 2009).

A pesar de que los daños punitivos se habían reconocido cerca de 200 años antes, no fue sino hasta el Siglo XVIII con el caso *Rookes vs Bernard* en el año 1964, en el cual se identificaron este tipo de daños y se sentaron parámetros específicos para su aplicación, los cuales han permanecido vigentes hasta hoy, a pesar de que en dicho fallo se afirmó que no procedía sanción a título de daños punitivos (Rojas, 2014).

En el derecho inglés, los daños punitivos han sido reconocidos por las siguientes conductas, de acuerdo con los argumentos de Lord Devlin en el caso *Rookes vs Bernard*:

1. Acción inconstitucional, arbitraria u opresiva por parte de servidores del gobierno (Wilcox, 2009).
2. Conducta realizada por el sujeto dañador para obtener un beneficio que excede la compensación que deberá pagarle al reclamante. Este caso se presenta cuando el agente dañador realiza una conducta dolosa<sup>7</sup> en la cual calcula que es más beneficioso para sí causar un daño a una persona y pagar por ello, que abstenerse de hacerlo, pues aquello que va a recibir o en lo que va a verse beneficiado como consecuencia de su actuar, va a ser mucho mayor que la indemnización que deberá pagar a la persona que haya sufrido el daño.
3. Expresa autorización de daños punitivos en la ley después de haber surtido su trámite correspondiente ante un parlamento o congreso, podrán ser aplicados. No obstante, a partir del

---

<sup>7</sup> En las situaciones de difamación principalmente se han desarrollado estas conductas. Un caso muy famoso fue el de *John vs Mirror Group Newspapel Ltd*, en el cual, el periódico era consciente de que la información que estaba haciendo pública podía causar daños a algunas personas y a pesar de todo, decidió continuar con sus actuaciones y por ello fue condenado (Wilcox, 2009).

caso *Rookes vs Barnard*, no se ha considerado necesario el expreso reconocimiento o autorización de daños punitivos en una nueva legislación positiva debido a que por vía jurisprudencial estos daños han sido reconocidos y a medida que se han proferido decisiones sancionatorias, se ha ido desarrollando y construyendo la figura (Wilcox, 2009).

A pesar de que por muchos años los daños punitivos sólo podían ser reclamados en los tres casos anteriores, en la actualidad basta con que se pruebe que el daño causado fue realizado con ocasión de una conducta ultrajante, maliciosa y/o dolosa (Wilcox, 2009).

## **ii. Estados Unidos (Sebok, 2009)**

En Estado Unidos, al tratarse de un Estado Federal, la regulación de los daños punitivos es diferente a los demás países, pues cada estado tiene la facultad de determinar qué normas los van a regir y en este sentido, podría cambiar la consideración que se tenga de uno a otro estado (Sebok, 2009).

Así pues, Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire y Washington (Sebok, 2009), son estados que específicamente han prohibido la aplicación de los daños punitivos por diferentes motivos, lo cual, los diferencia de otros estados en los cuales la figura es jurídicamente válida y se aplica como sanción cuando se ha incurrido en un daño con malicia o intención.

Lo anterior, es un reflejo de la controversia que se suscita en los Estados Unidos en los últimos años en cuanto al reconocimiento o no de los daños punitivos ya que para algunos, los daños punitivos resultan ser una figura caprichosa y hostil, mientras que para otros es un mecanismo único y necesario para proteger a la ciudadanía (Sebok, 2009).

El autor Anthony J. Sebok, hace un recuento de la historia de los daños punitivos en Estados Unidos, para lo cual, la separa en las siguientes etapas:

1. Sanciones por insultos y humillaciones: A partir de los Siglos XVII y XVIII como consecuencia de la influencia inglesa, los primeros casos de daños punitivos que se resolvieron en Estados Unidos fueron por insultos y humillaciones, producto de conductas crueles y opresivas que finalmente afectaban el honor de las víctimas (Sebok, 2009).

Ya en el Siglo XIX se presentaban críticas a la figura. Por un lado, el abogado Theodore Sedwick defendía la aplicación de los daños punitivos porque con los mismos se podía combinar el interés del individuo dañado con los intereses de la sociedad, pues no sólo se estaría compensando a la víctima sino que también se estaría castigando al agente dañador de forma que en un futuro tanto este como otros individuos iban a evitar conductas similares. Por el contrario, el Profesor de Harvard Simon Greenleaf sostenía que éstos eran un error porque se estaban confundiendo las funciones pública y privada del derecho con la implementación de esta figura (Sebok, 2009).

2. Sanciones por abuso de poder: Posteriormente, a principios del Siglo XX, se empezaron a aceptar reclamaciones de daños punitivos que involucraran transacciones comerciales y aquellas relacionadas con ferrocarriles, principalmente por los daños injustos o inequitativos causados por los empleadores (Sebok, 2009).

De acuerdo con esto, por el poder que tenían las empresas de ferrocarriles y las empresas comerciales, las quejas que pudieran ponerse en su contra no iban a ser atendidas ni tomadas en serio, lo cual, era para la época una clara manifestación de abuso de poder también atada al hecho de que ignorar dicha reclamación era mucho más beneficiosa que contestar las mismas. En este sentido, la víctima estaba en situación de desventaja para ejercer sus derechos ya que se trataban de empresas que tenían poder de mercado o que eran tan grandes que contra ellas no se podía luchar (Sebok, 2009).

3. Función disuasiva de la responsabilidad: Por último, los daños punitivos fueron ampliados a escenarios de responsabilidad por productos defectuosos y daños causados en los negocios, siendo una respuesta a las actuaciones irresponsables e inconscientes del mercado que se presentaron en los años posteriores a la segunda guerra mundial (Sebok, 2009).

A partir de 1970 se empezaron a reconocer daños punitivos por productos defectuosos cuando se probaba que el defecto era resultado de una decisión consciente que iba a impactar de una u otra forma a los compradores y al mercado. Para este momento, las decisiones realizadas por productores con posición de dominante estaban motivadas por incentivos meramente económicos las cuales eran indiferentes e irrespetuosas frente a los demás, especialmente frente a las víctimas (Sebok, 2009).

### **iii. Sudáfrica (Neethling, 2009)**

El derecho sudafricano, a lo largo de la historia se ha visto influenciado por el *common law*, particularmente por el derecho inglés, motivo por el cual, mantiene instituciones similares tales como los daños punitivos (Neethling, 2009).

Los casos más sonados en Sudáfrica, han tenido que ver con daños causados como consecuencia de una difamación, la cual ha tenido como origen un comportamiento doloso e intencional. Por tal motivo, cuando se ha causado un daño como consecuencia de una difamación, además de la indemnización de perjuicios que le corresponde a la víctima, el agente dañador también ha pagado multas por haber desplegado su conducta de forma maliciosa (Neethling, 2009).

De esta forma, nos encontramos ante otro país que ha reconocido la figura de los daños punitivos y la cual se mantiene vigente en su ordenamiento jurídico como una forma de sancionar

conductas infringidas con intención y malicia, adicional a la compensación de la víctima por el daño que a ella se le ha causado.

#### **iv. Canadá**

Canadá también es un país que se ha visto influenciado por las figuras jurídicas de carácter anglosajón, motivo por el cual en su legislación se han incorporado expresamente los daños punitivos.

El nuevo Código Civil de Quebec<sup>8</sup> que rigió a partir de 1991, incluye los daños punitivos en su articulado de la siguiente forma:

*“Artículo 1621. Cuando la ley prevea daños punitivos, el monto de dichos daños no podrá exceder aquello que sea suficiente para cumplir su propósito preventivo.*

*Los daños punitivos se evalúan a la luz de las circunstancias propias de cada caso, en particular la gravedad de la conducta del causante, su situación patrimonial, el alcance de la reparación de la que es responsable, y en este caso, los daños reparatorios asumidos en todo o en parte por una tercera persona”.*

De acuerdo con el artículo anteriormente citado, se concluye que los daños punitivos no sólo se encuentran reconocidos en el Código Civil<sup>9</sup> citado, sino que la ley prevé situaciones en las cuales aplicarán los daños punitivos, que para determinar su cuantía se deben tener en cuenta unos límites razonables para así cumplir con su función preventiva, teniendo en cuenta diferentes aspectos que pueden llegar a ser determinantes al momento de tomar una decisión en cuando a su reconocimiento y su cuantía.

---

<sup>8</sup> Código Civil de Quebec, 1991.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

## **b. Derecho Continental**

En contraposición a la tradición anglosajona está el derecho continental, con lo cual, se pretende evidenciar que independientemente de la tradición jurídica a la que pertenezca cada país, es posible implementar o trasplantar figuras o herramientas de otros estados sin importar que estas no sean propias de su derecho.

Esto quiere decir que, sin perjuicio de que los daños punitivos hayan nacido en el *common law*, esta figura también puede ser implementada en países de tradición de derecho continental, pues incluso en la misma Francia, se ha llegado a pensar que, los daños punitivos podrían llegarse a reconocer en su ordenamiento jurídico.

### **i. Francia (Borghetti, 2009)**

Como es de suponerse, los daños punitivos no son reconocidos en el ordenamiento jurídico francés por ninguna ley o código, sin embargo, tampoco existe disposición jurídica alguna que expresamente los prohíba.

Los jueces franceses en ninguna ocasión han reconocido los daños punitivos, principalmente, en razón a que el principio que impera en la responsabilidad civil francesa es la reparación integral, en la cual, la persona que ha sufrido un daño, deberá ser compensada por el mismo, sin que ello suponga un enriquecimiento o un empobrecimiento, es decir que se logre que la persona quede en la misma o en similar situación a la que estaba antes de que se le causara un perjuicio (Borghetti, 2009).

No obstante lo anterior, hay situaciones en las que se ha pensado que se está ante daños punitivos en el derecho francés o que existen herramientas jurídicas que se le asemejan. Un ejemplo de lo



anterior es el reconocimiento de las funciones disuasiva y punitiva dentro de los principios que rigen la responsabilidad civil o también los casos en los cuales la reparación excede el monto del daño causado ya que al momento de tasar los daños en un caso específico se tienen en cuenta diferentes aspectos subjetivos tales como el comportamiento del causante y la gravedad del daño y, se busca de una u otra forma que la cuantía sea más alta como “castigo” a la conducta desplegada por el agresor, lo cual excede el perjuicio sufrido (Borghetti, 2009).

Al respecto, debo aclarar que al aceptar este tipo de consideraciones no se tendría certeza alguna acerca de qué corresponde a indemnización de perjuicios y qué a daños punitivos (Borghetti, 2009), lo cual, necesariamente estaría desdibujando tanto los principios de la responsabilidad civil como las características y fundamentos de los daños punitivos.

Por tal motivo, la solución a esta incertidumbre y debate, sería que jurisprudencial y legalmente se reconocieran los daños punitivos o ejemplarizantes en el derecho francés, de lo contrario, controversias como las suscitadas permanecerán vigentes e inciertas (Borghetti, 2009).

Pareciera que las iniciativas legislativas en Francia en relación con el tema fueran nulas teniendo en cuenta la tradición de derecho continental que ha caracterizado su ordenamiento jurídico, sin embargo, recientemente se han presentado diferentes propuestas que han pretendido incluirlos en situaciones tales como: relaciones de consumo, derecho de la competencia, derechos de la personalidad, responsabilidad ambiental entre otros (Borghetti, 2009).

Diferentes autores han sostenido que ésta categoría de daños debería incluirse de forma tal que las funciones disuasoria y punitiva de la responsabilidad civil, dejen de estar opacadas por la función compensatoria. Adicionalmente, también sostienen que su reconocimiento sería la mejor forma para acabar con las *fautes lucratives* que son infracciones voluntarias de las reglas o

deberes legales por un agente dañador, debido a que saben que serán sometidos a una responsabilidad menor que el beneficio que es probable que obtengan con la realización de la conducta (Borghetti, 2009).

Asimismo, en la conmemoración del ducentésimo aniversario del Código Civil Francés, un grupo de académicos liderado por el profesor Pierre Catala en 2005, hizo la propuesta de incluir los daños punitivos al ordenamiento jurídico francés. Como consecuencia de lo anterior, en el mismo año, el Ministro de Justicia presentó el proyecto “*Avant-projet*”, pero a pesar de los intereses que tuvo el gobierno en el mismo, se han perdido las esperanzas de que éste sea presentado en el parlamento (Borghetti, 2009).

En este proyecto se reafirmó la importancia de la reparación integral en la responsabilidad civil, la cual consiste en que la víctima, después de un daño, quede en la medida de lo posible en la misma situación en la que estuviera si el daño no hubiera tenido lugar. No obstante, se introduce una excepción a este principio que permite los daños punitivos de la siguiente forma:

*“La persona que comete una falta de forma deliberada y con intención de obtener un beneficio de la misma, puede ser condenado, al pago de una compensación y además, a pagar daños punitivos, los cuales a discrecionalidad del juzgado o corte, podrían ser asignados al Tesoro Público. La decisión de ordenar el pago de daños punitivos debe ser fundada y también debe diferenciarse de los otros perjuicios que vaya a recibir la víctima. Los daños punitivos no serán asegurables”* (Borghetti, 2009)

A pesar de la importancia del proyecto presentado y de las propuestas que se han hecho a favor de la incursión de los daños punitivos en Francia, en relación con la importancia de las funciones disuasiva y preventiva de la responsabilidad, la lucha contra los *fault lucratives* y la idea de

impedir un comportamiento anti social en el cual una actuación negativa no tenga por qué generar beneficios, todavía hay muchas preguntas y críticas al respecto.

En conclusión, *“más allá de todas las críticas a los daños punitivos, la idea de castigar a los causantes de un daños nunca ha estado del todo ausente de la responsabilidad francesa, a pesar de que la compensación a las víctimas siempre ha sido su prioridad”* (Borghetti, 2009).

## **ii. Alemania (Rademacher, 2009)**

Por su parte, en Alemania el fenómeno de la implementación de los daños punitivos no ha estado presente en ningún momento, pues el derecho de daños alemán está gobernado por los principios de compensación y restitución del daño y en casos excepcionales, cuando no sea posible, la misma se hará de forma monetaria, siempre de la mano del principio de la reparación integral (Rademacher, 2009).

En este sentido, para el derecho alemán, con la responsabilidad civil se pretende que una persona que sufrió un daño sea reparada integralmente y sus pérdidas sean compensadas, lo cual, no da lugar a una sanción como consecuencia de dicha actuación (Rademacher, 2009).

De conformidad con lo anterior, no pareciera que los daños punitivos tuvieran cabida en el derecho alemán, pues los detractores argumentan que, al materializarse en una sanción que tiene carácter punitivo, se tendrían que seguir las reglas particulares del derecho penal tales como la tipicidad, proporcionalidad y el *non bis inidem*, han optado por rechazar elementos penales en el derecho civil pues su aplicación llevaría a una confusión entre ambas ramas del derecho (Rademacher, 2009).

No obstante, al igual que en otros países como Francia, en los últimos años, ha estado presente el debate acerca de la adopción de la figura, el cual se ha mantenido entre académicos, abogados y jueces, sin que al respecto se hayan presentado proyectos concretos o manifestaciones que permitan concluir que formalmente se está intentando que los daños punitivos se reconozcan en el derecho alemán.

En todo caso, la existencia del debate en cuanto a la aplicación o reconocimiento de los daños punitivos, es una clara muestra de los esfuerzos de la academia, de los jueces y de los abogados por promover la implementación de dicha figura en el derecho germánico (Rademacher, 2009).

Por otro lado, hay algunos que afirman que determinadas manifestaciones hoy en día existentes podrían asemejarse a los daños punitivos, tales como aquellas condenas que exceden la pérdida sufrida por la víctima, quedando fuera de la órbita estricta de la compensación y reparación integral. Además, concluyen que el derecho privado alemán no se aleja de las funciones disuasivas y de prevención de la responsabilidad civil, lo cual sería un motivo más para el reconocimiento de ésta figura en Alemania (Rademacher, 2009).

A pesar de estos intentos, las cortes alemanas tratan de que haya siempre una distribución equitativa entre las partes de un proceso, es decir que ninguna se enriquezca o se empobrezca con el daño ni con la indemnización de perjuicios cancelada a su favor, lo cual en la práctica se aleja de la idea y fundamento de los daños punitivos, más aun cuando se ha afirmado que la indemnización de perjuicios no es un instrumento de castigo sino de satisfacción a la víctima (Rademacher, 2009).

Así pues, a pesar de que es familiar para el derecho de daños alemán la idea de prevención y disuasión como funciones de la responsabilidad civil, éstas aún se enmarcan en la compensación

por medio de una indemnización de perjuicios y no por una multa de carácter sancionatorio, en la cual, siempre los daños girarán en torno de la víctima y su reparación integral.

### **iii. España (del Olmo, 2009)**

España ha sido otro de los países que ha adoptado principalmente el derecho continental en su ordenamiento jurídico, motivo por el cual, tampoco tiene disposiciones que reconozcan la figura de los daños punitivos de manera expresa. No obstante, desde los años ochenta, con la influencia del *common law* y el análisis económico del derecho, se han estado debatiendo constantemente el contenido y la extensión de las funciones de la responsabilidad civil extra contractual, tales como la compensatoria, la preventiva y la disuasoria (del Olmo, 2009).

Con los diferentes debates que se han presentado durante estos años, se ha pretendido ampliar los límites de la tradicional función compensatoria y de esta forma, darle mayor importancia a funciones de la responsabilidad civil tales como la prevención y allí, ha surgido la pregunta de si los daños punitivos deberían o no ser reconocidos bajo derecho español (del Olmo, 2009).

No obstante, a pesar de las discusiones que se han llevado a cabo en el país, no es sorprendente que la mayoría de doctrinantes españoles se mantengan a favor de la teoría clásica, en la cual, la responsabilidad extracontractual únicamente tiene una función compensatoria y no una punitiva ni disuasoria o que incluso estas puedan llegarse a considerar como funciones secundarias no reconocidas en normas positivas (del Olmo, 2009).

Teniendo en cuenta lo anterior, estos doctrinantes entre los cuales está el Profesor F. Pantaleón, sostienen que mientras que el derecho civil existe para reparar los daños causados a una persona, teniendo en cuenta únicamente el daño causado y no algún otro tipo de consideraciones

subjetivas, el derecho penal está para castigar a los individuos con el ánimo de corregir su comportamiento, función que afirman los detractores de la figura, por ningún motivo debe ser parte de la responsabilidad civil (del Olmo, 2009).

Por el contrario, para otros juristas e investigadores como el profesor Ricardo de Ángel Yágüez (de Ángel Yágüez, 2012) y Pablo Salvador Coderch (Coderch, 2000), quienes distan de considerar a la compensación o indemnización como la única, las otras funciones de la responsabilidad civil, no son ajenas a su pensamiento y consideran que, cuando se está ante eventos en los cuales hay sanciones a título de daños punitivos, se requiere de un análisis de comportamiento en el que se mira qué haría una persona en las mismas circunstancias y también qué debe hacerse para prevenir una conducta similar y no cometer un daño (del Olmo, 2009).

Por los motivos anteriormente expuestos y por las controversias y discusiones que se han presentado desde años atrás, para que la figura fuera reconocida explícitamente en España, se requeriría de la implementación o autorización por medio de un instrumento normativo expedido por el legislador (del Olmo, 2009).

#### **iv. Argentina<sup>10</sup>**

A pesar de que Argentina es un país que como Colombia, ha adoptado una tradición jurídica romano germánica, es el ejemplo más claro de la posibilidad que se tiene de adecuar e implementar diferentes figuras en el ordenamiento jurídico interno, sin importar a qué corriente del derecho pertenezcan.

---

<sup>10</sup> Para la construcción de este capítulo, fueron de vital importancia las obras de Edgardo López Herrera y Ricardo de Ángel Yágüez, las cuales sirvieron como referencia principal para la explicación de la figura de los daños punitivos en Argentina.

Lo anterior quiere decir que, no obstante la tradición jurídica Argentina y el origen de sus instituciones principalmente en el derecho Francés, no obsta para que se realicen implementaciones de herramientas jurídicas foráneas que se adapten al derecho interno como es el caso de los daños punitivos en Argentina.

La figura de los daños punitivos fue incorporada al ordenamiento jurídico argentino en el año 2008 por medio del artículo 25 de la Ley 26.361 que modificó la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor en su artículo 52 bis.

El artículo 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor, reconoció la aplicación de los daños punitivos únicamente en materia de protección al consumidor, es decir que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico argentino, es posible que en relaciones de consumo, una persona sea sancionada por la conducta que despliegue en los siguientes términos:

*“Artículo 52 bis. Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez **podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor**, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47<sup>11</sup>, inciso b) de esta ley”* (Resaltado fuera de texto)

---

<sup>11</sup> De acuerdo con el artículo 47 de la Ley de Defensa del Consumidor, la multa prevista oscila entre cien (\$100) y cinco millones de pesos argentinos (\$5.000.000.).

En este sentido, la legislación argentina es pionera en incluir los daños punitivos en su ordenamiento positivo por medio de una Ley de la República, lo cual, es un antecedente para todos los países de América Latina, pues es un claro ejemplo de que en situaciones particulares es válida e incluso necesaria, la aplicación de multas como una forma de sancionar a aquellas personas que han incumplido con obligaciones o con deberes sociales y de prevenir que situaciones similares vuelvan a ocurrir (López Herrera, 2008).

Es menester también hacer referencia al artículo 1587 del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, en la medida en que este por primera vez, proponía de forma general la inclusión de los daños punitivos en el derecho argentino.

*“El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”*

En las conclusiones de dicho Proyecto, sus promotores afirmaron que *“En la actualidad, se presentan ilícitos que por su particular gravedad sobrepasan el perjuicio individual, de manera que las consecuencias para el dañador no deberían agotarse en la reparación de ese menoscabo. Es menester desalentar estas conductas mediante sanciones que insten al infractor a no repetirlas, efecto que ha de ser útil también, en la función preventiva, para disuadir a otros potenciales dañadores. De otra manera, quien obtiene un beneficio merced a una conducta ilícita gravemente indiferente de sus consecuencias, quedaría impune y dispuesto a persistir en su accionar disvalioso para el prójimo, si sólo debiera afrontar el resarcimiento puro,*



*indemnización cuyo monto puede resultar de escasa significación monetaria y quizás muy inferior a las ganancias logradas por el responsable. Se impone, pues, la sanción civil como un "plus" que se traduce en las condenaciones punitivas” (de Ángel Yágüez, 2012)*

Así pues, es este otro ejemplo de los intentos que han tenido países con tradición jurídica continental, de incluir los daños punitivos en su ordenamiento jurídico y a pesar de que el mismo finalmente no fue aprobado, denota el juicioso estudio de la materia y la gran intensión legislativa de incluir la figura de los daños punitivos en el derecho argentino.

Es claro cómo, de forma general, siete ilustres profesores argentinos proyectaron lo que serían los daños punitivos argentinos, aplicados a todas aquellas actuaciones indiferentes respecto de los derechos ajenos o intereses colectivos (de Ángel Yágüez, 2012), a diferencia de la Ley de Defensa de Derechos del Consumidor, que únicamente permitió su aplicación en relaciones de consumo.

Estos argumentos han sido fruto de confrontaciones entre tratadistas, profesores y abogados argentinos, pues para muchos, la Ley 24.240 debió haber implementado el proyecto presentado en 1998 que era más corto, más simple y más general (de Ángel Yágüez, 2012), sin embargo, la realidad es que a hoy, la aplicación de los daños punitivos únicamente se circunscriben al derecho de consumo y es aquella la única norma que está llamada a aplicar, lo cual, en todo caso, es un avance en el reconocimiento e implementación de los daños punitivos.

## VI. CASOS EMBLEMÁTICOS DE DAÑOS PUNITIVOS

Debido a que el objeto de esta monografía va más allá del derecho comparado, haré una breve mención a dos casos emblemáticos de daños punitivos que ocurrieron en Estados Unidos y en Argentina<sup>12</sup>, como fundamento y ejemplo para la propuesta que a continuación expondré.

### a. Grimshaw vs Ford Motor Company

Este caso ha sido emblemático no sólo para los Estados Unidos, sino para todo el mundo en la medida en que corresponde a un claro ejemplo de la imposición de daños punitivos.

La Corte de Apelaciones de California en 1981 decidió el caso en el cual Richard Grishaw y su familia, demandaron a Ford Motor Company, debido a que él y su madre Lily Gary, sufrieron un accidente en el que el motor de su carro explotó ocasionando la muerte de esta última y dejando al menor con diferentes quemaduras en la cara y el cuerpo (López Herrera, 2008).

Lo que sucedió en este caso fue que Ford, sacó al mercado su Ford Pinto Hatchbak a pesar de que éste presentaba problemas debido a la ubicación del motor, motivo por el cual, si se estrellaba era factible que se incendiara y causara daños a sus pasajeros (López Herrera, 2008).

---

<sup>12</sup> En este capítulo me limitaré a exponer los dos casos que a mi parecer, son los que mejor sirven para describir la figura de los daños punitivos, los cuales reflejan también su necesidad y su utilidad, no sin antes mencionar que hay casos que también revisten de toda la importancia a pesar de que por cuestiones de extensión no se puedan abordar en los cuales, hubo altas sanciones por concepto de daños punitivos, tales como *BMW Inc vs Gore* en el cual el médico Gore compró un vehículo nuevo pero posteriormente descubrió que el mismo había sido repintado y que la compañía solía vender automóviles dañados (Coderch, 2000), en *Liebeck vs McDonalds* en una mujer sufrió quemaduras por las altas temperaturas con las que servían los productos en dicha cadena de restaurantes (Buitrago, 2007), en el caso *Anderson vs General Motors* varias personas sufrieron grandes quemaduras porque el tanque de combustible del Chevrolet Malibú se encontraba muy cerca al parachoques trasero causando una explosión cuando el vehículo era impactado (Coderch, 2000) y por último el caso *Exxon Valdez* en el cual la compañía derramó cerca de 40.000 toneladas de petróleo generando una alarmante contaminación ambiental, debido a que el conducto de la nave en la que el mismo se transportaba perdió el control del mismo por estar en estado de embriaguez (Coderch, 2000).

No obstante, a pesar de que la compañía conoció la falla que presentaban sus carros y la posible amenaza de la causación de lesiones o muertes, no los retiró del comercio debido a que introducir los carros al mercado *“seguía siendo más barato que pagar todas las indemnizaciones por los daños que pudiere causar un accidente de tránsito, que reducir sus ganancias al modificar su producto”* (Wilcox, 2009).

Así pues, después de un juicio de seis meses, la Corte de Apelaciones de California condenó a la compañía automotriz a pagar, además de la compensación a Richard Grimshaw y a la familia Gary, una sanción por daños punitivos equivalente a 125 millones de dólares (Buitrago, 2007).

Los motivos que llevaron a la Corte de Apelaciones a condenar a Ford Motor fue que el diseño del Ford Pinto era más económico y lo hacía un carro competitivo en el mercado, a pesar de que sus condiciones de seguridad no fueran óptimas, pues las pruebas arrojaron como resultado una alta posibilidad de destrucción del sistema de combustible por choques cuando recibía impactos a una velocidad superior a las 21 millas (Buitrago, 2007), aproximadamente 33.7 kilómetros por hora.

Así pues, a pesar de que Ford estaba cumpliendo con la normatividad Federal en la cual los automóviles debían soportar impactos de hasta 20 millas, conociendo la situación, no realizó las reparaciones e introdujo el Ford Pinto al mercado (Buitrago, 2007).

Este caso es un claro ejemplo de la aplicación de los daños punitivos, en la medida en que Ford fue condenada al pago de una suma cuantiosa debido a su comportamiento malicioso e incluso doloso, pues a pesar de que conocía las consecuencias que podrían derivarse de un accidente de tránsito sufrido a bordo de un Ford Pinto, decidió ignorar aquellas probabilidades y optó por pagar las indemnizaciones a que hubiere lugar si los daños se llegaban a materializar, lo cual,

claramente es una conducta que merece ser sancionada de forma tal que la empresa nunca más volviera a tomar decisiones de tal magnitud en la que pudiera verse involucrada la vida de las personas y también como una forma de advertir a otras compañías o a la sociedad en general de abstenerse de realizar conductas similares en la medida en que estas no son acordes a los estándares de comportamiento que deben observarse en una sociedad.

#### **b. María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.**

Se hará mayor énfasis en este caso en la medida en que, teniendo en cuenta las similitudes entre el ordenamiento jurídico colombiano y el argentino, las conclusiones y el análisis realizado de los daños punitivos realizado en este país, resulta útil para la propuesta de esta monografía.

En este sentido, el proceso de María Cecilia Castelli contra el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. tuvo su origen en la relación que mantuvo la demandante con el banco, debido a que la señora María Cecilia solicitó una tarjeta de crédito Visa, la cual nunca le fue entregada y paralelamente, sin su consentimiento, se creó la cuenta corriente no operativa No. 6840-6082-3 de la cual se le debitaron automáticamente los gastos administrativos de la tarjeta de crédito solicitada (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014).

Así pues, la demandante inicia un proceso judicial en contra del Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. solicitando la nulidad del acto jurídico por medio del cual se creó la cuenta corriente No. 6840-6082-3 y adicionalmente, que se condenara al banco a resarcirle el daño moral sufrido por veinte mil pesos (\$20.000) y cincuenta mil pesos argentinos (\$50.000) por daños punitivos. Lo anterior, debido a que ninguna de las acciones que había realizado en el pasado, habían sido efectivas, a pesar de que, después de las múltiples reclamaciones y de las denuncias ante el Órgano Municipal de Defensa del Consumidor, la entidad financiera no cumplió con las

obligaciones que había asumido para comunicar la real situación financiera de la demandante al Banco Central de la República de Argentina y para dejar de debitar automáticamente los gastos administrativos en los cuales la señora María Cecilia nunca incurrió (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014).

Como consecuencia de lo anterior, la demandante estaba reportada en las centrales de riesgo del Banco Central de la República de Argentina como deudora morosa de alto riesgo, motivo por el cual, su historial crediticio y la posibilidad de acceder a productos financieros le fue imposible (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014).

Finalmente, la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental de la Provincia de Buenos Aires, en segunda instancia, condenó al Banco a cancelar a favor de la víctima una suma de veinte mil pesos (\$20.000) a título del daño moral sufrido por los incesantes cobros y reclamaciones que se le hacían a diario y por la situación de deudora morosa de alto riesgo que se reportó al Banco Central, cuando la demandante no había recibido la tarjeta de crédito Visa que en algún momento solicitó y tampoco autorizó la creación de una cuenta corriente a su nombre para cancelar los gastos administrativos (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014)..

Adicionalmente, el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. fue condenado a cancelar en favor de la víctima un millón de pesos argentinos (\$1.000.000) por la grave conducta desplegada, ya que en varias ocasiones se comprometió con la señora María Cecilia a solucionar sus problemas, pero aun así, seguía cobrando el saldo de la cuenta corriente de forma inmediata y no cumplía con aclarar al Banco Central de la República Argentina, la situación real en la que se encontraba su cliente, pues para esta entidad, continuaba siendo deudora morosa nivel 5, lo cual equivale a ser

deudora irrecuperable, a pesar de todas las acciones que ya había desplegado en contra del Banco (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014)..

Para justificar la anterior sanción, la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental de la Provincia de Buenos Aires, argumenta lo siguiente:

*“esa manera de actuar –con “omnipotencia”, “prepotencia” e “impunidad- justifica que se le aplique la multa prevista por la ley 24.240 a fin de aventar la posibilidad de que otros particulares sufran hechos similares”* (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014).

Así las cosas, el caso expuesto es un claro ejemplo de situaciones en las cuales por una conducta grave, dolosa, malintencionada o realizada con grosera deliberalidad desplegada por el agente dañador, otra persona sufre un daño. Es claro que el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. no atendió ningún requerimiento realizado y que incluso, a pesar de haberse comprometido con la demandante en diferentes ocasiones, no cumplió con sus obligaciones simplemente porque no era un cliente lo suficientemente importante para corregir sus actuaciones, lo cual evidencia un desprecio de los derechos de la contraparte y un aprovechamiento de la situación de dominio en la que se encontraba.

De acuerdo con la sentencia, es común en este tipo de relaciones la causación de microdaños, los cuales responden a pequeños daños que se causan a muchas personas, pero que finalmente, se traducen en un total de grandes ganancias para las instituciones financieras –en este caso-, motivo por el cual, se justifica la conducta violenta de los derechos del consumidor (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014).

Los argumentos anteriormente expuestos, evidencian que, en estos casos en los cuales una persona sufre un daño por una conducta malintencionada, dolosa o intencional del agente, se justifica el uso de los daños punitivos como una forma de castigar al infractor por la conducta desplegada, pero también como un incentivo para que situaciones similares no ocurran de nuevo. Así, se logrará que entre más personas reclamen este tipo de actuaciones, los comportamientos en general no sólo de ese agente sino de todas las personas, serán acordes a los estándares sociales de diligencia requeridos, disminuyendo la cantidad de reclamaciones realizadas con fundamento en los mismos hechos.

### **c. Conclusión**

Los anteriores ejemplos, permiten pensar que hay situaciones particulares y excepcionales en las cuales la conducta antijurídica del agente dañador ha sido tan contundente que debería ser sancionada, además de la reparación del daño causado que corresponda.

Estos casos han sido controversiales en los sistemas de responsabilidad civil en la medida en que el acoger las pretensiones de reconocer daños punitivos, puede resultar novedoso o incluso polémico, ya que desde el derecho de daños, se están sancionando conductas que se caracterizan por su gravedad como reproches a determinadas actuaciones que no se ajustan al comportamiento que debería desplegar una persona en sociedad y que de la misma forma, están enviando un mensaje de alerta para evitar que la misma persona despliegue determinada conducta otra vez o simplemente, que las consecuencias sean ejemplarizantes e impactantes para que los demás tampoco incurran en conductas similares.

Los casos expuestos evidencian que, un común denominador en el comportamiento humano es la realización de actuaciones voluntarias revestidas de egoísmo e interés por la obtención de

beneficios como consecuencia del hecho dañoso desplegado. En este sentido, estos casos nos permiten desear la existencia y el reconocimiento de los daños punitivos, pues de lo contrario, si no se cumpliera con la función disuasiva y sancionatoria de los mismos, los seres humanos continuarían realizando conductas antijurídicas que atentan contra la reputación, la integridad y la dignidad de los demás.

En consecuencia, considero que hasta ahora, se ha ilustrado el panorama de los daños punitivos y con esto, se hace latente la necesidad y la utilidad de reconocerlos en el derecho colombiano como se explicará posteriormente.

## **VII. LOS DAÑOS PUNITIVOS DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

El Análisis Económico del Derecho, en adelante AED, de acuerdo con Richard Posner (Archila, s.f.)<sup>13</sup>, *es una forma de explicar el mayor número de fenómenos legales mediante el uso de la economía*. En otras palabras, es la aplicación de teorías y métodos empíricos de la economía a instituciones o cuerpos normativos de un sistema determinado (Posner, 2008).

En este caso, se hará una breve mención al AED y a su relación con los daños punitivos en la medida en que analizar la figura que se está estudiando desde la economía, reafirma aún más la propuesta e intención de incluir los daños ejemplarizantes en el ordenamiento jurídico colombiano.

---

<sup>13</sup> Tomado de: Esquema de Responsabilidad Administrativa y Protección de Consumidores. Emilio José Archila.



La premisa básica del AED en términos macroeconómicos es el alcance de la eficiencia de las reglas legales, en el que el comportamiento humano estará determinado por la toma de decisiones razonables y coherentes que generen beneficios para cada persona (Friedman, 1998).

Así es que, desde la eficiencia se buscará que el mercado sea el mejor posible, es decir que se logre estar en un mercado de competencia perfecta en el cual tanto oferentes como demandantes interactúen y de acuerdo con estas variables se fijen los precios de los bienes y los servicios, siendo esta la situación ideal en todos los mercados (Shavell, 2004).

A pesar de lo anterior, existen obstáculos a la competencia perfecta los cuales son más conocidos como fallas del mercado, tales como las externalidades negativas y la asimetría en la información las cuales impiden la asignación eficiente de los recursos (Shavell, 2004).

En esta medida, cuando se está ante una situación en la cual se pueda llegar a generar un daño, podría suceder que lo más eficiente sea el pago de la indemnización por el daño que eventualmente se cause y no su prevención, porque aun incurriendo en esos costos, se estarían obteniendo más beneficios por la realización de la conducta que tendría como consecuencia el menoscabo de los derechos de una o de varias personas, que por no hacerla (Friedman, 1998).

En este escenario es cuando los daños punitivos empiezan a ser relevantes, pues bajo el AED, una decisión racional y eficiente en un principio, sería continuar realizando una conducta sin importar que la misma cause un daño debido a que incluso indemnizando a la víctima por el mismo, dicha conducta seguiría reportando beneficios, sin embargo, si existiera una sanción o multa económica adicional a la indemnización de perjuicios, estas decisiones dejarían de ser eficientes, en la medida en que ya no resultaría beneficioso para el agente realizar una conducta dañosa teniendo

en cuenta las consecuencias económicas que debería asumir por la causación de un daño (Friedman, 1998).

Desde un análisis económico, en la medida en que las personas desarrollan sus actividades, pueden generar externalidades negativas y aumentar las probabilidades de que los demás se vean perjudicados como resultado de su actuar. En este sentido, el derecho de daños es un instrumento que puede proporcionar a los actores incentivos de comportamiento en los cuales se internalicen dichas externalidades (Visscher, 2009), es decir que si una persona causa un daño y adicional a la indemnización de perjuicios debe cancelar una suma muy alta por concepto de daños punitivos, el agente dañador estaría internalizando aquellos impactos o perjuicios que ha generado o externalizado a otros (Calabresi, 1984).

Ahora, cuando se está ante un ordenamiento jurídico en el cual los daños punitivos son aplicables, las conductas anteriormente descritas de eficiencia, a saber, desear el pago de una indemnización debido a que la realización de la conducta dañosa produce más beneficios, podrían llegar a ser ineficientes y la eficiencia se alcanzaría con la realización de conductas adecuadas que anteceden a decisiones óptimas, pues en el escenario en que se decidiera continuar con la realización de conductas que tengan consecuencias dañosas, no sólo se estaría obligado a indemnizar los perjuicios causados a la víctima, sino que se estaría expuesto al pago de una sanción que probablemente, después de haber sido cancelada, no reporte ningún tipo de beneficio para el causante, situación que no sucedería en el escenario en el cual los daños punitivos o ejemplarizantes no fueran reconocidos (Friedman, 1998).

Entonces, si las personas fueran libres al momento de decidir entre emprender una actividad o no, pagando los costes de llevarla a cabo, incluyendo los accidentes que eventualmente pudiera llegar

a causar, decidirían realizar actividades menos arriesgadas, o, más seguras. De lo contrario, si los precios de desplegar una conducta o de realizar determinada actividad no reflejaran o incluyeran los costos de los accidentes, las personas continuarían realizando actividades riesgosas (Calabresi, 1984).

Conforme a lo anterior, existiendo los daños punitivos, sería mucho más eficiente desde el AED la realización de conductas que se adecúen a los estándares sociales, lo cual, incentivará además la función preventiva de la responsabilidad civil en la medida en que sería mucho más eficiente evitar la comisión de una conducta dolosa o gravemente culposa, que realizarla en la medida en que ya no habrá beneficios como consecuencia de una decisión tomada por el agente dañador (Shavell, 2004).

En el caso de las víctimas o de las personas afectadas por los daños, los daños punitivos contribuyen a que existan más motivos e incentivos (Shavell, 2004) para iniciar procesos judiciales en la medida en que también habrán más incentivos para sancionar a aquellas personas que han incurrido en los comportamientos descritos (Friedman, 1998).

En consecuencia, la decisión de imponer una multa o sanción a título de daños punitivos tiene a desincentivar determinadas actuaciones e incentiva la asunción de los costes de la conducta de las personas que han realizado actuaciones dolosas o gravemente culposas (Visscher, 2009).

Lo anterior evidencia que el reconocimiento de los daños punitivos en nuestro ordenamiento jurídico, sería una medida que desde un análisis económico, ayudaría a resolver las fallas del mercado que podrían llegarse a presentar, particularmente el problema de las externalidades negativas en la medida en que los impactos perjudiciales que acarrea la conducta de una persona,

podrían verse asumidos por los mismos causantes del daño cuando las actividades que realicen revistan de dolo o culpa grave.

Así pues, con la implementación de los daños punitivos se estarían evitando las decisiones en las cuales las personas prefieren realizar una conducta antijurídica porque los beneficios esperados van a ser mayores que el costo del daño y se estaría asumiendo el mismo por parte del causante, de forma tal que su conducta no le reporte los beneficios suficientes como para tomar medidas que no eviten el daño y continuar con el despliegue de sus actividades hasta el momento en que sea condenado.

De acuerdo con Steven Shavell, el efecto pretendido por los daños punitivos, se lograría cuando la sanción impuesta al causante de un daño, lograra exceder la utilidad o los beneficios que obtuvo el agente dañador al momento de la comisión del mismo (Shavell, 2004)

Realizando un análisis de las sanciones desde la eficiencia, se podría llegar a concluir que por un lado, se lograría que los comportamientos de los individuos de una sociedad se adecúen a los estándares de comportamiento existentes evitando la obtención de beneficios como consecuencia del daño que se le causado a otro. Por otro lado, el reconocimiento de los daños ejemplarizantes, generaría también incentivos para que aquellas personas que se han visto afectadas o dañadas por una conducta dolosa o gravemente culposa, accedan a la administración de justicia con el fin de que al causante de dicho perjuicio sea sancionado a título de daños punitivos, además de la condena al pago de la indemnización de perjuicios, de forma tal que esa persona, probablemente, no vuelva a incurrir en la misma conducta y que además, se logre disuadir a los demás miembros de la sociedad para que se abstengan de desplegar comportamientos similares.

En conclusión, el estudio de los daños punitivos desde el AED, es un argumento más para justificar el reconocimiento de los daños punitivos en nuestro ordenamiento jurídico pues desde una perspectiva económica, en estricto sentido desde el análisis de la eficiencia, permite concluir que las actuaciones deseables en una sociedad son aquellas en las cuales el causante de un daño evite la comisión del mismo, sin pensar en los beneficios que estaría dejando de recibir como consecuencia de la conducta realizada, y también lo son aquellas en las cuales las víctimas de dichas actuaciones tengan la posibilidad de acceder a la administración de justicia con el fin de que se interponga una sanción y se genere un efecto disuasorio y preventivo no sólo respecto del causante del daño, sino también de toda la sociedad.

## **VIII. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

La función reparatoria o indemnizatoria ha sido considerada en su mayoría como la única función de la responsabilidad civil (Jaramillo, 2013), en la medida en que una vez un daño es causado, se debe reparar íntegramente a la víctima del mismo para que, en la medida de lo posible, vuelva a la situación en la que se encontraba antes del daño (Henao, 1998).

Sin embargo, a pesar de que la corriente doctrinaria mayoritaria sostiene que la función reparatoria o indemnizatoria de la responsabilidad prima ante las demás, es erróneo afirmar que dicha función es absoluta, pues a pesar de todo, también se ha aceptado la existencia de otras funciones, para algunos secundarias o accesorias a la indemnización de perjuicios o para otros complementarias a la misma. Al respecto, Aida Kemelmajer de Carlucci<sup>14</sup>, citada por Carlos

---

<sup>14</sup> Autores como Aida Kemelmajer De Carlucci, Guido Alpa, Massina Estrella Gutiérrez, Gustavo Ordoqui y Ricardo Luis Lorenzetti citados en el libro “Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado” de Carlos Ignacio Jaramillo, son grandes exponentes que evidencian que la responsabilidad civil no sólo cumple una función compensatoria o indemnizatoria, sino que cumple otras funciones como la sancionatoria, la preventiva, la garantía de

Ignacio Jaramillo en su libro los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado, sostiene que también son funciones de la responsabilidad civil la demarcatoria que marca los límites entre la libertad y los derechos de una persona, la vindicatoria así el daño no se haya causado, la preventiva, la sancionatoria, la compensatoria, la distributiva y la función de garantía de los derechos del ciudadano (Jaramillo, 2013).

En este sentido, si se pensara que la única función de la responsabilidad civil es la reparación y si la misma fuera suficiente para garantizar la efectividad de los derechos de las personas que han sufrido un daño, propuestas como la que justifica los daños punitivos no tendrían sentido en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, debido a que la responsabilidad civil tiene otras funciones, los daños punitivos son una herramienta que resulta útil y necesaria para dar cumplimiento a las mismas.

Así las cosas, no puede perderse de vista que la responsabilidad no cumple sólo una función reparatoria, sino que es posible que la misma esté rodeada de múltiples funciones las cuales conllevan a concluir que dentro de la responsabilidad civil, existen fundamentos suficientes para afirmar que la misma va más allá de la idea de la reparación integral (Jaramillo, 2013).

Edgardo López Herrera aborda el tema de las funciones de la responsabilidad relacionado con los daños punitivos y afirma tal y como yo lo creo, que *“La responsabilidad civil no siempre tiene una exclusiva finalidad compensatoria. Los daños punitivos demuestran que también puede tener objetivos preventivos y sancionatorios a la vez”* (López Herrera, 2008).

---

los derechos de los ciudadanos, la distributiva, la función económica del derecho de daños a partir de la eficiencia y pretende también fungir como instrumento de regulación social (Jaramillo, 2013).

Al respecto, Sergio Rojas Quiñones afirma que *“(…) en la actualidad, resulta anacrónico, a la par que inadecuado, mantenerse irreflexivamente 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, aboga por una responsabilidad cuya intervención no se margine solamente en la fase ulterior al daño, sino también a la anterior, por virtud de la prevención y la disuasión”* (Rojas, 2014).

En consecuencia, considero que no existe alguna función de la responsabilidad civil que sea más importante que otra, en la medida en que las mismas deberían ser armónicas y complementarse entre ellas de forma tal que cada una, en un momento determinado pueda cumplir con la finalidad para la cual fue creada.

Por tal motivo, entendiendo que los Daños Punitivos evidencian claramente la integración de las funciones de la responsabilidad civil dentro de cada ordenamiento jurídico, expondré las cuatro funciones que, a mi juicio, son el fundamento de la responsabilidad civil, sin desconocer en ningún momento que podrían reconocerse otras adicionales. En esta medida expondré en primer lugar la función reparatoria de la responsabilidad civil la cual tiene su lugar una vez un daño ha sido causado, posteriormente me referiré a la prevención y a su importancia en el derecho de daños, seguidamente abordaré la función sancionatoria la cual es propia de una figura como la que se está estudiando, y por último me referiré a la solidaridad.

## a. Reparación

La función reparatoria de la responsabilidad civil es aquella que tiene mayor prevalencia en los ordenamientos jurídicos particularmente de tradición romano-germánica, motivo por el cual, de forma general es la que mayor influencia ha tenido en el derecho nacional.

Actualmente, el énfasis que se le ha hecho a la reparación integral y la importancia que han tenido las víctimas en el ordenamiento colombiano, permite concluir que de la misma forma que en países como Francia (Borghetti, 2009), Alemania (Rademacher, 2009) y España (del Olmo, 2009), la función reparatoria y/o indemnizatoria prevalece en el derecho de daños, aunque no por ello deba entenderse como la única función de la responsabilidad civil.

Brevemente, esta función consiste en que se debe indemnizar a una persona que sufrió un daño para que ésta vuelva, en la medida de lo posible, al estado anterior al mismo. Es decir que se busca que la víctima llegue a la misma posición en que se encontraba como si el daño no hubiera ocurrido o al menos, que quede en la situación más próxima a este estado. Esto es lo que se ha entendido como reparación integral (Henao, 1998).

De acuerdo con el tratadista Juan Carlos Henao, *“Dicho de otra manera, se puede afirmar que “se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño, o, en palabras de la Corte Constitucional “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, más no puede superar ese límite”*<sup>15</sup> (C-197 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell, 1993) y su justificación se encuentra en que *“si el daño se indemniza por*

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-197 del 20 de mayo de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell



*encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento”* (Henaó, 1998).

Así las cosas, puede concluirse que la función reparatoria incluso hoy, cuando el debate por determinar cuáles son las funciones de la responsabilidad civil está vigente, todavía se considera que prima en nuestro ordenamiento, dejando de lado las demás que no son menos importantes y que, finalmente, la complementan.

### **b. Prevención**

El carácter preventivo de la responsabilidad civil, tal vez sea la función más eficiente y útil cuando de daños se trata, pues a través de la prevención no debe esperarse a que se haya causado un daño para tener que repararlo, sino que, de forma anterior al despliegue de una conducta potencialmente dañosa, se puede desincentivar su comisión o se puede concientizar a las personas acerca de determinados comportamientos que no deben repetirse o que así no hayan sido realizados aún, bajo ninguna circunstancia debieran ejecutarse, con el objetivo de evitar que un daño se cause (Tamayo, 2010).

Se justifica tanto su aplicación ya que *“(…) resulta ilógico que se dirijan los mayores esfuerzos a una tarea que es más costosa y menos beneficiosa que la prevención: “es difícil aceptar un sistema que indemnice perfectamente a todos los afectados en los accidentes una vez que se hayan producido y, en cambio no se haga nada para evitarlo”, La prevención en palabras del*

*profesor CALABRESI es “la idea clave. Con ella se obliga a la gente a emprender caminos seguros y mejorar su situación a pesar de ellas mismas” (Buitrago, 2007)”.*

Así las cosas, si la responsabilidad civil se fijara un poco más en la función preventiva y no sólo en la reparatoria que tiene como presupuesto la efectiva causación de un daño, podrían evitarse los perjuicios sufridos por muchas personas en la medida en que desde antes de que se realice la conducta que los generaría, se podría desincentivar su comisión, de forma tal que se lograra actuar con anterioridad al daño de forma eficiente evitándolo (Calabresi, 1984).

Al respecto, Carlos Ignacio Jaramillo en su obra Los deberes de evitar y mitigar el daño, resalta lo siguiente:

*“De ahí que si bien la mitigación del perjuicio resulta abierta y explícitamente aconsejable, lo será más que no aflore siquiera, cobrando una mayor trascendencia la evitación, que la misma atenuación, en estricto sentido, pues aunque la mitigación es de pleno recibo, y ella igualmente responde a la estructura de un prototípico deber de conducta, la evitación se remonta al daño y tiene la virtualidad, cabalmente asimilada, de inhibir su producción, recta vía, con diáfanos e innúmeros beneficios, razón por la cual trasciende y neutraliza” (Jaramillo, 2013).*

Esta función, como se dijo, en nuestro ordenamiento no ha tenido fuerte desarrollo, no obstante, en otros países, en los últimos años, ha recobrado su importancia. En Europa, por ejemplo, en materia ambiental, se ha implementado de forma tal que los esfuerzos por la prevención de daños son tan grandes que no es necesario esperar a que ocurra un daño para actuar e indemnizar a la víctima, sino que desde un inicio se pueden llevar a cabo medidas que eviten o prevengan la causación de un daño en eventos futuros. De esta forma, se tienen incentivos para que las

compañías asuman los costes de los daños que producen, inviertan en la prevención de los daños o incluyan aquellos costos generados por la prevención y por la mitigación de los daños que pudieran llegar a causar, en sus costos de producción, y en este sentido, se abstengan de realizar o de continuar realizando conductas que puedan resultar dañosas (Ruda, 2005).

En consecuencia, no podría ser más cierta la afirmación de Jorge Mosset Iturraspe, según la cual, el autor considera que *“El más reciente Derecho de Daños aspira a la prevención, a la evitación antes que a la reparación. Es la actuación del Derecho ex ante, mucho más conveniente que la presencia ex post”* (Mosset Iturraspe, 2004).

Así las cosas, bajo el derecho colombiano, la función preventiva de la responsabilidad debería estar dotada de mayor relevancia, en la medida en que con la misma se podrían evitar actuaciones capaces de infligir daños a otras personas, pues *“ni siquiera la más perfecta indemnización es capaz de erradicar la realidad histórica del daño”* (Rojas, 2014).

Lo anterior, es una muestra latente de la necesidad y de la utilidad que la prevención del daño le podría brindar a las instituciones de responsabilidad civil propias del derecho colombiano, más aun si se tiene en cuenta que dicha función no es ajena a nuestro ordenamiento, en la medida en que la legislación colombiana, desde años atrás, ha reconocido en los artículos 988, 992, 993 del Código Civil las acciones posesorias y en el 2359 la acción en casos de amenaza contingente, en el artículo 377 del Código General del Proceso se desarrollan las reglas de los procesos posesorios y en el 588 y siguientes se consagran las medidas cautelares, en la Ley 472 de 1998 se regula el ejercicio de las acciones constitucionales populares y de grupo y en el artículos 86 de la Constitución Política se consagra la acción de tutela, como manifestaciones preventivas que tiene como objetivo principal evitar que se materialice un daño.

### c. Sanción

La función sancionatoria, no resulta tampoco ajena a la responsabilidad civil, pues desde sus inicios imperó como principio fundante de la misma y su desconocimiento acarrearía el desconocimiento de la historia misma de lo que hoy es la responsabilidad y sus características pues *“En su forma más primigenia, esta [la responsabilidad] se encargaba de la sanción o castigo entendido como respuesta al perjuicio sufrido (...)”* (Rojas, 2014).

A diferencia de la función preventiva que opera antes de que el daño ocurra, o del principio de reparación que responde al daño sufrido por la víctima como consecuencia de una conducta antijurídica, la función sancionatoria pretende castigar a aquella persona que ha actuado de forma dolosa o que ha incurrido en culpa grave para que se abstenga de realizar una acción u omisión similar en el futuro, de forma tal que adecúe sus comportamientos a los estándares sociales con la final de no causar daños a otros cuando se es consciente de los mismos, cuando se desea hacerlo o cuando se dan circunstancias para que la actuación sea maliciosa o injuriosa (Rojas, 2014).

El objetivo fundamental de la función sancionatoria es el de ser ejemplarizante, es decir, que impacte lo suficiente al causante del daño como para no repetir su conducta una vez más y también para que el reproche a la acción u omisión realizada sirva como desincentivo de conductas dañosas para toda la sociedad (Rojas, 2014).

Por último, debo decir que esta función tampoco es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que la legislación colombiana, desde años atrás, ha reconocido para casos particulares,

sanciones, las cuales están consagradas en los artículos 737, 997, 1005, 1288, 1592, 1594, 1616 y 1824 del Código Civil y los artículos 884 y 1058 del Código de Comercio<sup>16</sup>.

#### **d. Solidaridad**

Por último, está el principio de solidaridad, que considero es vital y transversal a los demás criterios ya señalados, y que implica que la responsabilidad civil también tenga una función solidaria.

Si bien no ha sido altamente desarrollado en nuestro sistema de responsabilidad civil, lo que se busca con este principio y función es que cada individuo que conforma una sociedad, tenga en cuenta la existencia de los demás y adecúe sus comportamientos a parámetros sociales determinados (Ospina, 2015).

El ideal, es que cada persona se comportara pensando en los otros de manera que no incurriera en acciones y omisiones antijurídicas que causaran daños. Sin embargo, en el mundo actual y en la sociedad colombiana, es claro que, para muchos, lo realmente importante es la existencia de sí mismo y su bienestar personal, sin importar cómo se puedan ver afectados los demás.

Por ello, el reconocimiento de los daños punitivos también es una invitación a pensar en la solidaridad como un deber jurídico o una obligación y no sólo como un mero acto de liberalidad o de altruismo (Ospina, 2015) frente a los demás, de forma tal que incentive el ajuste de las

---

<sup>16</sup> Estos artículos son un ejemplo de sanciones en los casos en que se usa una materia sin conocimiento del daño; se derrama agua sobre otro predio por negligencia; cuando el legatario sustrae objetos de la sucesión; la cláusula penal y la pena por mora; cuando el deudor incurre en dolo, cuando se ocultan de bienes del haber social y cuando se impone una sanción por reticencia en el contrato de seguro.

actuaciones de las personas a patrones de comportamiento existentes en la sociedad que propendan porque no se causen daños, siendo ello útil también como una forma de prevención de conductas antijurídicas, y de castigo, en caso de su comisión.

### **e. Conclusión**

Habiendo analizado lo anterior, puede concluirse que las funciones de la responsabilidad no sólo se limitan al momento en el cual un daño ha sido causado y se va a proceder a indemnizar a la víctima como consecuencia del mismo, sino que, es necesario aceptar que la responsabilidad civil que conocemos incluye otras funciones igual de importantes a la reparatoria, que además de ser complementarias, permiten alcanzar otros objetivos que son también deseables en una sociedad.

Si bien es clara la necesidad de indemnizar integralmente un daño que ya ha sido causado, es mucho más acertado pensar que puede implementarse ampliamente una función preventiva de la responsabilidad en la cual, se haga énfasis en la importancia de enfrentar ciertas actividades o comportamientos que no deben ser desplegados por los impactos negativos que los mismos pudieran generar en la sociedad.

Así mismo, a través de la función sancionatoria, que cobra relevancia una vez se ha causado el daño, al castigar las conductas dañosas, se busca evitar que las mismas sean cometidas nuevamente, generando efectos disuasorios que no sólo repercuten en el agente dañador sino también en la sociedad en general.

Ahora bien, como se ha propuesto, una forma de integrar las cuatro funciones de la responsabilidad descritas, se consigue a través de la consagración en nuestro ordenamiento

jurídico de la figura de los daños punitivos pues su imposición conlleva un efecto preventivo y sancionatorio que complementa la indemnización o reparación integral de perjuicios de la que es titular la víctima del daño causado. A través de esta figura se busca impedir que situaciones que causan daños y otras similares ocurran nuevamente y se rechaza de una manera más significativa la conducta inadecuada que ya ha sido desplegada por el agente dañador. Todo lo cual tiende a promover el deber jurídico de solidaridad que se tiene respecto de los demás seres humanos con quienes se convive en sociedad.

## **IX. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y SU RELACIÓN CON LOS DAÑOS PUNITIVOS**

En este capítulo expondré cómo desde el ordenamiento jurídico colombiano, el sistema de responsabilidad y las instituciones existentes, existen elementos y herramientas con base en las cuales es procedente que se reconozcan e incluyan en nuestro ordenamiento la figura de los daños punitivos en algunos eventos, como más adelante lo expondré.

### **a. Constitución Política de Colombia**

El artículo 1 de la Constitución Política de Colombia establece:

*“ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* (Resaltado fuera de texto).

Así pues, la misma Carta Política colombiana determina que el Estado colombiano se funda en la solidaridad y en la prevalencia del interés general, principios que son armónicos con el fundamento de los daños punitivos, pues su finalidad última es generar un impacto en la sociedad para que de esta forma, se mitigue la realización de comportamientos de forma dolosa o gravemente culposa y para que las conductas de las personas se adecúen a estándares sociales de comportamiento adecuados, como una forma de prevenir los daños y garantizar un mayor bienestar a la sociedad en general.

De la misma forma, el artículo 2 de la Carta consagra los fines del Estado de la siguiente forma:

*“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*

Es clara la forma en la que la Constitución determina que se debe promover la prosperidad general y la garantía de los derechos y deberes consagrados en la misma, de manera que puede entenderse que la introducción de los daños punitivos en el derecho colombiano, contribuye a promover la prosperidad general, porque como ya se dijo, su finalidad última es lograr incentivar



de forma positiva el comportamiento de las personas para que éstas dejen de realizar conductas antijurídicas, en especial aquellas dolosas o gravemente culposas que como consecuencia, causen un daño grave a otros particulares y de esta forma, se podrá garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución al generar un impacto positivo en la sociedad (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014).

Adicionalmente, llama la atención el último inciso del artículo citado, pues las autoridades, dentro de las cuales se encuentran los Jueces de la República, deben proteger a las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades, los cuales, a diario se ven afectados por los daños derivados de conductas intencionales, maliciosas, graves, dolosas, deliberadas. Ahora, esa situación se mitigaría o evitaría si se reconocen los daños punitivos en nuestro ordenamiento de una manera más efectiva, en virtud de la función de disuasión que éstos conllevan, toda vez con el sistema actual de responsabilidad civil, con un marcado carácter reparatorio y/o compensatorio, se dejan de lado, sin que haya motivo para ello, otras órbitas de protección en pro no sólo de la víctima que ha sufrido ese daño, sino también de toda la sociedad.

Así pues, teniendo en cuenta las disposiciones de la Constitución de 1991, puede concluirse que la figura de los daños punitivos no es ajena a los postulados constitucionales sino que por el contrario contribuiría en gran medida a desarrollar y poner en práctica los principios y finalidades del Estado colombiano, adecuándose esta figura de manera armónica con nuestra Carta Política.

## **b. Código Civil**

La ley 57 de 1887, más conocida como el Código Civil Colombiano, regula entre otros temas, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual de forma tal que sus

disposiciones se adecúan a diferentes supuestos que pueden ocurrir en la cotidianidad, para que las mismas sean aplicables.

Algunas disposiciones de este Código involucran una sanción como consecuencia del actuar del agente dañador, en escenarios tanto de responsabilidad civil contractual como de responsabilidad civil extracontractual, lo cual ha llevado a la discusión de si las mismas podrían o no asemejarse a los daños punitivos porque al exceder los límites de la indemnización correspondiente al daño, se estaría sancionado una conducta y por ende, implícitamente se estarían reconociendo (Borghetti, 2009).

No obstante, a pesar de que no comparto dicha, porque para que los daños punitivos sean aplicados se requiere del cumplimiento de ciertos requisitos, particularmente, la existencia de un daño antijurídico en el cual la conducta desplegada sea dolosa o gravemente culposa, lo cual diferencia esa especie de las sanciones de una sanción ejemplarizante (Wilcox, 2009), considero que el hecho de que existan artículos sancionatorios en el Código Civil, es evidencia contundente de la función sancionatoria de la responsabilidad civil, pero además demuestra que si ya existen eventos en los cuales se sanciona la conducta antijurídica además de la reparación que de la misma deba hacer el causante, no habría en nuestro ordenamiento en realidad un impedimento para que se implementaran los daños punitivos, pues se puede ver cómo sanciones de este tipo no son incompatibles con el sistema jurídico existente.

Así las cosas, citaré los dos ejemplos que para mí son los más representativos de las sanciones que pueden interponerse bajo el Código Civil.

Por un lado, el artículo 997 consagra lo siguiente:

**“ARTICULO 997. PERJUICIOS POR DERRAME DE AGUAS.** 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**” (Resaltado fuera de texto)

Este artículo autoriza que en caso de que ocurran perjuicios como consecuencia del derrame de aguas del predio vecino de manera reincidente, se le deberá pagar el doble del perjuicio al afectado, lo cual demuestra que existen casos en los cuales la indemnización de perjuicios que el causante de un daño debe a la víctima del mismo, no siempre corresponde exactamente al daño causado.

Por otro lado, en cuanto a la sustracción de bienes de la sucesión, el Código Civil sostiene lo siguiente:

**“ARTICULO 1288. EFECTOS DE LA SUSTRACCION DE BIENES SUCESORALES.** (...) 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**” (Resaltado fuera de texto)

En este caso, cuando se está ante la sustracción de bienes que no son suyos por parte de un legatario, éste deberá restituir el duplo, lo cual es un claro ejemplo de que no debe devolver exactamente aquellos bienes que anteriormente sustrajo, siendo otro ejemplo en el cual, la reparación no se extiende únicamente a la indemnización del perjuicio en su cantidad exacta, sino que es posible que la misma incluso se vea duplicada.

En consecuencia, los anteriores ejemplos dan cuenta de que la imposición de sanciones por el desarrollo de determinadas conductas, en materia civil principalmente, no es ajena al ordenamiento jurídico colombiano ni tampoco es un impedimento para la implementación de los daños punitivos en Colombia. Por el contrario, la posibilidad de imponer sanciones en el sistema de responsabilidad civil existente, como consecuencia de un actuar determinado, no sólo evidencia que las funciones de la responsabilidad civil van más allá de la reparación integral a la víctima, sino que demuestran que es posible que existan figuras de carácter sancionatorio tales como los daños punitivos en nuestro derecho nacional.

### **c. Jurisprudencia**

Como se ha mencionado, en el contexto colombiano, no ha habido pronunciamientos de fondo acerca de los daños punitivos, como tampoco legislación positiva al respecto.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, a pesar de que no ha analizado a fondo esta figura y su real posibilidad de inclusión en el derecho colombiano, ha hecho mención a la misma de la siguiente forma.

#### **i. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.**

Esta sentencia tuvo su origen en la demanda de constitucionalidad al artículo 97 de la Ley 599 de 2000 por la cual se expidió el Código Penal Colombiano, por considerar que se vulneraban los artículos 13, 58, 228 y 250.1 de la Constitución Política porque la imposición de un tope a la indemnización de perjuicios que pudiera recibir la víctima de una actuación penal, podía llegar a ser irrazonable y desigual si el perjuicio fuera superior.

El artículo en mención determina que en un proceso penal, el daño que se cause como consecuencia de una conducta punible, podrá ser indemnizado con una suma equivalente hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si bien el tema que se está abordando no corresponde al área penal ni tampoco se relaciona directamente con el incidente de reparación integral en ese proceso, sí es importante para el estudio de los daños punitivos las consideraciones que hizo la Corte Constitucional acerca de la reparación integral y de la configuración legislativa que tiene el congreso en relación con los daños que se causen a una persona.

Al respecto, la Corte Constitucional afirmó lo siguiente:

*“7.2. La Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados, para que se entienda que ha habido una indemnización integral. Tampoco prohíbe que se indemnice cierto tipo de daños. Se limita a reconocer que las víctimas y perjudicados por un hecho punible tienen derecho a la reparación, mediante “la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito” (artículo 250, numeral 1, CP).*

*Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden*

*consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados”* (Resaltado fuera de texto).

Además, la anterior afirmación la reiteró la Corte Constitucional en la Sentencia C-1008 de 2010 que tuvo como Magistrado Ponente a Luis Ernesto Vargas Silva, en la cual, se demandó el artículo 1616<sup>17</sup> del Código Civil por considerar que vulneraba los artículos 1, 2, 13, 58, 228, y 250.1 de la Constitución Política al impedir que operara la reparación integral en estricto sentido al tratar diferente una conducta cuando fuera realizada con o sin dolo.

El artículo del Código Civil demandado dispone que si no se puede imputar dolo al deudor, sólo responderá por los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, pero si hay dolo, responderá de todos los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación.

Así pues, en esta misma sentencia, la Corte Constitucional además de reiterar sus consideraciones en cuanto a la configuración legislativa del Congreso de la República del legislador desarrollada en la Sentencia C-916 de 2002, también afirmó que:

*“En desarrollo de su potestad de configuración el legislador puede así mismo, fijar las reglas especiales que considere convenientes, necesarias y adecuadas para establecer y cuantificar la responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual, preservando en ello el derecho a la autonomía individual de los contratantes.*

---

<sup>17</sup> Código Civil. Art 1616: 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.

5.4. Este criterio fue reiterado, también en materia extracontractual, a propósito de una sentencia proferida en relación con la expresión “reparación integral” contenida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de la responsabilidad estatal. No obstante que sobre esta específica acusación se produjo fallo inhibitorio, la Corte ratificó que:

*“(…) Si como lo ha sostenido la Corte, **el derecho a la reparación es un derecho regulable y materia de configuración legislativa**<sup>18</sup>, el escenario adecuado para debatir sobre la forma como tiene que aplicarse el sistema de reparación a favor de las víctimas y afectados es el Congreso de la República y no la Corte Constitucional.*

*(…)*

*Así, teniendo en cuenta que el asunto estudiado se enmarca dentro de las materias que hacen parte de la libertad de configuración política, y que no existen verdaderas razones de índole constitucional para cuestionar el principio de responsabilidad patrimonial del Estado y la decisión del Congreso de incluir el concepto de reparación integral y equidad como sistemas de indemnización, la posibilidad de adelantar un juicio de límites y juzgar la potencial inconstitucionalidad del precepto resulta del todo improcedente”<sup>19</sup>(Se destaca)”*

De lo anterior, puede concluirse que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano y los pronunciamientos de la Corte Constitucional anteriormente citados, los daños punitivos no solo no están prohibidos bajo la óptica del derecho interno, sino que, éstos pueden ser implementados en cualquier momento por el legislador como complemento a la reparación integral, confirmando

---

<sup>18</sup> Citado entre otras, la Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa proferida por la Corte Constitucional.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-965 del 21 de octubre de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil

que estos resultan armónicos y compatibles con las instituciones y la práctica del derecho colombiano, ya que de lo contrario, no podrían ser objeto de eventual configuración legislativa por no resultar acordes al sistema de derecho y responsabilidad civil existente.

#### **d. Doctrina**

Colombia no es ajena a la discusión en cuanto a la existencia de los daños punitivos que se ha planteado en otros países y aunque hasta ahora no es una herramienta implementada, ha tenido sus seguidores y sus detractores como sucede a lo largo del mundo.

El profesor Juan Carlos Henao por ejemplo, considera que los daños punitivos son una figura que no debería ser reconocida bajo el derecho colombiano en la medida en que atenta contra la reparación integral porque se estaría enriqueciendo a la víctima, entre otros motivos (Henao, 1998). Igualmente, Enrique Gil Botero, en el salvamento de voto realizado a la Sentencia del 13 de abril de 2011<sup>20</sup> proferida por el Consejo de Estado afirmó que *“esa línea jurisprudencial refleja una función sancionatoria en cabeza de la responsabilidad que, al menos en el derecho colombiano no ostenta, debido a nuestro sistema de raigambre europeo-continental, pues está proscrito el daño punitivo”*.

En efecto, como se explicó anteriormente, el reconocimiento de los daños punitivos no atenta contra la reparación integral y evidencia, por el contrario a lo que afirman quienes son críticos de la figura, que la responsabilidad civil tiene otras funciones como la sancionatoria o la preventiva.

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 13 de abril de 2011. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad: 66001-23-31-000-1998-00626-01 (20220). Salvamento de voto de Enrique Gil Botero.



Estas posiciones distan de la apreciación que al respecto han hecho diferentes profesores como por ejemplo Javier Tamayo Jaramillo (Tamayo, 2010), Sergio Rojas Quiñones (Rojas, 2014), Jesús Alberto Buitrago Duque (Buitrago, 2007), entre otros, los cuales consideran que a la luz del derecho colombiano y de los principios de la responsabilidad civil, podría implementarse la figura de los daños punitivos sin que la misma sea contraria al ordenamiento jurídico o sin que vulnere la Constitución, los códigos o las leyes que rigen nuestro derecho, pues a través de ésta se pueden lograr diferentes efectos deseados en una sociedad tales como prevenir la comisión de determinadas conductas, sancionar las conductas más graves e incentivar comportamientos adecuados (Rojas, 2014).

Al respecto, Javier Tamayo Jaramillo en su Tratado de Responsabilidad Civil sostiene que la figura de los daños punitivos, *“bajo ciertas condiciones tendría un buen efecto preventivo del daño”*. En este sentido, continúa su afirmación con lo siguiente:

*“En efecto, en no pocas oportunidades, los individuos, conscientes de la lentitud de la justicia, o de la inexistencia de daños indemnizables, olímpicamente desconocen sus deberes legales y sus obligaciones contractuales, lo que genera un enorme desequilibrio jurídico. Por ello, creemos que cuando el daño es ínfimo o inexistente, pero el juez advierte el descaro con que el demandado ha actuado mortificando a la víctima, sería conveniente una indemnización ejemplarizante a favor del perjudicado. Solo en esa forma se podría conseguir un adecuado comportamiento de los ciudadanos. Desde luego, nunca sería recomendable el otorgamiento de sumas fabulosas como lo hacen los tribunales norteamericanos”* (Tamayo, 2010).

En este sentido, mi propuesta se adecúa a aquellos postulados que sostienen que es posible la implementación de esta figura en la medida en que como se ha ilustrado a lo largo de esta monografía, los daños punitivos están en armonía con nuestro ordenamiento jurídico y no dista de las instituciones de daños ya existentes.

## **X. IMPLEMENTACIÓN DE LA FIGURA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

### **a. Reconocimiento de los Daños Punitivos en el ordenamiento jurídico colombiano**

Para concluir finalmente la investigación realizada y proceder a la propuesta por medio de la cual se sostiene que el reconocimiento de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico colombiano es necesario y resulta útil para el derecho de daños existente, es importante resaltar que aun hoy, siglos después desde que se implementó por primera vez la figura en el ordenamiento inglés, sigue siendo un tema controversial entre abogados, jueces, legisladores y académicos.

No obstante, la propuesta que a continuación se planteará no ha nacido en vano debido a que no sólo se ha abordado la actualidad del sistema de responsabilidad civil existente en Colombia, sino que también nos remontamos al inicio de la figura y a su aplicación, así como a desvirtuar la oposición que ha tenido en distintos ordenamientos jurídicos del mundo, con lo cual se justifica su consagración y reconocimiento, al igual que ocurrió con los casos más emblemáticos en los cuales se condenó al pago de este tipo de daños que han abogado a favor de su reconocimiento y su posterior implementación.

En este sentido, los daños ejemplarizantes reconocidos en Inglaterra, Estados Unidos, Sudáfrica y Canadá sirven como claros ejemplos acerca de la necesidad y beneficios del reconocimiento de los daños punitivos, pues a pesar de las diferencias que puedan tener, comparten la esencia de la figura de la imposición de una sanción a una persona que ha infringido un perjuicio a otra persona, cuando la conducta desplegada ha sido dolosa o gravemente culposa (Wilcox, 2009), (Sebok, 2009), (Neethling, 2009).

A pesar de las particulares que reviste la figura en cada uno de los ordenamientos jurídicos en las cuales la misma es reconocida, haré especial referencia al caso argentino, pues desvirtúa completamente todos aquellos argumentos que sostienen que una figura propia del *common law* no puede ser aplicada en ordenamientos jurídicos que han seguido una tradición jurídica continental y porque además, por la similitudes que comparte con el derecho colombiano, resulta preciso para respaldar los argumentos sobre la necesidad de su reconocimiento en nuestro ordenamiento.

Ahora, en cuanto a los casos emblemáticos explicados o enunciados, brevemente debo resaltar que con ellos se demuestra la necesidad de la implementación de la figura de los daños punitivos, pues los mismos comparten el común denominador de que se castiguen conductas malintencionadas, dolosas o gravemente culposas, que aun así, deliberadamente se deciden realizar teniendo conocimiento de las consecuencias o del impacto que podrían llegar a causar. Dichas conductas podrían verse reducidas si se consagra una sanción a las mismas, la cual además de cumplir con su función punitiva, también tendría una función disuasoria para que el causante del daño no lo vuelva a cometer y para que el resto de la sociedad se abstenga de la realización de conductas similares que atentan gravemente contra los demás.

El reconocimiento de los daños punitivos no sólo está respaldado por la experiencia que se ha tenido en los países en que los mismos son reconocidos sino que también se sustenta en el Análisis Económico del Derecho en la medida en que el comportamiento más eficiente será aquel que evite la causación de daños, pues el despliegue de actividades dolosas o gravemente culposas generará ineficiencias en la medida en que una sanción puede resultar mucho más alta que los beneficios o las ganancias obtenidas con la realización de la conducta (Visscher, 2009). De esta forma, los daños punitivos ayudarían a desincentivar conductas que son reprochables en el sentido en que las mismas no se ajustan a los parámetros sociales de comportamiento y servirían como una medida para corregir las fallas que pueden presentarse en el mercado como las externalidades negativas, pues en este escenario, el causante del daño las estaría internalizando en el momento en que deba asumir la sanción impuesta como consecuencia de su comportamiento (Shavell, 2004).

Por último, después de analizar el estado de cosas del ordenamiento jurídico colombiano, se concluye que no hay motivo alguno para oponerse al reconocimiento de los daños punitivos en la medida en que esta figura se implementaría respetando los parámetros constitucionales, las normas, principios, y sistema de responsabilidad civil existente, motivo por el cual, no se evidencian contradicciones entre los daños punitivos y los códigos y las leyes que rigen nuestro derecho, sino que, por el contrario, su reconocimiento e implementación resultaría armónico con el ordenamiento jurídico colombiano y principalmente con la legislación civil.

## **b. Finalidad de la figura y funciones de la responsabilidad civil**

En cuanto a las funciones de la responsabilidad civil, debo decir que a mi juicio, los daños punitivos permiten su desarrollo de forma exponencial, pues no sólo se trata de reparar de forma integral a la víctima de un daño, sino también de sancionar al causante del mismo cuando éste haya causado e daño con dolo o culpa grave<sup>21</sup> por tratarse de las conductas más groseras, de manera que se cumpla también con la función sancionatoria y la función preventiva, que no se dirige únicamente al causante, sino también a toda la sociedad.

Así es que las funciones preventiva, sancionatoria y solidaria complementan perfectamente la reparación integral, ya que no se limitan sólo al momento posterior a la causación de un daño en el que se compensa a la víctima por los perjuicios infligidos, sino que permiten generar fuertes impactos antes y después del despliegue de dichas conductas, ya que se pretende que la sanción que se imponga a título de daños punitivos sea tal que no sólo el causante del daño se abstenga de realizar la conducta nuevamente, sino que la misma sea un ejemplo para que el resto de la sociedad evite la realización de un comportamiento similar.

## **c. Daños Punitivos como medida complementaria a la reparación integral**

Así las cosas, mi propuesta se encamina al reconocimiento de una figura que comparta las siguientes características:

---

<sup>21</sup> Como también se ha entendido en otros ordenamientos, las conductas antijurídicas que justifiquen la existencia de una sanción a título de daños punitivos deben ser aquellas que resulten más groseras o gravosas, debido a que su aplicación está reservada para casos excepcionales en los cuales haya intencionalidad, deliberalidad o malicia al momento de realizar determinada conducta. Para efectos de la propuesta que pretendo realizar, las conductas más groseras son las dolosas o las gravemente culposas. Este sería además otro de los casos en los cuales, los efectos del dolo y la culpa grave se equiparan en el derecho colombiano (Ospina Fernández, 2014).

- i. **La conducta antijurídica debe ser dolosa o gravemente culposa:** los daños punitivos aplicarán únicamente cuando se esté ante la comisión de una conducta dolosa o gravemente culposa en la medida en que, al tratarse de una sanción, debe estar presente un elemento subjetivo como la malicia, la intención, la grave negligencia, la injuria, premeditación, entre otros, que justifique la imposición de la misma, lo cual la diferencia de las demás sanciones que pueden llegar a existir dentro de un ordenamiento jurídico.

De hecho, en los lugares donde se han reconocido los daños punitivos tales como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y Argentina, éstos se encaminan a sancionar únicamente las conductas más groseras o gravosas que ameritan un castigo ejemplarizante que asegure que en un futuro, ni el agente dañador ni otra persona, realizará una conducta similar nuevamente, pues de lo contrario, si estos se aplicaran para todo tipo de situaciones, no se cumpliría con los fines ejemplarizantes de la sanción ni con el desincentivo de la realización de conductas que no se ajusten a los comportamientos deseados en una sociedad y tampoco se generarían los resultados esperados de la misma por no ser excepcional ni estar reservada para casos de extrema gravedad.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el reconocimiento de estos daños es reservado únicamente para casos en los cuales sea necesaria la implementación de una sanción ejemplarizante, no podría afirmarse que sería procedente su aplicación en cualquier caso de negligencia, descuido o imprudencia, pues se requiere como mínimo de cierta deliberalidad o intencionalidad en la conducta, o de un descuido grosero que por ello se asimile al dolo, para castigar al agente por la ejecución de la misma.

ii. **La valoración de la sanción debe ser razonable y proporcional y se debe regir por las reglas de la sana crítica:** de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para el eventual reconocimiento de los daños punitivos, deben tenerse en cuenta diferentes aspectos que garanticen que la sanción que se vaya a imponer a título de daños ejemplarizantes, no exceda los límites de lo razonable. Para ello, el juez debe recurrir a la sana crítica una vez se hayan analizado, los hechos, las pruebas y las pretensiones de cada caso y al momento de determinar la cuantía de la multa debe ser muy cuidadoso porque si la suma llegase a ser muy baja o muy alta, se estaría desvirtuando por completo la figura planteada y no se estaría cumpliendo con las funciones disuasivas y sancionatorias de la misma, en la medida que ésta no debería ser *“(...) inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014)”*.

El cumplimiento de la razonabilidad o proporcionalidad al momento de imponer una sanción a título de daños punitivos evita arbitrariedades y tergiversación de la figura y de los fines de la responsabilidad civil. Por tal motivo, las decisiones que se han tomado en Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y Argentina, han tratado de ser, en la medida de lo posible, muy minuciosas, para que la sanción resulte efectiva tanto para el causante del hecho dañoso, como para el resto de la sociedad pues de lo contrario, se estaría dejando de cumplir con los requisitos y fundamentos de la figura y se podría llegar a causar un efecto contrario al esperado con su implementación.

**iii. Se deben tener en cuenta diferentes aspectos al momento de determinar si se impone una sanción a título de daños punitivos:** es importante evaluar la conducta realizada, los medios del causante, los beneficios que éste haya obtenido como consecuencia del daño, si actuó conforme a la buena fe, si hubo incidencia de la víctima en el daño, si el causante tiene una posición dominante, entre otros aspectos que ayudarán no sólo a determinar la procedencia de los daños punitivos o no en un caso concreto, sino que servirán también como guía para la determinación de la cuantía de la sanción cuando a ella haya lugar (Wilcox, 2009).

De esta forma, al tener diferentes aspectos en cuenta al momento de determinar la sanción a imponer podría determinarse que una sanción va a ser más alta en la medida en que la conducta desplegada fue más gravosa, o por el contrario, que la misma va a ser más baja debido a que actuó teniendo en cuenta la buena fe, o no se pudo evitar el resultado. También se tendrán en cuenta los medios del causante para asegurar que el impacto de la sanción en el patrimonio de una persona sea suficiente como para punir la conducta realizada y evitar que vuelva a cometer un hecho dañoso similar, y también, los beneficios o ingresos que como consecuencia de la conducta antijurídica, obtuvo el causante del daño.

Es así como, diferentes aspectos objetivos y subjetivos deben ser tenido en cuenta al momento de imponer una sanción a título de daños punitivos con miras a que la misma sea eficiente y cumpla con los cometidos que la misma propone.



**iv. La persona que se ha visto afectada por el daño es quien está legitimada para reclamar judicialmente los daños punitivos:** teniendo en cuenta el régimen de responsabilidad civil existente, es la víctima o sus causahabientes en el caso en que ésta fallezca, la persona legitimada para reclamar los perjuicios sufridos, así como, sería también la legitimada para solicitar que se condene al causante por daños punitivos. Lo anterior tiene sentido en la medida en que, sólo aquella persona que ha sufrido un daño de forma directa o indirecta, es quien está llamada a realizar dicha solicitud de forma expresa, en el marco de un proceso judicial, pues carece de todo sentido que una persona que no se ha visto en ninguna forma impactada por una actuación, pretenda reclamar el castigo de otra cuando ni siquiera es ella, la que ha asumido las consecuencias de dicho actuar (Tamayo, 2010).

**v. El juez podrá oficiosamente condenar al causante:** no obstante lo anterior, considero necesaria la posibilidad de que en casos extremos en los que sea necesaria la aplicación de los daños punitivos, el juez pueda proceder a condenar al causante en la medida en que la víctima pudo haber olvidado realizar la solicitud expresa en su demanda, o porque su apoderado no conocía la posibilidad de realizar dicha solicitud o simplemente porque no tenía el interés de hacerlo (Menyhárd, 2009). De esta forma, el juez, podría excepcionalmente interponer una sanción a título de daños punitivos cuando se enfrente a situaciones en las cuales el daño y sus consecuencias han sido tan fuertes que merecen ser castigadas.

Es cierto que en principio, en los procesos de responsabilidad civil el juez que conoce de un caso, al momento de proferir sentencia, se deberá limitar a las pretensiones de la

demanda como lo establece el artículo 281<sup>22</sup> del Código General del Proceso. No obstante, la posibilidad de que el juez de oficio interponga una sanción a título de daños punitivos de forma excepcional, resultaría deseable y conveniente para cumplir con la finalidad ejemplarizante y punitiva, en la medida en que actuaciones groseras y gravosas podrían seguirse realizando si las personas no son sancionadas o si no se cumple con el efecto disuasivo de las mismas.

Por tal motivo, la intervención del juez contribuiría en una mayor cantidad, a que las personas que realicen determinadas conductas dolosas o gravemente culposas sean sancionadas, lo cual no sólo generará efectos disuasivos, sino que también generará incentivos para que más víctimas de situaciones similares que por diferentes motivos no han acudido a la justicia, puedan poner su caso en conocimiento de los Jueces de la República.

- vi. La sanción será cancelada al Tesoro Público:** considero necesario que la multa o sanción a cargo del causante de un daño sea cancelada al Tesoro Público como se ha implementado en otros países como Estados Unidos, en la medida en que resulta más conveniente que el pago de la multa o sanción se realice a un fondo o programa al que se destinen los dineros correspondientes a las sanciones por daños punitivos, para que sea el mismo Estado quien determine qué hacer con dichos dineros y no que la misma sea cancelada directamente a la víctima del daño, cumpliendo en todo caso con las funciones y finalidades de ésta figura. En este sentido, podría resultar razonable que, con las sumas

---

<sup>22</sup> Código General del Proceso. Art 281: No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

de dinero recaudadas, se realizaran programas que respalden la función preventiva de la responsabilidad como una forma de evitar los daños o incluso, que sea un mecanismo que ayude a fortalecer la administración de justicia (Visscher, 2009).

Así las cosas, como se explicó anteriormente, no habría lugar a afirmar que los daños punitivos exceden los límites de la responsabilidad civil y generan un enriquecimiento sin justa causa, restándole razón a los críticos de la figura, pues ésta sanción sería impuesta al causante del daño independientemente de si la misma debe ser cancelada a la víctima del hecho dañoso o al tesoro público como se propone en esta monografía.

- vii. La sanción que se imponga a título de daños punitivos será diferente a la indemnización de perjuicios que reciba la víctima como consecuencia del daño causado:** se debe mantener clara la diferencia entre la indemnización de perjuicios y la sanción impuesta a título de daños punitivos, pues la primera está relacionada con la víctima y el daño que la misma ha sufrido, de manera que se espera que vuelva a una situación al menos similar a la que se encontraba antes de daño, mientras que la segunda se centra en la actuación deliberada, malintencionada e inadecuada del causante de un daño y de la sanción que debe asumir por ello.

En consecuencia, las anteriores serían las características de la figura de los daños punitivos bajo el ordenamiento jurídico colombiano, las cuales además de ser similares a las de los daños punitivos o ejemplarizantes en el derecho comparado, se adecúan perfectamente al ordenamiento jurídico y al sistema de derecho existente en nuestro país.

#### **d. Posición frente a las críticas a los Daños Punitivos**

De acuerdo con lo descrito anteriormente, las principales críticas realizadas a los daños punitivos carecerían de justificación, en primer lugar porque con la aplicación de la figura propuesta no habría lugar al enriquecimiento ilícito de la víctima debido a que no se estarían vulnerando los límites de la responsabilidad en la medida en que la sanción no haría parte de la indemnización de perjuicios la cual cumpliría con todas las normas de la responsabilidad civil para ser integral, sino que correspondería a una multa interpuesta a título de sanción por parte del juez civil por el comportamiento realizado.

En efecto, como se explicó anteriormente, con la implementación de los daños punitivos no hay ningún tipo de cambio o alteración al sistema de responsabilidad existente en el ordenamiento jurídico colombiano, debido a que su aplicación es una sanción adicional y complementaria a la reparación integral que sí cumple a cabalidad con los postulados de la reparación del daño sufrido a la víctima para que esta vuelva, en la medida de lo posible, al estado anterior al daño.

En este sentido, además de la indemnización de perjuicios que el causante de un daño deberá a la víctima, esta persona será sancionada a título de daños punitivos, y la sanción será impuesta por la conducta desplegada aun cuando ya haya indemnizado a la víctima por los daños sufridos.

En consecuencia, teniendo en cuenta que se está ante dos escenarios diferentes, no hay lugar para pensar que la reparación a la víctima y la sanción por daños punitivos son lo mismo, pues como se ha explicado no sólo son dos conceptos diferentes, sino que tienen finalidades distintas. Adicionalmente, esta crítica se desvirtúa aún más cuando se plantea la posibilidad de que los

dineros correspondientes a la sanción no se dirijan a las víctimas sino al Estado, pues a pesar de que en ningún caso habría enriquecimiento injusto por parte de la persona que ha sufrido un daño, no tendría sentido pensar que la víctima se estaría lucrando del hecho dañoso si la misma no fuera a recibir estos dineros.

Por otra parte, la sanción impuesta no tendría connotación penal en la medida en que la misma sería aplicable en la jurisdicción ordinaria civil. Adicionalmente, tampoco tendría validez el argumento con el cual se afirma que la figura no podría aplicar por ser proveniente del Derecho Anglosajón en la medida en que no sólo hay casos de trasplantes jurídicos en los diferentes ordenamientos, sino porque la aplicación realizada en Argentina, desvirtúa por completo dicho argumento en la medida en que comprueba que es posible que una figura originaría del *common law*, sea aplicada en un ordenamiento de tradición jurídica continental.

#### **e. Aplicación de los Daños Punitivos en Colombia**

Es así como, de forma contundente reitero que el sistema jurídico colombiano necesita el reconocimiento y la incorporación de los daños punitivos, de forma tal que dicha figura pueda ser aplicada de forma excepcional, según los parámetros que se proponen, en los procesos que se adelantan actualmente en los estrados judiciales.

En este sentido, si bien es claro que la misma deberá ser reconocida por una ley de la república y que la configuración legislativa del Congreso de la República permite su implementación si se llegase a considerar como necesaria, en los últimos tiempos el reconocimiento jurisprudencial de figuras de la responsabilidad civil tales como los daños a bienes personalísimos de especial

protección constitucional o el daño a la vida de relación o daño a la salud como lo ha considerado el Consejo de Estado, ha dejado abierta la posibilidad de retomar el valor de la jurisprudencia<sup>23</sup> en nuestro ordenamiento jurídico como fuente de derecho.

En este sentido, considero que nada impide la posibilidad de que los jueces colombianos, primordialmente la Corte Suprema de Justicia como juez máximo de la jurisdicción ordinaria, reconozcan por primera vez, los daños punitivos vía jurisprudencial tal y como lo han hecho con el daño moral, el daño a la vida de relación y el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional.

Otra propuesta para su aplicación, gira en torno al reconocimiento de los daños punitivos en virtud del principio de equidad contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Así es que, para Sergio Rojas, el artículo 16 legitima la implementación de los daños punitivos en Colombia en la medida en que no se debería tratar de la misma forma a aquella persona que ha cometido un daño con dolo o culpa grave que al que lo realizó sin intención, pues no se estaría cumpliendo con los principios de equidad si ambas fueran tratadas de la misma forma, ya que una conducta dolosa o gravemente culposa deberá tener un reproche mayor y como consecuencia, deberá ser castigada (Rojas, 2014).

Pese a que la propuesta de Sergio Rojas es un esfuerzo por comenzar a reconocer los daños punitivos sin que exista ley o sentencia que los incorpore en el ordenamiento jurídico

---

<sup>23</sup> Ver Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P. César Julio Copete y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

colombiano, no la comparto debido a que, para mí, la implementación de esta figura debe realizarse por vía legal o por vía jurisprudencial, pues a hoy, no hay más que principios, instituciones y funciones que permiten proponer la inclusión de estos daños ejemplarizantes en el ordenamiento nacional.

Ahora, además de referirme a la incorporación y la descripción teórica de la aplicación de los daños punitivos, me permito ejemplificar los que para mí, son los casos en los que deberían aplicar éstos por tratarse de situaciones recurrentes en las cuales a diario se causan daños que revisten cierta gravedad e intencionalidad. No obstante, considero que si su reconocimiento se logra por vía legal, dicha disposición deberá ser general e incluso similar a la propuesta de Proyecto de Código Civil de 1998 en Argentina en el cual se describía la subjetividad de la conducta y las circunstancias que debían ser tenidas en cuenta su aplicación de forma corta y concisa, más que limitarla a ciertos casos únicamente.

Procederé entonces a exponer las situaciones en las cuales encontré mayores anomalías, las cuales me convencen cada vez más de la urgencia de la implementación de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico colombiano.

**i. Daño ambiental:** los daños ambientales son un claro ejemplo de las decisiones deliberadas que a diario se realizan y que generan impactos al resto de la sociedad. A pesar de que en materia ambiental desde hace unos años se ha venido trabajando en la prevención de los daños ambientales y en la realización de conductas que no contribuyan a la contaminación o que tengan repercusiones en el ambiente y en la vida humana, todavía hay decisiones de incurrir en un determinado comportamiento porque su realización

simplemente reporta mayores beneficios que las medidas de prevención o la abstención de realización de la conducta (Borghetti, 2009).

El reconocimiento de los daños punitivos en materia ambiental resultaría conveniente, debido a que, con la globalización, la proliferación de las máquinas y los avances tecnológicos, podría parecer deseable la obtención de ingresos o beneficios sin importar aquellas repercusiones que dichas decisiones puedan tener en la vida humana y en el medio ambiente. Por tal motivo, esta figura sería una herramienta por medio de la cual se sancionara a los agentes que realizan estas conductas para que así, se tuviera un poco más de conciencia sobre el ambiente, sobre la salud y sobre la existencia de otros seres humanos en el mundo.

**ii. Relación de consumo y posición dominante:** es evidente la necesidad del reconocimiento de los daños punitivos en las relaciones de consumo, en la medida en que como consumidores, a diario estamos expuestos no sólo al desconocimiento del mercado, sino también a que aquellos que tienen una posición dominante realicen a diario conductas dolosas o gravemente culposas sin que dichas actitudes puedan ser reprendidas (Sebok, 2009). Los ejemplos más emblemáticos son las actuaciones realizadas por las entidades financieras tales como reportar a una persona en las bases de datos y no hacer nada para cambiarlo, cobrar lo que no se debe incansablemente sin que la persona adeude dicha suma a una entidad, entre otras actividades frecuentes que a diario las personas deben afrontar, y que son recurrentes en nuestro medio. También, las realizadas por las empresas de telecomunicaciones que cobran lo que no deben, o que engañan a sus clientes con información que no corresponde a la realidad o que contratan productos diferentes a los



ofrecidos o en general, las compañías en las cuales la demanda de sus productos o servicios es tan grande que les permite realizar a su antojo cualquier tipo de conducta (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014).

Es claro como ante este escenario, la causación de daños y la vulneración de derechos es constante y más porque en su mayoría, se trata de micro daños. En este sentido, para una persona, la pérdida ocasionada con el daño causado podría no ser cuantiosa, pero miles o incluso millones de personas pueden estar en la misma situación, las cuales, en conjunto, podrían representar grandes sumas de dinero, beneficios o ingresos para dichas empresas (María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 2014).

Las conductas anteriormente descritas podrían contrarrestarse o disminuirse con el reconocimiento de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico colombiano, pues de esta forma, sin importar la posición en la que se esté, como demandante se podrá incentivar el acceso a la justicia para que cada vez, en más casos, se sancione a dichas compañías para que no continúen desarrollando las conductas dolosas o culposas que generan tantos impactos negativos en las víctimas y se incentive la reclamación judicial por parte de estas, debido en la mayoría de casos en los que se presentan micro daños, no se inician acciones legales en contra de los agentes que ejecutan la conducta dañosa.

## **XI. CONCLUSIÓN**

La inclusión de los daños punitivos en el derecho colombiano como complemento a la indemnización de perjuicios que se le debe a la víctima de un daño, con miras a mejorar los patrones de comportamiento existentes en la sociedad, crear incentivos para impedir que las

conductas antijurídicas se repitan y como una forma de prevenir que se causen daños, ya que en algunos casos, la indemnización de los perjuicios causados no ha sido suficiente, resulta deseable y necesaria.

De esta forma, se generará confianza y seguridad en la sociedad acerca de que determinadas conductas no van a repetirse, y se incentivará el acceso a la administración de justicia por parte de las víctimas, pues en un principio, para las personas que se han visto afectadas por un daño, podría resultar muy costoso iniciar un proceso judicial si es posible que no se obtenga ningún resultado positivo del mismo. En este sentido, si no se iniciara dicho proceso, el causante nunca sería declarado culpable y en esta medida, sólo habría incentivos para que el causante del daño y la sociedad continuaran comportándose de la misma forma perjudicial y negativa para los demás. Si por el contrario, las víctimas realizaran sus reclamaciones, no sólo podrían generar incentivos para que personas que estén en la misma situación decidan iniciar procesos judiciales que resuelvan sus situaciones, sino que también, al aumentar las probabilidades de que una persona que haya realizado una conducta dolosa o gravemente culposa sea sancionada, se incentivarán los comportamientos ajustados a derecho no sólo por parte del causante del daño, sino también por la sociedad en general.

En consecuencia, los daños punitivos no sólo serían una figura propia de la responsabilidad con la cual se castiga al causante de determinado daño, sino que *“son también un formidable instrumento de control social”* (López Herrera, 2008) con el cual se pretende crear impactos positivos de comportamiento en la sociedad, lo cual, además de todos los argumentos expuestos anteriormente, hace su reconocimiento aún más deseable y necesario en nuestro ordenamiento.

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- C-197 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell (Corte Constitucional 20 de mayo de 1993).
- C-916 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (Corte Constitucional 29 de octubre de 2002).
- C-1008 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (Corte Constitucional 9 de diciembre de 2010).
- C.E. Sentencia del 13 de abril de 2011 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa , Rad: 66001-23-31-000-1998-00626-01 (20220) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 13 de abril de 2011).
- María Cecilia Castelli vs Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., 141.404 (Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Provincia de Buenos Aires 28 de agosto de 2014).
- Colombia, C. d. (Decreto 410 de 1971). *Código de Comercio*.
- Colombia, C. d. (Ley 1564 de 2012). *Código General del Proceso*.
- Colombia, C. d. (Ley 84 de 1873). *Código Civil*.
- Archila, E. J. (s.f.). Responsabilidad Administrativa y Protección de Consumidores.
- Borghetti, J.-S. (2009). Punitive Damages in France. En Koziol & Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna, Austria : SpringerWien New York.
- Brooke, S. H. (2009). A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages. En Koziol & Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna, Austria: SpringerWien New York.

- Buitrago, J. A. (2007). *El daño punitivo en la responsabilidad civil*. Pereira.
- Calabresi, G. (1984). *El costo de los accidentes*. Barcelona: Ariel.
- Coderch, P. S. (2000). Punitive Damages. *InDret*, 1-17.
- Couture, E. J. (1962). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- de Ángel Yágüez, R. (2012). *Daños Punitivos*. Pamplona, España: Aranzadi.
- del Olmo, P. (2009). Punitive Damages in Spain. En H. K. Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna, Austria: SpringerWien New York.
- Fernández Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistemática. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. *Ius et veritas*, 11-33.
- Friedman, D. (1998). An Economic Explanation of Punitive Damages. *Santa Clara Law Digital Commons*.
- García Matamoros, L. V & Herrera Lozano M.C. (2003). El concepto de los daños punitivos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 211-229.
- Henao, J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Irigoyen, M. (2015). Fundamentos para no admitirse el seguro de daños punitivos en Argentina. En Castillo & Arocha, *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.
- Jaramillo, C. I. (2013). *Los deberes de evitar y mitigar el daño: Funciones de la responsabilidad civil en el Siglo XXI y trascendencia de la prevención*. Bogotá, Colombia: Temis.

- López Herrera, E. (2008). *Los daños punitivos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Menyhárd, A. (2009). Punitive Damages in Hungary . En Helmut & Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* . Vienna, Austria: SpringerWien
- Mosset Iturraspe, J. (2004). *Responsabilidad por daños Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Neethling, J. (2009). Punitive Damages in South Africa. En H. K. Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna, Austria: SpringerWien New York.
- Ospina Fernández, G. (2014). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ospina, A. F. (2015). Responsabilidad frente a la solidaridad: el fundamento abstracto del deber de responder. En XVI. Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Universidad Externado.
- Posner, R. A. (2008). *El análisis económico del derecho*. Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Rademacher, L. & Jansen, N. (2009). Punitive Damages in Germany. En Koziol & Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna, Austria: SpringerWien New York.
- Rojas, S. (2012). *Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria*. Universitas 125, 339-375.
- Rojas, S. (2014). *Responsabilidad Civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

- Ruda, A. (2005). *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por deterioro del medio ambiente*. Girona, España: Tesis Doctoral, Universitat de Girona.
- Sebok, A. J. (2009). Punitive Damages in the United States. En Koziol & Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna, Austria: SpringerWien New York.
- Shavell, S. (2004). *Foundatios of Economic Analysis of Law*. London, England: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Tamayo, J. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Ulen, T. & Cooter, R. (2011). *Law and economics*. Boston, Estados Unidos: Pearson Education.
- Visscher, L. T. (2009). Economic Analysisi of Punitive Damages. En Koziol & Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna, Austria: SpringerWien New York .
- Wilcox, V. (2009). Punitive Damges in England. En Koziol & Wilcox, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Vienna, Austria: SpringerWien New York.