

DE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS PENAS PRIVADAS O *PUNITIVE DAMAGES**

Autor: *Jaime Esteban Arrubla Devis*
Dirigida por el profesor *Ricardo Vélez Ochoa*

Resumen: Este trabajo se plantea un análisis histórico, filosófico y normativo de las funciones que ha cumplido el derecho de la responsabilidad civil en sistemas de derecho continental y en particular en el derecho colombiano. Teniendo en mente la figura de los *punitive damages*, de derecho anglosajón, fijaremos como hipótesis que a esta disciplina le ha sido siempre propia una función punitiva y que una figura de esa naturaleza no sólo aparece en normas y decisiones judiciales nacionales sino que es necesaria para cumplir y desarrollar los principios y valores constitucionales. Con análisis desde diferentes ángulos se extrae lo esencial de la discusión y se traza una aproximación propositiva.

Palabras clave: *Punitive damages*, responsabilidad civil, penas privadas, daños punitivos.

* Monografía jurídica como requisito de grado en la Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, 2014

NOTA DE ADVERTENCIA

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

Contenido

Introducción	2
1. La función de la responsabilidad en nuestra tradición jurídica.....	1
Situación a partir de la codificación	10
Relación entre la culpabilidad y la indemnización	20
El juez y la indemnización.....	22
2. Panorama en nuestro derecho colombiano.....	27
Funciones diferentes de la resarcitoria en la ley.....	29
3. Críticas tradicionales a la existencia de normas que incorporan indemnizaciones de naturaleza no compensatoria	39
4. <i>Punitive damages</i>	41
5. La indemnización de perjuicios como función principal de la responsabilidad civil	46
6. Diferencias de naturaleza entre el delito penal y el delito civil	48
7. Responsabilidad civil y prevención	56
Desde la perspectiva del <i>Law & Economics</i>	58
El particular caso argentino que consagra el Estatuto de Protección al Consumidor.....	65
8. Sobre las críticas a los <i>punitive damages</i>	66
Desconocimiento de la división entre lo penal y lo civil.....	67
Violación del principio compensatorio.....	70
Enriquecimiento sin causa	74
9. Propuesta para la aplicación de penas privadas o <i>punitive damages</i>	77
Conclusión	84
Bibliografía	86

Introducción

Ninguna disciplina ni institución integrante del derecho puede mantenerse al margen de los fines de este ni de los del Estado; ni siquiera el conservador derecho privado. En esta vasta área del derecho resalta el potencial de la responsabilidad civil para servir como vehículo de prevención de violaciones a los derechos del hombre y para la consecución de los fines de justicia y paz sociales. Cabe preguntarse si acaso no debe hacerse uso de dicho potencial, permitiendo al derecho privado el cumplimiento de otras funciones que aparentemente no le son propias pero que, consideramos, siempre han estado allí, aun cuando sea de forma implícita, pero estas definitivamente han hecho parte de la historia de la disciplina y no pueden, de ninguna manera, apartarse de su futuro, si es que se quiere tener un derecho privado consonante con las necesidades de una sociedad que exige la protección de los derechos de sus asociados.

Debemos entonces indagar cuáles han sido las funciones que tradicionalmente le han sido asignadas, a través de la historia, al derecho de la responsabilidad civil, y cuáles, por otro lado, le exigen hoy la sociedad y el derecho. En esta empresa debemos tener siempre en mente el hecho de que nos encontramos inmersos en el sistema más antiguo del mundo jurídico pero, quizá también, históricamente el más estático y conservador; en épocas apegado a la gloria del pasado y anquilosado por la tradición.

Por lo anterior, resulta necesario señalar el inconmensurable peligro que corre la sociedad cuando las normas que la regulan, y en especial el derecho y sus instituciones jurídicas, se convierten en dogmas incontrovertibles. El derecho no puede desconocer la naturaleza dinámica del organismo social y por ello debe hacer parte de ese dinamismo y no luchar inconscientemente contra las aguas del cambio; las instituciones del derecho no pueden ser fines en sí mismas sino que deben servir para los fines comunes de la sociedad y el orden político que integran. Para hacer parte de ese dinamismo, las

instituciones jurídicas deben ser revisadas, antes que nada, a la luz de los fines que persiguen y las funciones que en búsqueda de esos fines han de cumplir.

Toda institución jurídica ha cumplido o ha debido cumplir, a lo largo de los siglos y en todo ordenamiento, algún tipo de función, como parte del engranaje en pro del cumplimiento de los fines de, bien sea, un gobernante, una sociedad, un estado o el derecho mismo como ente abstracto. Así, cada una de estas instituciones debe jugar, según el fin perseguido, un papel específico; ya sea en búsqueda de la equidad, la protección de la propiedad, la libertad, etc., y en últimas, de la justicia y la paz sociales.

Es al servicio de esos fines que dichas instituciones deben operar, y deben hacerlo de la forma más eficaz y eficiente. Y cuando estas dejan de servir al ciudadano y a la sociedad, su transformación es imperativa. Se pregunta el profesor ESGUERRA PORTOCARRERO, «¿Podrá subsistir aún alguna duda acerca de que sin unos medios apropiados los derechos fundamentales del hombre no son más que una idea? Una hermosa idea y una idea cardinal que, no obstante su enorme valor intrínseco, carece en sí misma de poder coercitivo. Una idea, por tanto, que indispensablemente ha menester de unos medios idóneos, sin los cuales esos derechos son pero no existen»². Consideramos, en esa misma vía³, que cuando las instituciones jurídicas no son idóneas para cumplir los fines del Estado, su revisión, cuando no su revolución, es necesaria. Indudablemente el derecho civil debe hacer parte del engranaje que propende por la protección de los derechos del ciudadano, y no puede este mantenerse ajeno a sus finalidades.

En efecto, el derecho privado, sin perder su filosofía ni su autonomía, debe ser armónico con las demás áreas del derecho y prestar también sus servicios para los fines sociales consagrados en el

² ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, ed. Legis, primera edición, 2010, pág. xvii

³ Claro es que en su obra el profesor ESGUERRA señala lo anterior con relación a los medios procedimentales que tiene el ciudadano para la protección de sus derechos, sin embargo lo mismo vale decirlo de las instituciones jurídicas de derecho sustancial, en cuanto a que deben servir también para el cumplimiento de los fines constitucionales.

estatuto constitucional. Ahora, si consideramos que el derecho civil y en concreto el de la responsabilidad civil, pueden cumplir un papel fundamental para salvaguardar los derechos de los ciudadanos, ¿qué lo impide?; vale reevaluarse el que además de asignar un derecho subjetivo a una indemnización, no pueda la disciplina cumplir una función punitiva y/o preventiva, no de forma indirecta sino principal, hombro a hombro con la función compensatoria que de antaño se le atribuye, para así armonizar el derecho de daños con el orden constitucional.

Vamos a plantear cómo dichas funciones que van más allá de la denominada compensatoria no son ajenas a nuestra tradición jurídica, nuestro ordenamiento ni nuestra práctica judicial. En efecto, constataremos cómo el derecho continental europeo, que nos ha legado gran parte de nuestras instituciones de derecho civil, siempre guardó en sí la noción de pena civil y, con ella, la admisión de funciones punitivas y preventivas en el seno de esa rama del derecho. Igualmente, nuestro ordenamiento colombiano incorpora normas de tal naturaleza y lo propio hacen nuestros jueces en sus providencias, quienes tienden a considerar el elemento punitivo y preventivo, en especial cuando se trata de condenas por daño moral.

Una vez esbozado dicho panorama entraremos a ver las bondades de la existencia de penas civiles en nuestro derecho, a la luz de los planteamientos de las corrientes del análisis económico, de la mano de una mirada crítica a los diferentes reproches que la doctrina le hace a semejante figura. Todo para finalmente concluir que no existe razón suficiente para descartar de plano la existencia de penas privadas en nuestro derecho y que por el contrario hay razones de peso para su admisión. Además, su existencia implícita en el activismo judicial es una cuestión que no puede mirarse de reojo, por lo cual plantearemos unos parámetros y criterios para dicha aplicación en la práctica, en ausencia de legislación que de forma explícita la avale.

1. La función de la responsabilidad en nuestra tradición jurídica

El derecho de la responsabilidad civil, cuyos orígenes podemos trazar de forma tangible tan lejos como en el Código de Hammurabi⁴, inevitablemente ha debido cumplir —al menos como un deber ser— una función jurídica bien sea pública o privada, determinada o al menos determinable en la búsqueda de los fines del derecho.

Esa función que esta disciplina ha cumplido en los diferentes momentos ha dependido directamente de su fisonomía jurídica; la responsabilidad civil ha mutado en sus requisitos, variado según los tiempos, no en forma evolutiva sino simplemente cambiante, más de acuerdo con un movimiento de vaivén, pendular, que siguiendo una línea coherente como si se tratara de un proceso de depuración y purificación de su materia. La responsabilidad ha sido, es, y probablemente seguirá siendo, una institución proteiforme: cambiante; mutable por naturaleza. De acuerdo con Genevieve VINEY «su historia [la de la responsabilidad civil] ha sido extremadamente convulsionada [y] la misma se encuentra aún lejos de haberse estabilizado»⁵.

Vamos al punto. En un primer momento la responsabilidad que surgía por el hecho de causar un daño era unitaria; el causar un daño a otro traía una serie de consecuencias, pero la responsabilidad era una sola. Es decir, en una sola acción y una misma sanción confluían todas las consecuencias del evento dañoso.

Y bien, ¿cuál era la razón de ser de la responsabilidad en este primer momento? Se respondía en la medida de la sed de venganza de la víctima. Así, el hecho de que un sujeto debiera responder por sus

⁴ Dicho cuerpo normativo incorporaba algunas disposiciones que traían como consecuencia a la producción de un daño, sanciones muy superiores al daño efectivamente causado, ya fuera mediante prestaciones en dinero o en especie. Veamos estas últimas: «Ley 120: Si uno ha depositado su trigo para la guarda de la casa de otro y hubo una merma, sea que el dueño de la casa abrió el granero y robó el trigo, sea que haya disputado sobre la cantidad de trigo que había almacenada en su casa, el dueño del trigo declarará su trigo ante Dios, y el dueño de la casa doblará el trigo que ha tomado y lo dará al dueño del trigo. Ley 265: Si el pastor al que se dio ganado mayor y menor, ha prevaricado y ha cambiado la marca y ha dado por dinero, será condenado y dará al propietario hasta diez veces lo que robó de ganado mayor o menor».

⁵ VINEY, Genevieve, *Tratado de derecho civil; introducción a la responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 25

actos ante la producción de un daño era por pasiva lo que por activa era el derecho de la víctima de obtener *vendetta*. La satisfacción de ese *ánimus* vengativo era la razón de ser de la responsabilidad. Cualquier otra función que pudiera cumplir era apenas indirecta. La reparación de la víctima no era más que una consecuencia necesaria, un componente no teleológico sino fortuito de la responsabilidad. Por supuesto, la venganza era en sí misma un modo de satisfacción, una suerte de compensación para la víctima y, claro, un castigo para el victimario; pero aquella —la venganza— era también un fin en sí misma.

De esta manera, tanto la reparación como el castigo confluían en una misma figura como respuesta ante el daño. Tanto era así que ambas acciones, la de castigar y de exigir la reparación, estaban en manos de un mismo sujeto; la víctima. Dado que ambas funciones eran apenas distinguibles la una de la otra y se entendía que quien tenía la facultad de cobrar venganza no era otro que la víctima y por lo tanto era ésta quien obtenía reparación del causante del daño y, a su vez, ejercía sobre él un castigo.

Bien ha dicho Yvonne LAMBERT FAIVRE que «los fundamentos remotos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal son comunes, la reparación estaba teñida de venganza por parte de la víctima y de punición respecto del culpable.»⁶

Con los siglos, la experiencia común fue demostrando que semejante ley acarreaba un círculo interminable de daños y responsabilidades; de venganzas y contra venganzas⁷. De manera que resultó necesario escindir la responsabilidad según el tipo de función que esta debía cumplir y las diversas

⁶ LAMBERT FAIVRE, Yvonne, *La evolución de la responsabilidad civil, de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*, Revue Trimestrelle de Droit Civil, París, vol.I, I, publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 1999.

⁷ De acuerdo con el profesor Marcelo López Mesa, «[e] problema ínsito en esta forma de reparación primitiva del daño era que propendía a la generación de espirales de violencia, que muchas veces terminaban en guerras familiares, tribales o de clan, a mérito del carácter contagioso de una rudimentaria “culpabilidad” del dañador que se transponía a sus familiares y amigos; en algunas ocasiones, por una modesta ofensa o daño físico menor a un particular se terminaban causando daños irreparables a multitud de personas, arrasando en ocasiones comunidades enteras por la inexistencia de proporción entre daño y castigo.» En “*Tendencias de la Responsabilidad Civil en el Siglo XXI*”; *Balance y perspectiva de la responsabilidad civil en el derecho moderno*, editorial Diké y Universidad Javeriana, 2009, pág. 31

obligaciones que surgían de un mismo daño; fue así como se logró sacar de manos de la víctima la facultad de castigar. De esta manera se iría separando la función punitiva de la resarcitoria.

Por un lado, en manos de la víctima solo permanecería la facultad de exigir la reparación del daño sufrido. Por el otro extremo surgiría la posibilidad, en cabeza del victimario, de liberarse de la venganza que sobre él recaería y así saldar cuentas con la víctima, compensándole el daño sufrido. Un verdadero mecanismo de pacificación.

Otro camino tomaría la responsabilidad en su forma punitiva. Esta pasaba de manos de la víctima a manos de la autoridad que detentaba el poder coactivo, la cual ejercería la facultad de sancionar al victimario. De alguna forma la venganza pasaba de la víctima a un tercero (llámese príncipe, estado, polis, etc.).

Así resumían este contraste los MAZEAUD; « [E]l derecho civil, por el contrario —al derecho penal— sólo puede tener en cuenta [el] perjuicio. La acción no está ya, efectivamente, en manos de la sociedad; la ejercita un individuo determinado, quien no puede, por consiguiente, reclamar sino la reparación de un perjuicio que haya experimentado personalmente. ⁸»

Curiosamente este proceso de evolución, o mejor de mutación, de la responsabilidad, no se dio en el seno del derecho romano. Este, «no realizó por completo esa separación y no pudo llegar a establecer un principio general de responsabilidad civil»⁹. El derecho romano permaneció en el estadio anterior a la separación, donde «la responsabilidad era la expresión jurídica de la vindicta privada», como observaba JOSSERAND, quien también afirmaría que «la culpa aquilina es una especie de pecado jurídico», y por lo tanto acarreadora de una penitencia¹⁰. De manera que aún permanecía tangible el

⁸ MAZEAUD, Henry, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América, traducción de la primera edición, 1959, Buenos Aires, pág. 109

⁹ MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte Segunda, Volumen II, La Responsabilidad Civil, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1960, pág. 2

¹⁰ JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, Tomo II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, pág. 296

elemento punitivo de la responsabilidad; su intención, entre otras, era sancionar al culpable del daño.¹¹

En efecto, de acuerdo con RIPERT-BOULANGER, «la *actio Legis Aquiliae* finalmente presentaba características de no involucrar más que una pena igual al monto del perjuicio salvo en caso de negativa injustificada, lo que permitió a JUSTINIANO calificarla de acción mixta». Y así lo podemos verificar en las *Institutas* de JUSTINIANO, en cuanto a la *Lex Aquilia*, que como bien se sabe consagraba la responsabilidad por el daño causado por un hecho propio y, más específicamente aún, por su propio cuerpo —tema ampliamente tratado en *Institutas*—, «se ha deducido que la acción de esta ley es penal, porque no sólo se está obligado al resarcimiento del daño causado, sino, a veces, a mucho más.¹²»

Es decir, aunque no fuera una función principal de la responsabilidad civil —la de penar— ésta no le era completamente ajena y por esta razón la acción era mixta; tanto punitiva como resarcitoria.

De igual forma, en las costumbres jurídicas germánicas, que tendrían luego alguna influencia en el carácter del derecho continental moderno, la acción de responsabilidad era simultáneamente una de carácter penal y de acción de reparación¹³.

En el Derecho francés previo al Código de 1804, ya se distinguía entre una acción penal de naturaleza pública y otra, privada, de naturaleza civil. Además, existía un principio general, según el cual todo daño producto de una culpa debía ser reparado. De allí nace nuestro moderno derecho de la responsabilidad civil.

En efecto, señalaban RIPERT y BOULANGER, que desde «el antiguo derecho francés, la acción de reparación de los daños causados a los bienes ha perdido todo carácter represivo y tiende solamente a la asignación de daños y perjuicios que no pueden superar al monto del daño.» No obstante lo anterior,

¹¹ «El derecho romano nunca distinguió completamente la pena de la reparación (y por consiguiente la responsabilidad civil de la penal); pues si él creó, en la época clásica, acciones con fines principalmente indemnizatorios (las acciones “reipersecutorias”), y otras acciones llamadas “penales”, destinadas principalmente a golpear con una sanción al autor de un delito, la oposición entre esos dos tipos de acciones no fue sistematizada nunca, y en el Bajo Imperio esa oposición tuvo la tendencia a desvanecerse por razón de la creación de las llamadas acciones mixtas, las cuales tendían a la vez a la imposición de una pena y a una condena al pago de daños y perjuicios.» Ver. VINEY, *Tratado...* op. cit., pág. 27

¹² JUSTINIANO, *Institutas*, Título III, numeral IX

¹³ RIPERT-BOULANGER, *Derecho civil*, op. cit., pág. 17

permanecía para ciertos casos el concepto de pena, y pareciera que en realidad no se perdió «todo carácter represivo». Así ilustraban estos mismos autores dicha situación: «En lo referente a los daños causados a las personas, la acción era llamada de reparación civil, y se había conservado la idea de una pena infligida al autor de la cual se beneficiaba la víctima»¹⁴. De manera que, en tratándose de la reparación de daños causados al cuerpo de la víctima y no a sus bienes, la indemnización se causaba a título de pena y no de compensación. Como bien sabemos en un inicio hubo resistencia a considerar la posibilidad de avaluar, por ejemplo, la pérdida de una extremidad o de la capacidad visual, es decir de los daños relativos al cuerpo humano, por lo cual se consideró, entonces, que una indemnización en esos casos no podía ser más que a título de pena para el victimario.

Por otro lado, JOSSEERAND ya había planteado que en el derecho precodificado se había expulsado el concepto punitivo, afirmando que «la determinación de la responsabilidad no es ya únicamente un problema de conciencia sino también una cuestión de orden económico; en que no se trata ya de castigar, sino de reparar, de indemnizar, de restablecer un equilibrio económico, roto por el hecho ilícito»¹⁵.

Lo anterior se puede sintetizar en que la responsabilidad civil estaba destinada a restablecer económicamente a la víctima del daño, reconstruir su patrimonio afectado, y no a castigar al culpable del hecho dañoso.

Pero, como se puede dilucidar, la división no era quirúrgica, tan drástica como sería (al menos en apariencia) a partir de la aparición del código. Evidentemente se trazaba una regla general, pero a su vez parecía aceptarse la existencia de excepciones. De alguna forma la acción de responsabilidad civil continuaba siendo mixta; en cuanto a que en algunos casos aún se manifestaba una función más allá de lo resarcitorio, que podía llegar a rasar con lo punitivo. En fin, es cierto que la regla general ya estaba sentada, pero las excepciones aún persistían, visibles a plena luz del día.

¹⁴ Ídem., pág. 18

¹⁵ JOSSEERAND, *Derecho civil*, op. cit., pág. 296

Situación a partir de la codificación

La mesa ya estaba hace mucho servida y los platos bien dispuestos. La facultad de castigar, en un lado, pertenece al Estado y es ejercida a través de la responsabilidad penal. En el otro extremo se encuentra un particular, titular de la acción, quien ha sufrido un daño producto de una culpa, y tiene el derecho a que se le repare. Desde que se sentaron estos principios, la mesa no ha hecho más que extenderse longitudinalmente, apartando cada vez más estas dos vertientes de la responsabilidad; olvidando quizá que en su génesis fueron una sola. En el medio, dispersas por la mesa, quedaron una serie de circunstancias, por fuera de una y de otra, en unas zonas grises y ajenas a toda consideración jurídica. Tema que analizaremos más adelante.

Como consecuencia de esta separación, los elementos de estas modalidades de responsabilidad se irían delimitando y distinguiendo. De una parte, la responsabilidad penal se fue desarrollando en función de la punición y la prevención; aunque teniendo siempre en el fondo, inmersa, una suerte de función resarcitoria, un tipo de reparación, que responde al daño infligido al tejido social, donde el sujeto pasivo es la sociedad como un todo; la cual, de alguna manera, se siente reparada por el castigo que cae sobre el victimario y por reforzar las garantías de no repetición. No obstante, esta forma de reparación es apenas indirecta y tiene poco de tangible.

Por la otra, en cuanto a los elementos de la responsabilidad civil, estos tomarían su forma bajo el principio de que esta «no supone ya un perjuicio social sino un daño privado». Se trata solo de devolver a la víctima lo que ha perdido, «por eso, ya no es cuestión de penar, sino solamente de reparar. Mientras que la responsabilidad penal constituye una sanción, la responsabilidad civil es una reparación»¹⁶.

Este entraría a ser el principio funcional, que acorta y delimita el objeto de estudio de la responsabilidad civil, sumado a otro principio de orden moral, derivado de la máxima de que solo se

¹⁶ MAZEAUD, *Lecciones...* op. cit., pág. 4

encuentran obligados a reparar aquellos quienes hayan producido un daño *por su culpa*. Aquél se refiere, entonces, a que la función de la responsabilidad civil es la de restablecer económicamente a la víctima a la situación en que se encontraría de no haber ocurrido el evento dañoso. Este —el segundo— se ve desde el punto de vista del victimario, y dictamina que sólo aquel daño producido por culpa de un determinado sujeto debe ser reparado por este. Son dos elementos interdependientes.

Estos dos principios de la responsabilidad civil son los elementos estructuradores de los componentes dogmáticos de la institución que hoy conocemos; estos son la culpa y el daño —sumados al nexo causal que los une—. Veamos el tratamiento que estos dos han tenido; uno más pacífico que el otro, para ver de qué manera se ha dado su evolución a través del tiempo y así entrever la necesidad de que los cambios sean aún más profundos.

Aunque la delimitación entre la responsabilidad civil y la penal ha sido aparentemente clara, no así la de sus elementos internos. Estos no han tenido siempre el mismo tratamiento ni la misma fuerza dentro de la configuración dogmática de la institución. No ha sido constante ni completamente coherente el desarrollo jurídico de la culpa y del daño. En cuanto a lo que es hoy el elemento moral de la ecuación, es decir el factor *culpa*, puede decirse que este siempre ha pugnado con uno de orden causalista, el cual defiende la objetividad sobre la culpa, y de acuerdo con el cual la culpa del causante del daño es un factor irrelevante y en consecuencia estaría obligado a reparar quien, por sus actos, independiente de la calificación moral de los mismos—es decir de si se han causado con o sin su culpa—, causare un daño a otro.

Así nos ilustra JOSSERAND esta tensión; «desde el origen del derecho romano hasta nuestros días, se ha producido una doble evolución, que se reduce a un movimiento de vaivén; después de haberse alejado del punto de partida, la teoría de la responsabilidad tiende a volver a él; doble evolución que gravita en derredor de estas dos nociones cardinales: la culpa y el riesgo; con la primera, la

responsabilidad subjetiva; bajo la influencia de la segunda, se hace objetiva»¹⁷.

En sus orígenes, la responsabilidad era completamente objetiva. Independientemente del hecho de que algo se le pudiera reprochar al causante del daño, este debía repararlo¹⁸. La obligación de reparar recaía sobre el causante del daño como una premisa divina. Es más tarde cuando la responsabilidad «se hace tributaria de la imputabilidad; sólo cuando haya culpabilidad, habrá responsabilidad; la culpa se encuentra en la base de la teoría transformada»¹⁹.

Sería en el derecho romano tardío donde surgiría el concepto de culpa para integrarlo dentro de la responsabilidad civil, aunque no fuera aún como un elemento central y protagónico²⁰. Y en adelante, en *Civil Law*, y específicamente en el derecho francés previo a la codificación, la función que la responsabilidad civil cumpliría, desde el punto de vista del factor de imputación, sería estrictamente la de reparar aquel daño causado con culpa. La culpa era un absoluto, una *conditio sine qua non*; sin la cual no podría responsabilizarse a sujeto alguno de la ocurrencia de daño cualquiera.

Este principio se consagraría en el artículo 1382 del Código Civil francés así:

«Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido».

Dicho principio llegaría pues a su clímax con la codificación. El artículo precitado no creó, por supuesto, el principio o cláusula general de la responsabilidad civil por culpa, sino que recogió dicha norma, dispersa en el derecho francés, y la cristalizó en el *codex*, como parte de lo que sí era novedoso,

¹⁷ Josserand, *Derecho civil*, op. cit., pág. 295

¹⁸ De acuerdo con LÓPEZ MESA, esto no sólo ocurría en los orígenes del derecho romano, también en «los primitivos pueblos orientales —Babilonia, Israel, Egipto, China, Persia, India— [...] la responsabilidad era objetiva y resultaba de la simple circunstancia de haberse producido el daño; lo cual acarreaba por sí solo, sin discriminación sobre los factores que podían haberlo generado, la imposición de la o las penas al autor del hecho, a veces al jefe del grupo, e inclusive colectivamente a toda la tribu o familia a la que el primero pudiera pertenecer». Ver. «*Tendencias de la Responsabilidad...*» op., cit., pág. 30

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ VINEY, *Tratado...*, op. cit., pág. 29

una cláusula general de responsabilidad civil con pretensión universal, opuesto a la metodología casuista del derecho romano y el derecho civil precodificado.

Por otro lado, a partir de este momento, la responsabilidad civil, como la gran mayoría de instituciones codificadas, se fue dogmatizando, en el sentido de convertirse en verdad inconcusa. El código, depositario de las verdades jurídicas incontrovertibles del positivismo decimonónico, recibía una figura difusa y dispersa por siglos de desarrollo jurídico y la cristalizaba como si se tratase de una institución prístina, contentiva de una inteligibilidad absoluta. Y hasta el último tercio del siglo XIX las verdades plasmadas en el texto codificado permanecieron casi incontrovertidas, hasta que la doctrina notó el gran estancamiento que se estaba presentando en el derecho y, de la mano de GENY, se propugnaría por un derecho libre del fetichismo a la ley, dinámico, y donde el juez considerara la norma como un elemento más dentro de su actividad de libre investigación científica sobre un derecho que ya no se limitaba al texto de la ley.

Así, no pasaría siquiera un siglo para que ese pináculo del positivismo, como lo fue el código, tambaleara ante la realidad social y económica. De manera que esta materia se vería obligada a evolucionar de la mano de la aparición de teorías solidarias del derecho civil y en particular de la responsabilidad, tales como las más significativas teorías del riesgo y del abuso de los derechos. Así lo planteaban los MAZEAUD; «al tratar de asegurar una reparación más frecuente de los daños, la jurisprudencia ha socializado el derecho de la responsabilidad. Pero se ha esforzado también, prosiguiendo la obra de DOMAT, por moralizar el Derecho»²¹.

Es así como el derecho de la responsabilidad fue sufriendo un proceso de socialización y moralización²². Sin embargo, dicha evolución se manifestaría especialmente respecto del elemento

²¹ Mazeaud, *Lecciones...* op. cit.

²² «Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante del pensamiento» Ver. BERNAL PULIDO y FABRA ZAMORA (Editores), En *La filosofía de la responsabilidad civil*; FABRA ZAMORA, *Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 26

culpa de la responsabilidad civil. Tanto la teoría del riesgo como la del abuso de los derechos se ocupaban de situaciones en las cuales, por un lado sin culpa y por el otro permitiendo la posibilidad de hablar de culpa en tratándose del ejercicio de un derecho legítimo, podría comprometerse la responsabilidad en eventos antes impensados.

En cuanto a la teoría del riesgo, la situación era la siguiente; con el maquinismo y la industrialización vino la proliferación de los eventos dañosos y fue claro que el ordenamiento debía responder de forma contundente. Bajo esta imperiosa necesidad se le asignó a la responsabilidad una nueva función, impensada para los redactores del código, como nueva tarea del derecho civil, el que ahora debía apartarse del elemento culpa para cumplir más una función de distribución de cargas y de buscar un equilibrio económico social. Así, se abrió camino a responsabilizar al causante de un daño, quien no por su culpa sino por realizar una actividad considerada peligrosa y potencialmente dañina, lo ha causado²³.

Si hacemos una lectura con perspectiva histórica, teniendo en cuenta la gran elasticidad de que fue objeto el régimen de la responsabilidad, es evidente que lo que se pretendía era prevenir, disminuir la cantidad de daños causados por este tipo de actividades, más que descubrir o desentrañar un mejor o nuevo sentido de la norma. Con método hermenéutico plenamente utilitarista, a la norma se le hizo disponer lo que no disponía, para así apaciguar la necesidad de proteger a las víctimas de esos nuevos e impensados accidentes que traía bajo el brazo la modernidad²⁴. La responsabilidad se puso en función

²³ «Puso en jaque al sistema clásico de la responsabilidad civil, en particular a varios de sus presupuestos, que eran condición para establecer el deber de reparar. En primer término, porque la intervención de maquinarias en la causación de daños volvió más compleja la determinación de la relación causal entre la conducta dañosa y el daño, afectando el análisis de dicho requisito. Pero más importante aún, aunque íntimamente relacionado con lo primero, el sistema no podía justificar legalmente la responsabilidad de aquellos agentes dañadores que, pese a provocar causalmente daños injustos en terceros, cumplían en su accionar dañoso con los estándares de conducta que les eran razonablemente exigibles, según las pautas de la época.» Ver. *La filosofía...* op. cit., ANZOÁTEGUI, Ignacio, *Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños*, pág. 288

²⁴ TARRIBLE, durante la discusión del Código, sentaría el principio moralista así, sin dar lugar a dudas de la exclusión de cualquier responsabilidad objetiva: «el daño debe ser el efecto de una culpa o de una imprudencia atribuible a alguien: si no puede ser atribuido a esa causa, será obra del azar, del que cada cual debe soportar su suerte; pero si hubo culpa o imprudencia, cuyo grado cualquiera de levedad haya influido en el daño cometido, será debida su reparación.» Ver VINEY, *Tratado...* op. cit., pág. 41

de los fines de justicia y paz sociales por los que propugna el derecho, y así el dogma de la culpa tuvo que ceder ante las exigencias de una sociedad cambiante. Las críticas, como era apenas lógico en un sistema tan fuertemente positivista, no se harían esperar.

Por un lado vale reseñar que la doctrina se divide en el punto tocante con el factor de imputación en tratándose de la responsabilidad por actividades peligrosas. No obstante todos llegan a la misma conclusión, de terminar objetivizando la responsabilidad, no todos concuerdan con que esta modalidad en realidad se aparte de la culpa. Para muchos la realización de una actividad peligrosa es ya una culpa en sí misma y por lo tanto no es realmente un caso de responsabilidad objetiva sino más bien de una culpa objetiva, una culpa particular, legal, consagrada por el ordenamiento²⁵. Independiente del criterio que al respecto se adopte y de que pueda finalmente afirmarse que la *culpa* como elemento principal permaneció incólume, es incuestionable que lo que se dio con la conceptualización de la teoría del riesgo fue una verdadera revolución jurídica con fines de proteger a la sociedad, a las víctimas de cuanto daño injusto hubiera; se pudo repensar la responsabilidad y cuestionar uno de sus principios fundantes.

No obstante, luego del auge de la teoría del riesgo, la culpa volvería a ganar terreno. En su tiempo diría MAZEUD que esta «no ha podido resistir a las críticas decisivas de los sustentadores de la teoría de la culpa»²⁶, aquella defendida por SALEILLES y JOSSEERAND, y esta por PLANIOL y CAPITANT. Reformas legislativas se implantarían para limitar su alcance y alentar la vanidad de la culpa. Se seguía sosteniendo que la razón de ser de la responsabilidad civil eran los daños cometidos por la culpa de su autor, pues nada distinto mandaba el Código y el derecho antiguo de la responsabilidad, que lo precedía. Pero el debate, en el fondo, se tornaba más político que jurídico, el problema de trastocar las instituciones «clásicas» del derecho civil era un tema más de sensibilidad histórica que uno

25 Quisiera mencionar algo que señala el profesor DE ANGEL YÁGÜEZ, en cuanto a que «cuando se abandona la consistencia de la teoría tradicional, las cosas, usualmente, se convierten en un juego de palabras» Y esto es quizá lo que ocurre con este tipo de discusiones y muchas otras, particularmente dentro de la disciplina que tenemos bajo examen. Ver. R. DE ÁNGEL, *Daños Punitivos*, 2012

²⁶ MAZEAUD, *Lecciones...* op.cit.

sustancialmente jurídico. La codificación —cómo fenómeno jurídico del positivismo del siglo XIX— mostró su verdadera cara; como vehículo deformador de principios jurídicos recogidos en ella, convirtiéndolos en dogmas absolutos, no permitiendo el avance de la ciencia jurídica, y en particular el derecho civil, de la mano de las demás ciencias sociales.

Mientras en el resto del mundo habría cabida para reevaluar cuanta institución interfiriera con el cumplimiento de los fines sociales, «en el mundo continental el movimiento codificador del siglo XIX quitó a esta materia —la responsabilidad civil— la vitalidad intelectual que la caracterizó durante la modernidad»²⁷.

No obstante, el debate sobre el factor culpa tuvo lugar, y esta tendría que ceder finalmente, así fuera en unos cuantos casos y unos cuantos pasos, ante la necesidad de cubrir los nuevos daños que vinieron con la era industrial. Pero, ¿qué pasaba con la reparación, con el factor *daño*? Cosa distinta no es la que aquí proponemos, una revisión estructural de dicho elemento con el fin de integrar el derecho de la responsabilidad a las necesidades actuales. Pero encontramos que en cuanto al daño se mostró mucho más inflexible la dogmática decimonónica y el historicismo jurídico continental, y el resultado, que aún se mantiene hoy, es el siguiente: sólo se condena en la medida del daño causado.

De acuerdo con los MAZEAUD, «entre los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, el perjuicio es aquel cuya existencia provoca menos discusiones. La jurisprudencia es unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin perjuicio y la inmensa mayoría de la doctrina se limita a consignar esta regla.»²⁸. Y no sólo el que no pueda existir responsabilidad sin perjuicio, sino que esta debe ser directamente proporcional a aquel, no lo puede desconocer, ni por exceso ni por defecto.

Y en efecto así fue; la doctrina se limitó a repetir y reforzar el principio resarcitorio sin realizar mayores cuestionamientos filosóficos, sociológicos ni jurídicos acerca de la naturaleza de ese principio

²⁷ FABRA ZAMORA, Jorge, *La filosofía...* op. cit., pág. 25

²⁸ MAZEAUD, *Lecciones...*, Tomo I, op.cit., pág. 108

o su existencia misma y su función dentro de la consecución de los fines del derecho y el Estado.

No obstante, por corriente bien distinta, hay quienes cuestionan hoy la misma existencia de este principio desde los inicios de la codificación y encuentran en el principio de la imputación subjetiva o fundamentada en la culpa la afirmación de lo contrario. En efecto, algunos sostienen que la función de la responsabilidad civil siguió siendo sancionatoria, incluso luego de la aparición de los códigos. De acuerdo con Ignacio ANZOÁTEGUI, la forma como se le denominó clásicamente a la disciplina, *responsabilidad civil*, ya encasillaba de suyo una función sancionatoria. De allí que luego de la reaparición de la imputación objetiva en la responsabilidad, se elevara la necesidad de cambiar la forma de referirse a esa misma institución jurídica, de manera que «no es casual que nuestra doctrina haya comenzado a acuñar la expresión *derecho de daños* para designar al sistema de responsabilidad civil. Esto no es más que el reflejo del referido cambio de paradigma que ha sufrido la disciplina [...] La denominación antes acuñada, responsabilidad civil, denotaba una orientación punitiva, sobre la cual indudablemente estaba estipulado el sistema reparatorio del Código Civil.»

En esa misma vía, ANZOÁTEGUI se apoya en el profesor ALTERINI, quien se refería a la obligación derivada de la responsabilidad civil:

«en sentido estricto, se dice responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama una indemnización. Esta acepción que comúnmente se le da al concepto, en cuanto se asigna el deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento [...] la responsabilidad tiene alcances de sanción, desde que se entiende por tal la consecuencia de índole jurídica que corresponde a la infracción de un deber, tal consecuencia significa un desvalor para quien es pasible de ella»²⁹.

Lo que interesa de esta cita es, fundamentalmente, el que la sanción de responsabilidad no se limita simplemente a asignar un derecho sino que, además, acomete la desvaloración de la conducta del causante del daño. Agrega ALTERIRNI, citado por Anzoátegui, que «[e]l Código Civil de Vélez

²⁹ ANZOÁTEGUI, *La filosofía...* op. cit., pág. 285

Sarsfield enfoca la responsabilidad en vistas a la sanción más que a la reparación, porque la conducta del agente determinaba el nacimiento de la indemnización; sólo era responsable el autor cuando él era culpable [...]»³⁰.

Nos parece pertinente citar *in extenso* a ANZOÁTEGUI, para efectos de comprender mejor esta postura:

«[E]n tal sistema, la atribución jurídica del daño a su causante, esto es, “la responsabilidad”, más allá de la reparación que con ello tendía a lograrse, tenía por principal objetivo hacer asumir a aquél las consecuencias de sus actos como un acto estatal de reproche, por lo que este sólo estaba justificado cuando el agente, además de ser pasible de imputación moral del hecho dañoso, había obrado con intención de dañar (dolo civil extracontractual), o había incurrido en un incumplimiento de contrato en forma deliberada (dolo civil contractual), o cuando había obrado negligentemente según los estándares de conducta que le eran exigibles, conforme a las circunstancias de tiempo y de lugar, y a sus condiciones personales, derivando ese obrar culposo en un daño extracontractual o en el incumplimiento de un contrato. De esta forma, se entendía que la base fundamental de la teoría de la responsabilidad era “la aptitud de imputación del sujeto”.»

»La reparación del daño causado parecía ser algo secundario o consecuente al reproche, de allí que solo procediera cuando la conducta que lo provocaba era susceptible de ser sancionada por su carácter disvalioso, esto es, cuando había mediado culpa o dolo en el agente, además de la exigencia de voluntariedad de sus actos.»

Recordemos aquello que mencionamos sobre el carácter mixto de la responsabilidad civil en el derecho romano. Este carácter mixto se lo daban los conceptos de reparación, sanción y culpa en una

³⁰ *idem.*, pág. 286

misma consecuencia jurídica. Los elementos culpa y sanción, de acuerdo con los autores antecitados irían necesariamente de la mano. Al respecto ya había dicho algo JOSSERAND, considerando que a la concentración de la responsabilidad civil sobre el daño y la reparación, le debió seguir el alejarse del elemento *culpa*, para inclinarse más por una imputación objetiva: «la separación entre el punto de vista civil y el punto de vista penal debiera lógicamente haber traído como corolario la liberación de la responsabilidad civil de su vasallaje secular frente a la culpa; en realidad aquí, como en otras partes, continuamos haciendo derecho romano»³¹. Esto es lo mismo que afirmar que aún se mantiene el carácter mixto de la responsabilidad y que un verdadero derecho de daños debería tender a la eliminación del factor culpa, pues de lo contrario no se aleja del todo del derecho represivo.

De acuerdo con la postura de ANZOÁTEGUI, al derecho de la responsabilidad civil no sólo no le es ajeno sino que le es esencial una función punitiva y consecuentemente preventiva en la cual el ordenamiento establece un desvalor sobre determinada conducta.

No obstante lo anterior, casi la totalidad de la doctrina clásica afirmó el principio indemnizatorio. Veamos cómo algunos de los clásicos de finales de siglo XIX y principios de siglo XX trataron la cuestión.

Sobre la línea divisoria entre la responsabilidad civil y penal en su tiempo, JOSSERAND, cuando hablaba de la diferencia entre el delito civil y el penal, señalaba que «las sanciones son diferentes: por una parte, medidas de orden represivo (encarcelación, multa, etc.); por otra parte, medidas en orden a la indemnización (daños y perjuicios).³²» De manera que son dos sistemas que aplican dos consecuencias jurídicas completamente diferentes; por un lado *punicción* y por el otro *reparación*.

Luego, los MAZEAUD diría de forma contundente que «el juez que falle en lo civil no tiene por qué castigar o excusar, sino que reparar. No debe transformar la indemnización por daños y perjuicios

³¹ JOSSERAND, *Derecho civil...* op., cit., pág. 296

³² Ídem., pág. 293

en una pena privada». Más adelante volveremos al papel del juez en tratándose de la función indemnizatoria.

Por otra parte, RIPERT-BOULANGER señalaban, en la misma vía de lo anterior, que «el delito civil sólo es tomado en consideración si lleva aparejado un perjuicio a otra persona; la víctima tiene una acción de reparación para hacerse adjudicar daños y perjuicios.»Y seguía: «la ley civil no se ocupa del castigo de las faltas sino en cuanto se trata de asegurar la reparación de los daños»³³.

Este esfuerzo de la doctrina en afirmar este principio no es en absoluto gratuito. Debe tenerse en cuenta que aún quedaba el tufillo de la sanción penal en el derecho civil y tanto jueces como alguna parte de la doctrina seguían afirmando, así fuera de forma implícita, la cabida de lo punitivo dentro de la responsabilidad. Estos últimos afirmaban que la reparación debía ser directamente proporcional a la culpa cometida, y por lo tanto no podría negarse un aspecto punitivo en la condena de indemnización.

Relación entre la culpabilidad y la indemnización

Es una paradoja que un sistema que deriva su fundamento de la culpa no comprenda en sí el grado de la misma, lo que lleva necesariamente a afirmar que todas las culpas son iguales; graves, leves, levísimas; y aún el dolo —al menos en el plano extracontractual—; todas tienen el mismo tratamiento. La regla de la culpa se convierte en un «pasa/no pasa», en una válvula que una vez abierta deja caer sobre el victimario las mismas aguas de responsabilidad, con total indiferencia, sin distinción alguna; no interesa saber qué tan mal actuó, qué tan culpable es ni qué tan reprochable fue su conducta. De allí la máxima de responsabilidad extracontractual que afirma que *toda culpa compromete la responsabilidad*.

Así lo señalaban los MAZEAUD; «cuando se trata de fijar la importancia de la reparación, no debe tenerse en cuenta al responsable sino a la víctima; no la culpa, sino el perjuicio [...] poco importa la

³³ En *Derecho Civil, obligaciones...* op., cit., pág. 86

gravedad de la culpa»³⁴. Y continuaban de esta manera; «[l]a reparación, por cuanto no constituye una pena, carece de relación con la culpabilidad. Indudablemente no podemos ser responsables sin haber cometido alguna culpa. Pero el grado de culpabilidad no influye en la importancia de la condenación civil»³⁵.

Y esta cita es aún más explícita; «la culpa puede ser más o menos grave; el equilibrio de los derechos de que se trata, puede haber sido roto más o menos violentamente. Poco importa, en principio: es de tradición que en materia delictual la culpa más ligera es engendradora de responsabilidad: *in lege Aquilia et culpa levissima venit*.³⁶»

De esta última cita quisiera resaltar un elemento que es sintomático de los problemas en el estudio de esta disciplina y al que ya nos hemos referido tangencialmente; *la tradición*. Como lo he resaltado anteriormente, poco se preocupó la doctrina por la filosofía de la responsabilidad para determinar sus funciones y aplicaciones, sino que se ha limitado a justificar su contenido con argumentos históricos, negando toda facultad evolutiva de la ciencia jurídica y ni siquiera planteando la posibilidad de reevaluar ciertos dogmas que, como este, se han enquistado en el subconsciente jurídico y no permiten que la discusión se plantee de manera abierta, franca y sustentada. Simplemente; «así debe ser porque así siempre ha sido».

Lo anterior respecto del derecho francés, pero veamos qué sucedía en otras latitudes. En desarrollo de la doctrina italiana, MESSINEO señalaba esencialmente lo mismo, en cuanto a que la indemnización tiene «una función reparadora análoga (y más propiamente la naturaleza de compensación), es correlativa al daño que se infiera, fuera del caso del incumplimiento, o del acto ilícito, o sea, fuera del presupuesto de la culpa o del dolo; y, de todos modos, escapa todo carácter

³⁴ MAZEAUD, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, ed. Colmex, México DF, 1945, pág. 381

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ídem.*, pág. 309

sancionatorio»³⁷. Está clara y explícita la función simplemente reparadora de la indemnización; nada importa el grado de la culpa, nada importa el dolo.

También IHERING, como uno de los máximos exponentes de la doctrina alemana, diría que «todo lo que existe de penal, todo lo que podría recordar la idea de pena, está excluido de la reparación del daño»³⁸.

Por vía bien distinta, otras voces autorizadas han señalado lo contrario. RIPERT-BOULANGER, quienes aunque, como vimos, afirmaron la separación de lo resarcitorio y lo punitivo, consideraron que no tener en cuenta el grado de la culpa podría ser errado: «el derecho civil, que se propone la reparación del daño, mide la extensión de la reparación no por la gravedad de la falta, sino por la extensión del perjuicio. Esta última solución no es muy lógica y se podría sostener que la reparación debe depender del grado de culpabilidad»³⁹. Y continuaba así; «sería desconocer el fundamento moral de la responsabilidad civil juzgar solamente los actos por sus consecuencias perjudiciales»⁴⁰.

Así también lo afirmaba LAURENT; «la reparación a que es condenado el autor del hecho perjudicial constituye una pena, y toda pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpa»⁴¹.

DOMAT e incluso el mismo IHERING —aún cuando, como vimos negó cualquier componente sancionatorio en la indemnización, al igual que RIPERT— también afirmaron un principio de proporcionalidad entre la culpabilidad y la reparación.⁴²

El juez y la indemnización

Veamos cómo a pesar de que JOSSEAND afirmaba lo apacible de este elemento de la

³⁷ MESSINEO, Francesco, Derecho civil y comercial, t. IV, obligaciones, parte general, ed. Ediciones Europa América, Buenos Aires, 1972, pág. 247

³⁸ MAZEAUD, Lecciones... op.cit., pág. 59

³⁹ RIPERT-BOULANGER, *Derecho civil*, op.cit., pág. 26

⁴⁰ Ídem., 27

⁴¹ Mazeaud, *Tratado...* op.cit, pág. 383

⁴² MAZEAUD, Henri y León; TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo III, Vol I, Ediciones Europa América, traducción de la 5ª edición, Buenos Aires, 1977, pág. 599

responsabilidad, este no lo ha sido tanto. Parte de la doctrina afirmaba que en el fondo se estaba manifestando un factor punitivo en las decisiones judiciales.

El mismo JOSSEAND advertía una postura recurrente en la actividad judicial, al menos *de facto*, en la cual se contravenía el principio de no proporcionalidad que afirmaría luego MAZEAUD: «De hecho, el juez se mostrará más severo y concederá con mayor facilidad una amplia indemnización a la víctima, cuando el daño tenga su origen en una culpa grave y sobre todo en una culpa intencional. [...]En derecho, la culpa intencional es tratada más severamente que la culpa involuntaria, desde diferentes puntos de vista»⁴³.

Y también RIPERT- BOULANGER luego señalarían que «no debe creerse que el derecho civil no conozca la distinción entre las faltas. Indudablemente, por regla general, según el adagio tradicional de la ley Aquilia, la culpa levisima basta para establecer la responsabilidad. Pero eso no impide que en los fallos se advierta con frecuencia una calificación de las faltas si es intencional, voluntaria o grave»⁴⁴.

Tanto JOSSEAND como RIPERT-BOULANGER percibieron esta situación como una excepción al principio más no como su violación. Como algo natural observaron la forma cómo por vía indirecta se consideraba la gravedad de la conducta para fijar la indemnización. Es una excepción o atenuación del principio de no proporcionalidad pero una razonable medida que no atenta contra la esencia de dicho principio y que más bien cede parcialmente ante principios de moralidad.

Sin embargo, algunos sí han considerado dicha situación como una completa anomalía y, por qué no, una conducta incluso *contra legem* del juez. A manera de crítica se referían los MAZEAUD sobre este particular, diciendo que; «so pretexto de evaluar el perjuicio, tienden los jueces a aumentarlo o disminuirlo según la gravedad de la culpa.»

Hasta ahí no dista mucho de las opiniones ya mencionadas. Pero continuaba de esta manera:

⁴³ JOSSEAND, *Derecho civil*, op.cit., pág. 309

⁴⁴ RIPERT- BOULANGER, *Derecho civil...* op.cit., pág. 26

« [U]na apariencia de equidad triunfa del derecho. Las más de las veces no pueden los jueces abstenerse de sancionar severamente a los muy culpables o de condenar levemente a las personas excusables. El juez se vale de su facultad de fijar la condenación para castigar o absolver en vez de reparar. Olvida que conoce de lo civil. Convierte la indemnización en una pena privada sin que ningún texto lo autorice para hacerlo.»⁴⁵

Los MAZEAUD atacan frontalmente la actividad del juez en estos casos, para cerrar afirmando, cuando no imputándole al juez, que «valiéndose del poder soberano que tienen para aparejar el perjuicio, los tribunales falsifican a sabiendas el avalúo y aprecian la indemnización en relación con la culpa.»

Esta aparición del factor punitivo se manifiesta principalmente en dos eventos; por un lado en cuanto a la tasación de la responsabilidad cuando concurre la culpa de la víctima y, por el otro, cuando se trata de la reparación del daño moral.

En cuanto a lo primero, era manifiesta la actividad del juez de tasar la indemnización teniendo en cuenta el grado de culpabilidad del victimario para sacar el porcentaje de su participación en la totalidad del daño, en el que también participó la víctima. Es evidente que aquí se utiliza la indemnización como sanción, pues la condena no responde estrictamente al daño causado por el victimario sino al grado de su culpa con respecto a aquel.

JOSSERAND afirmaba:

«Cuando hay culpa por parte del autor del daño y culpa también por parte de la víctima, el tribunal en el reparto de responsabilidad a que procede, se verá incitado a conceder más

⁴⁵ MAZEAUD, *Tratado...* op.cit., pág. 382

importancia a la culpa intencional que a la culpa simple, al delito que al cuasidelito⁴⁶.

»Con bastante frecuencia, se trata la culpa grave de distinto modo que la culpa leve: no sólo la sancionan más fácilmente y con mayor severidad los jueces del hecho, sobre todo cuando proceden a una división de responsabilidad, sino que ocurre también que se le tenga en cuenta, únicamente a ella con exclusión de la culpa simple [...]»⁴⁷

Por otro lado, de tiempo atrás se ha advertido la intrusión del factor sanción en las indemnizaciones otorgadas en razón de daños morales. En su momento se debatió ampliamente si era viable la indemnización de semejante daño, ante el impedimento de que era un daño sufrido que no podía verdaderamente repararse sino apenas compensarse. Con el tiempo se fue abriendo dicha posibilidad, mientras la idea iba encontrando su lugar la doctrina y la jurisprudencia; primero en tratándose de la responsabilidad extracontractual, luego abriéndose paso incluso a la responsabilidad contractual.

Sin embargo, el quantum indemnizatorio nunca dejaría de levantar interrogantes. Para una parte importante de la doctrina era evidente que los jueces aprovechaban dicho mecanismo para aplicar en cierta medida un castigo para el causante del daño, de acuerdo con el grado de reproche de su conducta dañosa.

RIPERT-BOULANGER, luego de afirmar la diferencia entre lo punitivo de lo penal y lo indemnizatorio de lo civil, afirmarían que «esta distinción se debilita, por lo demás, en los casos en que el daño causado es puramente moral, ya que la indemnización concedida a la víctima tiene también por efecto infligir al autor del acto una pena pecuniaria.»⁴⁸. Más adelante agregarían que «si la jurisprudencia ha admitido con tanta facilidad la reparación del perjuicio moral, es porque ha hallado

⁴⁶ JOSSERAND, *Derecho civil...* op.cit., pág. 292

⁴⁷ Ídem., pág. 491

⁴⁸ RIPERT-BOULANGER, *Derecho civil...* op.cit., pág. 21

así el medio de asegurar la represión de las faltas que, sin constituir siempre delitos penales, atestiguan una conducta culpable o defectuosa [...] eso puede explicar por qué la jurisprudencia vacila en condenar a las personas administrativas a reparar los daños morales»⁴⁹.

Y sigue señalando, en cuanto al daño moral, que «aquí no existe ninguna base real para ese cálculo —del monto de la indemnización—. La acción de daños y perjuicios tiene un carácter particular, tiende tanto a castigar como a reparar. La gravedad de la falta cometida ejercerá por lo tanto una influencia sobre la determinación del monto de la condena»⁵⁰.

Por otro lado, aunque afirmaron la cabida *de facto* del factor punitivo en las indemnizaciones, algunos criticaron dicha actitud de los tribunales y la calificaron de una anomalía, encabezados por los MAZEAUD Y TUNC, quienes afirmaron la existencia de un principio «de la no proporcionalidad de los daños y perjuicios con la culpabilidad y con la previsibilidad», señalando lo siguiente;

«El principio es cierto. No obstante los jueces no lo suelen afirmar sino para infringirlo mejor. En efecto, son soberanos para tasar el perjuicio; por ejemplo, apreciar el valor de un objeto destruido es una pura cuestión de hecho. So pretexto de avaluar el perjuicio, tienen aquéllos la tendencia a inflarlo o a restringirlo según la gravedad de la culpa.»⁵¹

»El juez que falle en lo civil no tiene por qué castigar o excusar, sino que reparar. No debe transformar la indemnización por daños y perjuicios en una pena privada [...] La solución es injusta para todos. Hace que pese sobre la víctima la contrapartida de un acto al cual es ajena; no podrá ésta hacerse que se le indemnice íntegramente si la culpa es leve; y logrará un beneficio si la culpa es grave.

»Sin duda, esa tendencia del juez es de todos los tiempos; se remonta a épocas lejanas, en

⁴⁹ Ídem., pág. 95

⁵⁰ Ídem., pág. 189

⁵¹ MAZEAUD, TUNC, *Tratado...* op. cit., pág. 557

las que toda condena era una pena; se encuentran numerosos rasgos de ella en el antiguo derecho francés.»⁵²

El mismo derecho francés que, vale decirlo, se quiso consagrar en el Código de 1804, pero que sólo a partir de ese momento se quiso borrar de un tajo todo rastro de alguna aplicación punitiva, o al menos esa fue la interpretación que del código surgió. Aceptan los MAZEAUD que históricamente se ha aplicado el derecho de responsabilidad civil como medio punitivo, lo que nos lleva necesariamente a reevaluar el principio aplicable, o al menos a considerar sus excepciones, las cuales se verifican, al menos, en el derecho viviente.

2. Panorama en nuestro derecho colombiano

Nuestro sistema de responsabilidad civil, al igual que el francés, se ha desarrollado principalmente alrededor de un solo artículo, el 2341 del Código Civil, y en general de un limitado número de disposiciones contenidas en el Título XXXIV del libro de las obligaciones. Por ello ha sido también necesario que esta disciplina se desarrolle por vía jurisprudencial, con la mirada atenta de nuestra doctrina autorizada.

En muchos campos, como por ejemplo en tratándose de la teoría del riesgo, nuestra jurisprudencia ha tenido un desarrollo autónomo con respecto al desarrollo jurisprudencial francés. Sin embargo, ello no es así para el caso que nos ocupa. Explícitamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales no hacen más que afirmar el principio del que hablaban los MAZEAUD.

Valen igual las palabras de JOSSERAND para lo que hoy sucede con el elemento *daño*, con el perjuicio, éste es aparentemente un tema pacífico y existe unanimidad en cuanto a que la función de la responsabilidad solo debe limitarse a resarcir; reparar; compensar; indemnizar el daño efectivamente causado, y nunca podría comportar un castigo para el victimario, el cual pueda exceder el monto del

⁵² Ídem., 558

daño sufrido por la víctima.

Sin embargo, ya hemos visto que en nuestro similar francés, esta no es una cuestión tan pacífica, no sólo porque voces autorizadas claman por una función punitiva de la responsabilidad sino porque implícitamente el sistema así lo consagra.

Las consideraciones sobre el monto de la indemnización en tratándose de daño moral o de la repartición en la participación del daño cuando concurre la culpa de la víctima son igualmente aplicables a nuestro sistema. Y lo mismo ocurre para las consideraciones sobre la determinación de la cuantía del daño moral.

En efecto, nuestra doctrina también ha notado esta «anomalía» en la adjudicación de responsabilidad en tratándose de daño moral.

Javier TAMAYO JARAMILLO lo señala así:

«No sobra anotar que, en el fondo, los jueces colombianos acuden a menudo a la indemnización de los perjuicios morales, tratando de imponer una sanción ejemplarizante al demandado. Esa tendencia es más evidente cuando el demandante no logra probar otros daños, pero no cabe duda de la responsabilidad culposa del demandado»⁵³.

En sentencia de 2001 de la Corte Suprema de Justicia⁵⁴, se puso de presente dicha situación, señalando que «algunas veces se ha inclinado —la jurisprudencia— por considerar, siguiendo a RIPERT y JOSSERAND y no sin razón, que el reconocimiento del daño moral subjetivo implica una sanción o forma de expiar la falta de quien lo infligió». No obstante que en otros casos sí es más evidente la naturaleza compensatoria de la indemnización por daño moral.

⁵³ TAMAYO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Editorial Legis, Bogotá, 2007, págs. 473-474

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de agosto de 2001, M.P. Jorge Santos Ballesteros, exp. 6492

Y el problema de la determinación de la cuantía del daño moral no surge sólo de la naturaleza no reparatoria y tan solo compensatoria del daño moral, sino además de la situación en que se encuentra el juez a la hora de determinarlo. En esa misma sentencia se señaló que «paralelo a la predicada indeterminación de la cuantía del daño moral, se ha dicho en forma reiterada que la fijación de ese quantum es del entero resorte del juez, precisamente por esa indeterminación. En efecto, se enfrenta el juez ante el hecho irrefragable de no poder medir el dolor que una persona determinada sufre por la muerte de su padre o de su esposo, en vista de que inimaginables factores psicológicos y espacio temporales entran en juego.»

De manera que es inevitable que el juez tenga que echar mano de factores tales como la naturaleza de la conducta y la mayor o menor reprochabilidad de la misma para así darle forma y determinación a la indemnización.

Consideramos que no se puede ser indiferente ante esta *situación de hecho*. Si llegamos a comprender que esta es una actitud inevitable del juez, quien inconscientemente va a tener en cuenta el grado de reproche sobre la conducta del demandado al momento de darle un valor concreto al perjuicio, podrá ejercerse un verdadero control sobre dicha práctica, de manera que se aplique y utilice de forma sistemática y siguiendo un catálogo de principios y limitaciones, bien sea de orden legal o jurisprudencial.

Funciones diferentes de la resarcitoria en la ley

Desde el Código francés se han encontrado diversos ejemplos en los cuales las respectivas normas de responsabilidad consagran, además de una compensación propiamente tal para la víctima, el derecho a un monto superior a aquella, es decir, superior al daño sufrido.

Así lo señalaron en su momento los MAZEAUD y TUNC;

«El legislador le permite a la víctima en algunas situaciones excepcionales, obtener cosa distinta de la reparación del daño. Eso es lo que se ha denominado, con mucha exactitud, penas privadas; pena, porque la finalidad no consiste ya en reparar, sino en causarle un daño al autor de la culpa. En castigarlo; pena privada, porque el daño sufrido por el responsable se traduce en una ventaja de que se aprovecha la víctima.⁵⁵»

En nuestra legislación nacional podemos encontrar varias disposiciones que prevén como consecuencias jurídicas aparejadas a ilícitos civiles, una indemnización para la víctima que supera el daño sufrido. En disposiciones dispersas en nuestra legislación civil hallamos sendas normas que consagran un resarcimiento superior al daño verificado. Podemos referirnos a varios casos, algunos descendientes directos del código francés, en los cuales quien causa un daño particular, por la vía civil, debe compensar más allá del daño que produjo.

Debemos comenzar por referirnos al artículo 6° de nuestro Código Civil, de acuerdo con el cual, «La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones.»

La importancia de este artículo para el tema bajo estudio depende de la interpretación que al mismo se dé y de la consecuente determinación de su alcance. Una interpretación puede dirigirse en la vía de considerar que lo que allí se dispone no es otra cosa que la inclusión de un elemento punitivo en las consecuencias jurídicas civiles. En esta línea ROJAS considera que «esta perspectiva devela que no es contrario a la intención del legislador entender que el pago de reparaciones, restituciones o reembolsos no solamente cumple una función estrictamente resarcitoria, sino también sancionatoria»⁵⁶.

Por otro lado, una interpretación sistemática puede llevar a concluir que lo que dicha norma

⁵⁵ MAZEAUD, TUNC, *Tratado...* op.cit., pág. 543

⁵⁶ ROJAS, Sergio, en *Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria*, Vniversitas, Editorial Javeriana, Bogotá, julio-diciembre de 2012, pág. 28

plantea son únicamente formas de aplicación, en términos muy generales, de la consecuencia jurídica como parte del silogismo legal, en cuanto a que puede operar tanto como prohibición, como también en la forma de un permiso, tomando la norma respectiva la forma de castigo o premio. La recompensa cuando se observa lo dispuesto en determinada norma y la pena como la consecuencia de su transgresión. Cosa distinta al hecho de que ante la transgresión de una norma surja simultáneamente, tanto un derecho en cabeza del afectado por dicha transgresión a recibir una recompensa, como una sanción en forma de pena contra el transgresor.

Nos inclinamos más por esta segunda interpretación. Sin embargo, no deja de ser inquietante el hecho de encontrar la palabra «pena» en dicha norma, la cual se encuentra en el título preliminar del Código, en el capítulo que trata de la ley civil, evidentemente por fuera de su hábitat jurídico natural.

Ahora, veamos algunos casos, ya en lo concreto, en los cuales podemos encontrar una aparición del componente punitivo en normas de naturaleza civil. Comencemos por el artículo 737 del Código, el cual consagra lo siguiente:

«Artículo 737. El que haya hecho uso de una materia sin conocimiento del dueño, y sin justa causa de error, estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicio irrogados al dueño; fuera de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas. Si el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en este artículo; salvo que se haya procedido a sabiendas.»

Sobre este particular artículo puede, creo válidamente, interpretarse que al final del mismo se configura una sanción para el agente que actúe con dolo. En efecto, el demandante no tendría derecho a la obra si esta excediere el valor de la materia, a no ser que el demandado hubiera actuado con dolo. Así lo señala BUITRAGO; «por haber usado la materia a sabiendas —con dolo—, el dueño de la materia

termina recibiendo más que el valor del perjuicio; se encuentra por lo tanto, en una posición de privilegio, justificada en la conducta del demandado y no en la relación directa con el daño sufrido por el patrimonio del demandante»⁵⁷. Es clarísimo, pues, que esta norma tiene un componente extra-compensatorio que consagra un desvalor mayor respecto de la conducta de quien usa una materia ajena con conocimiento de causa. Esta situación puede ilustrarse mejor si vemos lo que sucedería en caso de que la conducta sea apenas culposa y el valor de la obra exceda al de la materia: en virtud de dicha norma el propietario de la materia no tendría derecho a la obra, y le quedaría sólo acudir a la vía de la cláusula general de responsabilidad para que le sea resarcido el daño sufrido, limitado al valor de la materia, pues cualquier otra cosa implicaría que obtendría más de lo que perdió y por lo tanto se enriquecería sin causa alguna. Contrario sensu, si hubo dolo y aplica ahí sí esta norma, lo que está consagrado no es otra cosa que la posibilidad de enriquecerse a costa de la conducta dolosa del causante del daño, justificado en el castigo que se debe infligir a este. Pero véase que en uno y otro caso el daño sufrido es idéntico: la consecuencia jurídica cambia en función de la conducta del causante del daño.

Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 997 CC, el cual dice lo que sigue:

«Artículo 997. Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de éste tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare».

Es evidente que hay aquí un factor punitivo-preventivo, una clara intención de evitar la reincidencia y un mayor reproche dirigido contra el dañador quien reincide en su conducta. Desde el

⁵⁷ BUITRAGO, J, *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2007, pág. 111

punto de vista del demandante, en un caso recibe un valor y en el otro recibe dos veces el mismo, cuando el daño es exactamente igual, teniendo en cuenta que de afirmar el principio indemnizatorio el ordenamiento no podría menos que señalar la misma consecuencia jurídica para un mismo daño.

En otro caso también se obliga a la restitución del doble, de acuerdo con el artículo 1288 del mismo Código, «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.»

Esta última norma tiene además algunos componentes adicionales. Por un lado se constata el desvalor adicional que consagra la norma por tratarse de un legatario, sujeto que respecto de los bienes —uno o algunos— de una sucesión tiene una determinada relación sustancial, cosa que por un lado hace mucho más reprochable su conducta pero por el otro hace que los bienes de la sucesión se encuentren más susceptibles a su sustracción, y por lo tanto dificulta en mayor medida la detección. La norma está previendo una sanción alta para una conducta que puede no ser de fácil descubrimiento, donde las probabilidades de ser condenado a la restitución, en esas condiciones, son bajas, y por lo tanto la sanción debe ser mayor. Veremos este razonamiento más adelante al hablar de los planteamientos de la escuela del análisis económico del derecho.

De otra parte, también en la normativa de nuestro derecho de obligaciones contractuales encontramos algunas manifestaciones del factor punitivo. Por un lado, el artículo 1616 Civil consagra dos consecuencias jurídicas disímiles para dos eventos en los cuales el daño es idéntico. Nuevamente, dicha disimilitud está sustentada en la calificación que se haga de la conducta del causante del daño. La norma en mención dice así:

«Artículo 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo 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.»

Diferentes autores plantean toda suerte de explicaciones para justificar dicha situación, en las cuales no nos adentraremos en este estudio. Pero lo cierto es que dicha distinción es evidente y, cuanto menos, levanta sospechas acerca de si lo que existe en el fondo como una atenuación, fundamentada en un desvalor mayor de una conducta por sobre otra, acaso no comporta en el fondo un elemento sancionatorio. Podría en caso dado justificarse el que en tratándose de la responsabilidad contractual se deba limitar el daño indemnizable a aquel daño previsible, pero ¿qué justifica que en caso de dolo, el alcance de la responsabilidad se extienda aún al daño imprevisible?

También en el ámbito contractual hallamos otro evento en el cual podríamos encontrar implícita la función punitiva, en este caso ya no como consagración directa del legislador sino, más bien, como una autorización del mismo para que las partes de un contrato puedan fijar una pena civil, prevista para el caso de un incumplimiento. Por supuesto nos referimos a la cláusula penal. Así lo señala la jurisprudencia, «en nuestro derecho, el acreedor, salvo en el caso de la cláusula penal, no puede recibir indemnización alguna superior al daño sufrido, por muy culposa que haya sido la conducta de su deudor»⁵⁸. Por contera, se acepta que en el caso de la cláusula penal puede existir una indemnización superior al daño y relacionada con la culpa.

Esta figura es un elemento accidental de los contratos que puede cumplir diversas funciones. Ese abanico de funciones que la ley y la jurisprudencia le han permitido a la cláusula penal nos pueden dar luces a la hora de determinar cuáles son o pueden ser las funciones que puede cumplir en general el derecho civil y en particular el de la responsabilidad civil. Se puede hablar de cláusula penal como tasación anticipada de los perjuicios, como apremio o sanción para el cumplimiento o como garantía.

⁵⁸ Sentencia de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. 3328, 21 de marzo de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta

En el segundo caso, esta no es otra cosa que una medida de castigo en el seno del derecho civil, transversal a nuestro derecho de los contratos, ya que en caso de incumplimiento la pena no se confunde con la indemnización de perjuicios y podrán pedirse ambas.

Es curioso que nuestro ordenamiento, y en general los sistemas de derecho civil, permitan esta función en tratándose de la cláusula penal. Como veremos, los *punitive damages*, o penas privadas, son una institución típicamente anglosajona que permite la inclusión de factores punitivos al momento de considerar el monto de la indemnización, y aún así, aunque permiten una función sancionatoria o no compensatoria de la responsabilidad civil o *torts*, esos ordenamientos son reacios a aceptar la inclusión de una cláusula penal en los contratos cuando esta tiene una función sancionatoria y de constatarse que la naturaleza de una *penalty clause* se aleja del ámbito de lo resarcitorio suelen ser rigurosos a la hora de limitar su alcance o incluso de negarle todo efecto⁵⁹. Puede entonces considerarse, como algunos lo hacen, que «[n]os encontramos frente a una institución jurídica por medio de la cual el acreedor adquiere a título gratuito el importe de las sumas que no corresponden propiamente a la reparación como consecuencia del pago de una multa o “pena privada” por parte del deudor».⁶⁰

En este caso la causa del enriquecimiento sería el incumplimiento mismo del contrato. «Se puede considerar que la cláusula penal es un verdadero daño punitivo, puesto que se “abandona el campo de la reparación para entrarse en el de la pena privada, en la medida en que impone una sanción al deudor en beneficio de otro patrimonio privado” »⁶¹.

Algunos otros ejemplos legales pueden encontrarse en figuras como los intereses moratorios o en la pena que consagra el Código de Comercio para el tomador reticente, en tratándose del contrato de seguro. En ambos casos hay un componente punitivo y preventivo, por cuanto por un lado se quiere prevenir que el deudor moroso se lucre con su incumplimiento, y por el otro se reprocha fuertemente la

⁵⁹ CHEN-WISHART, Mindy, «*Contract law*», Oxford University Press, 4a edición, Oxford, 2012, pág. 559

⁶⁰ ARISTIZABAL, David, *Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad civil colombiana*, en Revista facultad de derecho y ciencias políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 40, No. 112, págs. 175-201

⁶¹ *Ibidem*.

conducta del tomador del seguro, pues ese tipo de conductas ponen en riesgo todo el sistema mismo de seguros y su equilibrio económico.

En cuanto al daño moral podemos y debemos hacer referencia al artículo 97 de nuestro Código Penal. La norma autoriza al juez a tener en cuenta la gravedad de la conducta al momento de tasar el quantum indemnizatorio. Si el juez puede tasar la indemnización, no de acuerdo al daño sino de acuerdo a la culpa, ello no es más que un castigo para el victimario. El tenor de la norma es el siguiente:

«Artículo Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

»Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

»Los daños materiales deben probarse en el proceso.»

Véase cómo en la norma se señala que al momento de condenar a una indemnización —la Corte Constitucional ha aclarado que aplica en tratándose de indemnizaciones por daño moral⁶²— el quantum indemnizatorio tiene doble fuente, por un lado se debe considerar la magnitud del daño y por el otro la naturaleza de la conducta. Ahora, ¿qué implica que deba considerarse la naturaleza de la conducta? Pues no puede ser otra cosa que el tener en cuenta su gravedad; su grado de antijuridicidad o de reproche, que es lo mismo. SOLARTE señala que dicha norma es una excepción al principio de reparación integral en cuanto que «en conductas de mayor reprochabilidad, como los delitos dolosos o agravados, la indemnización podrá tener una cuantificación superior en relación con aquélla que se

⁶² Sentencia de la Corte Constitucional, C-916 de 29 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

podrá determinar en relación con perjuicios producidos por conductas simplemente culposas o aquéllas que apenas configuren una tentativa»⁶³.

No por el hecho de encontrarse en el estatuto penal debe dejarse de lado el enorme paso que se ha dado con su incorporación. En primer lugar, debe resaltarse que la acción de reparación de la víctima de un daño es una sola, indiferente del hecho de que se presente ante la jurisdicción civil, penal o contencioso administrativa. El daño es uno mismo, con independencia de que en uno u otro sistema el factor de imputación sí pueda variar, y así la identificación y cuantificación del elemento daño no tiene por qué ser distinta cuando hablamos de lo penal. En el fondo, la acción de la víctima es una de naturaleza civil dentro del proceso penal, tanto así que de no ejercer su derecho a la reparación en el trámite del proceso penal, puede intentar una acción idéntica ante el juez civil, y quien acude a esta vía no debería recibir algo distinto a lo que recibiría si encaminase su pretensión por la vía de lo penal; esa decisión de índole instrumental no debería determinar el contenido de su derecho sustancial.

Finalmente, forzoso es referirnos a la Ley 446 de 1998, la cual da un paso gigantesco, al consagrar la posibilidad de que en la reparación integral pueda acudirse a la equidad, como un factor adicional para determinar el quantum de la reparación. En efecto, el artículo 16 de dicha ley, señala que «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.» Esta norma no hace otra cosa que permitirle al juez acudir a una herramienta adicional a la hora de llenar de contenido el concepto de daño que le ha de ser reparado a quien lo ha sufrido. No solo debe acudir a la reparación integral, en el entendido de que deberá repararse el daño en su totalidad, sino además a la equidad. Si tomamos conjuntamente estos dos elementos, debemos llegar a una serie de conclusiones; primero, en virtud del principio de reparación integral no podrá repararse por debajo del daño ocasionado; segundo; en virtud de ese

⁶³ SOLARTE, Arturo, *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, en Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XII*, ed. Diké, Medellín, 2009, pág. 141

mismo principio, si se encuentra que en efecto existe un daño que reparar pero el mismo no es objetivamente cuantificable debe acudirse a la equidad; y tercero, que en virtud de la equidad podría, sin socavarse el principio de reparación integral, condenarse a una indemnización superior a lo que aquella ordena. Lo anterior en el entendido de que el sustento constitucional y legal de la reparación integral se encuentra en la persona de la víctima, en el sentido de que a esta no se le puede reconocer una reparación inferior al daño que ha sufrido, es una protección para esta y no para el causante de daño, por lo que nada impide que, teniendo en cuenta su conducta y por consideraciones de equidad, pueda condenársele a indemnizar más allá del daño ocasionado. Aquí el concepto de equidad también puede tener una entidad múltiple. Por un lado, el juez puede encontrar que atenta contra la equidad el hecho de simplemente ubicar a la víctima a la situación en que se encontraría de no haber ocurrido el daño, ya que al restablecer ese equilibrio económico se trata de igual manera a la víctima que al victimario, cuando esta ha actuado de forma altamente reprochable. Por otro lado resulta inequitativo que dadas dos conductas, dos eventos paralelos, que produzcan un daño idéntico; producida una con culpa y la otra con dolo, a ambos sujetos se les condene a una idéntica indemnización. Analizando esta situación señala ROJAS, acertadamente, lo siguiente:

«Así, si se parte de la base constitucionalmente aceptada de que la equidad se materializa en dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, lo cierto es que la reparación, con fundamento en dicha equidad, no puede tratar de igual manera a quien ha actuado con descuido o negligencia y a quien lo ha hecho con la intención dolosa de dañar. En equidad, la reacción debe ser más enérgica cuando exista delito civil o dolo, por lo que, desde esta perspectiva, a partir de esa equidad se justifica plenamente incorporar parámetros sancionatorios tratándose de conductas más reprochables.»⁶⁴

Este artículo es un gran avance en el camino de revitalizar, robustecer y humanizar el derecho de

⁶⁴ ROJAS, Sergio, *Apología...* op.cit., pág.30

la responsabilidad civil, alejándolo de una concepción estrictamente económica y mercantilista y acercándolo a la equidad y a la justicia.

3. Críticas tradicionales a la existencia de normas que incorporan indemnizaciones de naturaleza no compensatoria

Consagraciones implícitas, escondidas, de penas privadas y no compensatorias en normas civiles, encontradas en el código francés ya habían sido objeto de análisis y críticas.

Según RIPERT-BOULANGER, en estos casos se configuraba un supuesto de una «condena ejemplar», la cual se define como aquella que «se pronuncia para reprimir el acto que ha sido cometido, sin que haya ninguna relación entre la extensión del daño y el monto de la reparación.»⁶⁵ Y dice que ello sólo se produce en dos casos; cuando la ley fija una sanción por el duplo y cuando esta fija un mínimo, como puede ser en caso de intereses. Para este autor, en esos casos las normas civiles cumplen fines ejemplarizantes.

Para ver lo que implica la aparición de este tipo de normas en la legislación civil veamos la crítica que los MAZEAUD y TUNC dirigieron a ella en su momento:

«No intentamos justificar esas aplicaciones hechas por el legislador de la idea de pena privada. Por regla general, parecen indefendibles tanto en el derecho como ante la equidad. El responsable se ve obligado no sólo a reparar un perjuicio que no ha causado, sino hasta un perjuicio que no existe. Indudablemente, en algunos casos puede parecer necesario infligirle una pena; será suficiente con erigir su culpa en infracción; pero ¿por qué ha de aprovecharse de esa pena la víctima? Ésta saca un beneficio del daño que ha sufrido. Ahora bien, ante la equidad, nos parece tan detestable hacer que la víctima se favorezca con el daño como dejar que se beneficie con él el responsable. Con demasiada frecuencia se quiere obtener provecho del perjuicio que se experimenta, reclamar, ya sea al responsable o al

⁶⁵ RIPERT-BOULANGER, *Derecho civil*, op.cit., pág. 189

asegurador, más de lo que se ha perdido. No obstante, no hace falta transformar en ventura la desventura. La justicia protesta contra ello. El principio debe seguir siendo que, aun cuando la víctima tenga derecho a la reparación de todo daño, no puede obtener nada más»⁶⁶.

Debe tenerse en cuenta que en el momento en que se escribían esas palabras, la concepción de justicia, mutable por naturaleza, se refería a una justicia individualista y particular, donde por supuesto no tenía cabida un concepto de prevención general ni un principio de solidaridad común, propiamente tal.

Dejando de lado por el momento las críticas realizadas a estas consagraciones legales, empezando por las de MAZEAUD y TUNC, y terminando por las más elaboradas críticas de la doctrina actual, las cuales abordaremos *in extenso* más adelante en este trabajo, debemos decir que su existencia y la conciencia de la misma son muy dicientes para efectos de ilustrar el hecho de que estas penas privadas no son ajenas, de ninguna manera, a nuestro sistema. El hecho de que se crea o no conveniente su incorporación no elimina el que claramente sí hacen parte de nuestra cultura jurídica, cuando voces autorizadas nos quieren hacer creer lo contrario.

Las penas privadas viven tanto en nuestra legislación como en nuestra actividad judicial, tanto por genealogía histórica con la jurisprudencia francesa como por la nuestra propia. Y esto, muy contrario a lo que pensarían los MAZEAUD, y piensan hoy grandes tratadistas del derecho civil del talante de Díez PICAZO⁶⁷, no se puede considerar como un simple error legislativo y judicial, un yerro absurdo y absoluto, producto de la ignorancia y de la incapacidad de distinguir entre el mundo de lo civil y el universo de lo penal. Bien lo señalaron los MAZEAUD, que este fenómeno en las decisiones judiciales es de tiempos remotos, y aún persistía en su tiempo. No se puede ser miope y pensar que dicha situación no tiene un trasfondo sustancial importante.

⁶⁶ MAZEAUD-TUNC, *Tratado...*, op.cit., pág. 543

⁶⁷ Ver Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «*El escándalo del daño moral*», Aranzadi, primera edición, Pamplona, 2008.

Debemos estar de acuerdo con RIPERT-BOULANGER, en cuanto a que negar la correspondencia entre culpa e indemnización «sería desconocer el fundamento moral de la responsabilidad civil al juzgar solamente los actos por sus consecuencias perjudiciales⁶⁸». No puede desconocerse que tanto el juez como el legislador, no son —porque por supuesto no pueden serlo— en ningún momento, sujetos amorales. Es una situación inevitable y natural.

Refiriéndose a la equiparación de la culpa grave al dolo dice JOSSERAND que «aún en el terreno tan estrechamente delimitado, el dogma de la equivalencia es singularmente frágil porque tiende a confundir la torpeza con la malicia, la falta de atención con la intención de perjudicar, es decir, en definitiva, la buena fe con la mala fe»⁶⁹. Niega pues este famoso autor que deba tener el mismo tratamiento la culpa, aún grave, que el dolo, ¿y ello por qué? Cabe preguntarse si no debe darse cabida a un principio de igualdad en la responsabilidad, de acuerdo con el cual a una conducta dolosa y otra culposa no se deberían aplicar las mismas consecuencias jurídicas.

Y sería esto mismo lo que aquí sucedería. El principio de igualdad material, el cual manda que se trate por igual a los iguales y de forma distinta a los desiguales, clama por que no se trate de igual forma al doloso que al culposo, pues no es lo mismo el actuar intencional que el meramente negligente.

4. Punitive damages

La evolución del derecho de daños en el *Common Law* no fue muy distinta de la del derecho continental, particularmente en cuanto a las funciones que se la han atribuido. La gran diferencia radica en la aparición de la codificación, la cual retrasaría el avance de la disciplina en sistemas que acogieron dicha técnica. Como lo mencionamos ya con el ejemplo del derecho francés, en su derecho antiguo—entiéndase derecho antes de la codificación—, no había una posición clara en contra de una aplicación punitiva de la responsabilidad.

⁶⁸ RIPERT-BOULANGER, *Derecho civil*, op.cit., pág. 27

⁶⁹ JOSSERAND, *Derecho civil*, op.cit., pág. 491

La intención de la responsabilidad en el derecho de *Common Law* es la de compensar a la víctima por el daño que ha causado: situarlo en la situación en que se encontraría si el daño no hubiera ocurrido. Esta es la función principal y podríamos decir que la función clásica de la responsabilidad civil, en ambos sistemas. Sólo que a partir del siglo XVIII⁷⁰ y con posterior desarrollo en plena era industrial, el sistema se dio cuenta que adicionalmente podía, según el caso, ser necesario algo más que la simple reparación. Aún cuando el término *punitive damages* surgiría apenas en 1964⁷¹.

Lo primero es distinguir y delimitar el concepto de *punitive damages*, pero antes debemos realizar algunos comentarios sobre su acepción gramatical. La doctrina jurídica hispanoamericana, por lo general, es inconsciente al aplicar la traducción literal, como *daños punitivos*, no obstante esta ser abruptamente equívoca. Así lo ilustra Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: «En efecto, en lengua inglesa, daño debe decirse *damage*, en singular, mientras que “indemnización” debe traducirse como *damages*. Por ello, la palabra “*damages*” debe ser traducida como “indemnizaciones” o “compensaciones económicas” y no como daño».

De manera que si lo que es punitivo es el título de la responsabilidad, la fuente de la obligación, y no el daño, el cual es un elemento objetivo, el concepto debería denominarse, a nuestro criterio, «indemnización punitiva» o, apartándose del significante anglosajón, «penas civiles», «penas privadas», o algún término análogo (algunos de los cuales ya hemos utilizado).⁷²

Por la anterior consideración, en este trabajo preferimos referirnos a esta figura por su nombre en inglés, *punitive damages*, o simplemente como *pena privada* o *indemnización punitiva*, y no como *daños punitivos*.

⁷⁰ El primer caso del que se conoce fue en la década de 1760. Sucedió durante una serie de casos en que el gobierno británico trataba de suprimir las publicaciones de un periódico conocido como North Briton, con el cual un notorio político llamado John Wilkes estaba asociado. Algunos individuos sufrieron una interferencia injusta a su libertad a manos de oficiales públicos y los jueces señalaron que otorgarían reparación más allá del daño ocurrido si el comportamiento del defendido era lo suficientemente reprochable.

⁷¹ Rookes v Barnard, donde primero se identificaron como *exemplary o punitive damages*.

⁷² CARRASCOSA GONZALES, Javier, *Daños Punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español*, en HERRADOR GUARDIA, Mariano (coordinador), *Derecho de Daños*, 2013

Entrando a lo conceptual. Los *punitive damages* deben distinguirse de su similar *aggravated damages*; estos surgen como una elevación en el quantum de la indemnización en razón de la forma como se comportó el victimario al momento de causar el daño, cuando ello tiene relación con el correlativo perjuicio sufrido por el demandante o la forma en que aquel se ha comportado durante el proceso. Esta fuente de indemnización corresponde —aunque no en todos los ordenamientos que la consagran— a la figura del daño moral.

Por otro lado encontramos la responsabilidad punitiva o ejemplarizante, *punitive damages* o *exemplary damages*, los cuales se adjudican para casos en los cuales la conducta del causante del daño ha sido tan reprochable como para ameritar un castigo, aquí sí se presenta una indemnización superior del daño.⁷³

Esta distinción es relativa, según el ordenamiento nacional del que se trate. En derecho inglés existe una diferencia relevante; los *aggravated damages* hacen parte de la compensación, sí son un perjuicio, mientras que los *punitive damages* son una indemnización que no corresponde al perjuicio sufrido. En los Estados Unidos no existe diferencia alguna entre unos y otros —*aggravated damages* y *punitive damages*—, sino que se les denomina de una u otra manera; ambos términos se utilizan indistintamente. Lo que se entiende como *aggravated damages*, como un elemento distinto en otros ordenamientos, allí es parte integral de los *punitive damages* y sí es una indemnización *supra damnum*.

Las características principales de los *punitive damages* son las siguientes. En primer lugar, se trata de una indemnización que excede el valor del daño causado. En segundo lugar, se otorgan en eventos en los cuales el demandado, causante de ese daño, se ha comportado de forma altamente reprochable, por lo cual «es necesario que se produzca algo más que una mera negligencia en la comisión de un *tort*, según la doctrina y la jurisprudencia, es decir, deben presentarse circunstancias

⁷³ BROOKE, Sir Henry, en *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, editado por Helmut KOZIOL y Vanessa WILCOX, Tort and Insurance Law Vol. 25, ed. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, Viena, 2009, 11

agravantes relativas al dañador, como temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia»⁷⁴.

Otro autor caracteriza la figura de esta manera;

«[...] [S]on daños que se pagan en dinero al reclamante en una acción civil en adición o como complemento de los perjuicios compensatorios que debe quien ha sido declarado culpable por una falla en su conducta. Un jurado, o en su defecto un juez, puede optar por condenar al responsable al pago de dichos perjuicios cuando encuentra que este ha generado un daño de manera intencional, maliciosa, o de manera negligente frente a los derechos del reclamante. Los propósitos de los perjuicios entendidos como “*daño ejemplificante*” son dos: primero, punir o castigar al responsable por una conducta atroz, y segundo, evitar que tanto el responsable como las demás personas se comporten de manera similar en el futuro.»⁷⁵

Finalmente, HENAO, figura importante de nuestra doctrina nacional sobre derecho de la responsabilidad y sobre el daño, considera lo siguiente;

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

⁷⁴ GARCÍA, L. & HERRERA, M. *El concepto de daños punitivos o punitive damages*, Publicación Estudio Sociojurídico, Bogotá, 2003

⁷⁵ OWEN, David, citado por ARISTIZABAL, David, en *Apuntes...* op., cit.

imponen un castigo al responsable por su actuación, luego de haber dejado indemne y haber compensado al perjudicado.»⁷⁶

En efecto, los *punitive damages* buscan castigar al victimario y prevenirlo, a él y a cualquiera (prevención especial y otra prevención general) que se encuentre en la misma situación, de realizar esa misma conducta en el futuro. Están previstos para casos en que la mera compensación no es suficiente para cumplir dichos cometidos, y donde la conducta del demandado ha sido tan torticera que amerita una sanción más allá del resarcimiento del daño causado.

Este trabajo no trata *in extenso* todo lo relacionado con la historia y actualidad de esta figura, ni se entrará en el detalle de los casos paradigmáticos que pueden encontrarse en todos los estudios que tratan a fondo el tema. Sin embargo, es de resaltar que los *punitive damages*, no obstante ser de origen inglés, han tomado raíces de forma más contundente en el derecho de los Estados Unidos, cuyos estados, en su gran mayoría, han acogido modalidades de esta figura. Es de su aplicación en Norteamérica desde donde se ha difundido la idea y el concepto de penas civiles, en especial por las cifras fabulosas que en ocasiones se adjudican allí a las víctimas y que llegan a nuestro conocimiento por lo sorprendentes.

No obstante lo anterior, debe señalarse que este tema ha estado siempre rodeado de un aura mitológica, y tan fabulosas como las cifras de las indemnizaciones, son las ideas que sobre los *punitive damages* en general nos hecho en estas latitudes. En efecto, estas penas privadas sí contemplan la posibilidad de que la víctima de un daño cometido con un alto grado de reproche reciba una suma muy superior al daño mismo, pero son muy contados los casos en que dicha indemnización ha tenido lugar, pues la jurisprudencia norteamericana ha decantado tan cuidadosamente la figura hasta llegar a un abanico muy limitado de casos en los cuales esta procede. Así lo señala SEBOK, «*punitive damages* son

⁷⁶ HENAO, Juan Carlos, *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 46

adjudicados en contadas oportunidades y de forma predecible — típicamente en sumas que son modestas en comparación con la indemnización compensatoria en la que se basan.»⁷⁷

Estudios recientes han demostrado que la adjudicación de *punitive damages* en los Estados Unidos no ha incrementado en años recientes, como se cree —producto de la publicidad se le ha dado en el medio a las decisiones los incorporan—, y se ha mantenido siempre una proporción razonable entre la indemnización compensatoria y la punitiva (generalmente se mantiene una proporción de 1:1), y aquellas excepciones son usualmente corregidas en instancia de apelación.⁷⁸

5. La indemnización de perjuicios como función principal de la responsabilidad civil

Este trabajo trata de modo general de la función o de las funciones de la disciplina de la responsabilidad civil. Encontramos pues que se ha afirmado generalmente una función resarcitoria, compensatoria del derecho civil de responsabilidad, pero quisiera desentrañar dicho concepto teniendo en cuenta su teleología y su filosofía. Haremos pues una breve mención a la función compensatoria.

VINEY cita a uno de los tribunos en su discurso ante el legislativo que discutía el Código Civil francés de 1804, al llegar al punto sobre la responsabilidad civil. Dice lo siguiente:

«Esta disposición que da una garantía de conservación de las propiedades de todo género está llena de sabiduría. Cuando un daño es cometido por la culpa de alguien, si se sopesan el interés del infortunado que lo sufre con aquel hombre culpable o imprudente que lo causó, una vía repentina de la justicia se eleva y responde que ese daño debe ser reparado por su autor. Esta disposición abarca en su vasta latitud todo género de daños y los sujeta a una reparación uniforme que tiene por medida el valor

⁷⁷ Sebok, Anthony, *Punitive Damages in the United States*, en *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, pág. 156

⁷⁸ Ídem., pág. 158

del perjuicio sufrido.»⁷⁹

La medida de la indemnización es pues el valor del perjuicio sufrido. El fin perseguido es la justicia, en este caso el medio es la cláusula general de responsabilidad civil, y la función que esta cumple dentro de la persecución del fin justicia, es la de reparar a la víctima en la medida del daño sufrido.

Este es el principio general de responsabilidad en su génesis, pero veamos cómo se sostiene hoy. Como ya hemos establecido, el concepto de función es apenas un elemento de medio en la consecución de un fin mayor. Entonces, a qué fin se dirige, qué cometido busca cumplir la responsabilidad civil. Ya hemos mencionado como fines principales del derecho la justicia y la paz sociales, y ¿cómo se logra esta meta mediante la afirmación de un principio indemnizatorio? De Acuerdo con WEINRIB, al concentrarse en el daño la disciplina busca la «justicia correctiva» aristotélica, de acuerdo con este análisis:

«Esta dimensión de la responsabilidad civil extracontractual debe ser entendida desde adentro de la estructura misma de la responsabilidad. La idea de responsabilidad refleja una relación normativa entre un demandante particular y un demandado particular, la idea de daño en la responsabilidad extracontractual debe ser entendida como la expresión jurídica de los requisitos de equidad (*fairness*) entre las partes y de coherencia conceptual en su relación. En esta visión, el derecho de la responsabilidad extracontractual no involucra la especificación de objetivos independientemente deseables, sino el descubrimiento de una estructura normativa que, como cuestión de equidad y coherencia, es inmanente a la relación entre el demandante y el demandado.»⁸⁰

De manera que lo que afirma el principio indemnizatorio es el restablecimiento del equilibrio

⁷⁹ VINEY, *tratado...* op.cit., pág. 39

⁸⁰ WEINRIB, en *La filosofía...* op.cit., pág. 328

económico interno entre demandado y demandante, por virtud de la equidad.

El fin es entonces la equidad, en forma de justicia correctiva, que se logra mediante la rectificación; mediante «la corrección de la injusticia que el demandado ha infligido al demandante, la justicia correctiva declara que existe una conexión entre el remedio jurídico y el daño.» lo que se debe hacer pues para lograr la justicia correctiva es corregir la injusticia cometida al demandante. «Para la justicia correctiva, la estructura de la responsabilidad es igual a la estructura de la injusticia que corrige.»; de esta manera la medida de la responsabilidad del victimario es correlativa a la medida de la injusticia cometida, es decir, a la medida del daño. «La coherencia requiere que la injusticia relacione el acto dañoso con el perjuicio, y viceversa.»⁸¹ Según ANZOÁTEGUI esta concepción propugna por «el mantenimiento de la asignación inicial de recursos mediante el mecanismo indemnizatorio»⁸².

Visto de otra manera cabe preguntarse cuál es la naturaleza de las normas de responsabilidad civil. Si la intención no es impedir que se ejecute una conducta indeseable, no es una sanción en sentido estricto, ¿qué naturaleza tiene? Dichas normas no son en ese caso más que la asignación de un derecho subjetivo, pues se busca «definir y dar contenido a los derechos de las personas. El Estado crea un mecanismo para proteger a las personas y para asegurarles una indemnización en caso de que sus derechos sean vulnerados.»⁸³. Por ello, en una concepción de Derecho de Daños y no de *responsabilidad*, se debe entender que ante la producción de un daño el ordenamiento le asigna a un sujeto el derecho subjetivo a ser reparado.

6. Diferencias de naturaleza entre el delito penal y el delito civil

Siguiendo lo anterior y habida cuenta del panorama histórico a que hemos hecho referencia al comienzo de este trabajo, quisiéramos desentrañar pues las diferencias de naturaleza entre la norma civil y la norma penal, para que se justifique tan tajante separación que algunos proponen.

⁸¹ ANZOÁTEGUI, en *La filosofía...* op.cit., pág. 331

⁸² *Ibidem*.

⁸³ HONORÉ, Anthony, en *La filosofía...* op.cit., pág. 126

En su momento, HART se preguntó sobre el motivo por el cual una u otra conducta está prohibida por el derecho, a lo cual respondió: «para anunciar a la sociedad que esas acciones no deben ser realizadas y para asegurar que se realice una menor cantidad de ellas»⁸⁴.

Según HONORÉ ello es aplicable a las penas civiles. Dice que, «cuando el legislador o los tribunales convierten una conducta en un ilícito civil, pretenden, al rotularla como ilícita, prohibirla o disuadir su práctica o, al menos, advertir a aquellos que la lleven a cabo acerca de la responsabilidad en que pueden incurrir.»⁸⁵

Por lo tanto, de acuerdo con esta mirada, tanto el derecho penal como el derecho de la responsabilidad civil se proponen desincentivar conductas consideradas indeseables.⁸⁶ Dado que «el Estado no solo puede sino debe, para que una sociedad sea viable, tratar de minimizar al menos algunos tipos de conductas disruptivas.»⁸⁷ De esta manera, así como fue en el génesis de la responsabilidad como una disciplina unitaria, el ilícito civil y el ilícito penal no tienen diferencia sustancial alguna y lo que las separa es «sólo una cuestión de grado»⁸⁸.

Haciendo referencia al capítulo anterior, sobre la naturaleza de las normas que consagran ilícitos civiles dentro de una concepción indemnizatoria de la responsabilidad civil, la asignación de un derecho no es sino un medio para lograr el fin de impedir las conductas indeseables, o son, al menos, medios concurrentes para la búsqueda del fin *justicia*.⁸⁹

Se asigna un derecho, sí, pero en definitiva se está prohibiendo una conducta. De acuerdo con RIPERT-BOULANGER, «la regla legal aparece así como la sanción de la regla moral que prohíbe causar

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ «El sistema de responsabilidad extracontractual es un sistema mediante el cual el Estado, en nombre de la comunidad, busca reducir conductas que considera indeseables. Otros sistemas son el derecho penal, la educación, ciertas medidas administrativas como las licencias y las inspecciones, los impuestos diferenciales y muchas otras.», ver. *Ídem.*, pág. 128

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ *Ídem.*, pág. 126

⁸⁹ *Ídem.*, pág. 129

daño a un tercero (*neminem laedere*)»⁹⁰.

Luego, si en su esencia son normas de una misma naturaleza debe criticarse el hecho de que las funciones que una y otra cumplen no le sean aplicables tanto a la una como a la otra. Es bien conocido que en el derecho penal moderno se ha abierto paso a una concepción más restaurativa, que se ocupe más de la víctima que del victimario, que procure su reparación, la cual en muchos casos es correlativa a la pena, no sólo en su modalidad de pena privativa de la libertad sino de otros mecanismos, por ejemplo de orden simbólico para honrar la memoria de la víctima, o en forma de un derecho a la verdad. E incluso la misma pena es, a título de justicia, otro modo de reparación para la víctima, quien de alguna manera se ve compensada al ver a su victimario pagar las consecuencias de su ilícito, y encontrar un aparato judicial operante⁹¹. Por otro lado, figuras como los *punitive damages* claman por una función preventiva y punitiva de la sanción de ilícitos civiles.

En la actualidad se ha aceptado que son diversas las funciones que cumple la responsabilidad civil. El problema es identificar qué funciones le son principales, y cuáles sólo pueden cumplirse por vía indirecta.

Veamos la situación de acuerdo con algunos autores. TUNC consideró que esta cumple las funciones de castigo de la víctima, indemnización, sanción, restauración del orden social y prevención del daño. De acuerdo con STARCK, la responsabilidad cumple dos funciones; servir como instrumento de garantía y de pena privada. KEMELMAJER DE CARLUCCI habla de las funciones que llama a) demarcatoria, b) vindicatoria, c) preventiva d) sancionatoria e) compensatoria f) distributiva g) de garantía. Autores como MONTANERI y PONZANELLI consideran que son tres las funciones; preventiva, punitiva y compensatoria. ALPA considera que son a) la publicidad negativa de los actos irregulares, b) distribución justa y eficiente de las pérdidas, c) reducción de los costos de transacción y judiciales d) asignación de la distribución correcta de costos sobre las pérdidas para las empresas e) satisfacción de

⁹⁰ RIPERT-BOULANGER, *Derecho civil...* op.cit, pág. 15

⁹¹ SAMPEDRO, Julio Andrés, ver. *La víctima en el sistema de justicia restaurativa*

las necesidades de seguridad de las personas f) ejercitar control sobre la actividad humana h) reafirmar el poder sancionatorio estatal i) asegurar al sistema capitalista el máximo de beneficios incitado a evitar el costo de daños resarcibles j) desincentivar actos perjudiciales a terceros. CALABRESI menciona las funciones de a) minimización de costos de accidentes b) la compensación de las víctimas, c) la reducción de costos administrativos del propio sistema de responsabilidad. Para PANTALEÓN la función debe ser única y no de carácter polivalente.⁹²

La mayoría de autores apuntan en principio a tres funciones de la responsabilidad, ya sea de forma explícita o implícita en alguna otra función que le atribuyen (la gran mayoría pueden enmarcarse dentro de una de ellas). Estas funciones son la compensatoria, la punitiva y la preventiva. Y haciendo una reducción aún mayor del objeto que analizamos, las funciones pueden reducirse a únicamente dos; preventiva y compensatoria. Como bien lo dice VISSCHER, cualquier aproximación punitiva a la responsabilidad es en últimas una preventiva: «la mayoría de argumentos de naturaleza sancionatoria para los *punitive damages* son, en realidad, argumentos de prevención enmascarados»⁹³. En efecto, el carácter punitivo —como se propone en derecho penal moderno— se encuentra dirigido a fortalecer la función preventiva del derecho. Esto en razón del cambio de perspectiva que se le ha dado al derecho represivo; así como el derecho de la responsabilidad civil «se ha convertido» en derecho de daños, el derecho penal ha pasado de ser un derecho contra victimarios a un derecho para víctimas. Por ejemplo en nuestro país, esa ha sido la filosofía del actual y reciente estatuto procesal penal de la ley 906 de 2004, donde se ha instalado a la víctima como el epicentro del sistema penal. El castigo como fin se ha ido diluyendo cada vez más.

Ocurre lo propio con la función de eficiencia que clama el análisis económico del derecho, la cual se enfoca igualmente en el factor prevención de la responsabilidad, como medio para evitar la

⁹² ORDOQUI, Gustavo, en *Las funciones del derecho de daños...* op.cit., págs. 11-12

⁹³ «*Most punishment arguments for punitive damages are actually deterrence arguments in disguise*»⁹³ en *Punitive damages: Common law...* op.cit, pág. 231

proliferación de costos sociales, con la ocurrencia de accidentes. La prevención es la misma, únicamente que el objeto de esta cambia; por un lado se busca prevenir la vulneración de un derecho subjetivo en cabeza de la víctima, por el otro, de forma más general y abstracta, se busca reducir el costo social que genera la producción de daños. Ambas parecieran exactamente lo mismo, sin embargo no es así; hay casos donde permitir la ocurrencia de un daño puede ser más eficiente que prevenirlo pues los costos de prevención y mitigación del daño pueden ser superiores al daño potencial. Esta es una concepción exclusivamente económica y de eficiencia que no compartimos por carecer de principio moral alguno: según esta función no existe asignación alguna de derechos en cabeza de la víctima, esta se mediatizaría a favor de la eficiencia. Esta visión contraviene los postulados de un estado social de derecho donde la persona humana es siempre fin y nunca medio. Por eso, para hablar de la prevención como función de la responsabilidad debemos partir de la asignación de derechos en cabeza de quien sufre el daño, fundamentado en el *neminem laedere*, no causar daño a otro, y en los derechos a la vida, la dignidad y la propiedad, consagrados en nuestra constitución. Esa propuesta pone a la eficiencia, también, por encima de cualquier factor moral en la responsabilidad, desterrando completamente a la culpa y dejando el deber de reparar en cabeza de quien con mayor eficiencia pueda evitar el daño. No consideraremos estas propuestas extremas del Law & Economics y sí otras que mantienen el principio moral en la responsabilidad y abogan por una función sí económica preventiva pero bajo la perspectiva del daño particular y no de un abstracto y peligroso «bienestar social» o *social welfare*.

Partimos entonces de la base de que además de una función resarcitoria, la responsabilidad civil debe cumplir una función punitiva con miras a la prevención. Seguiremos utilizando el concepto de punición puesto que aunque la función es finalmente la de prevenir, se debe tener en cuenta la conducta del causante del daño, el grado de reproche de la misma. Podríamos decir que es una función preventiva limitada por el factor de imputación, por la naturaleza de la conducta de la víctima, la cual

debe ser dolosa o altamente culposa para merecer una sanción jurídica más allá de la reparación de los perjuicios ocasionados. Esto conduce a que en caso de *strict liability* o responsabilidad objetiva, se debe mantener el principio indemnizatorio y una condena adicional, superior al daño, no podría ser otorgada.

Ya vimos que históricamente la función sancionatoria del derecho de daños se desterró al menos del panorama teórico. Pero en la actualidad dicha situación ha venido a reevaluarse; en el momento en que finalmente se está dejando a un lado la mitificación de las instituciones codificadas, se abre paso a nuevas posibilidades, a un nuevo concepto de la responsabilidad civil.⁹⁴

En efecto, señala Gustavo ORDOQUI, que «[s]i bien se había dejado de lado la idea de ver la responsabilidad como sanción, pues la culpa en diversos casos había perdido aplicación práctica, pasando a coexistir otros factores de atribución objetivos, lo cierto es que hoy parece haber comenzado el retorno de la sanción, incluso punitiva, con el ánimo de que lo que más importa es prever el daño, y se pasa a figuras que están a mitad de camino entre lo civil y lo penal»⁹⁵.

Tanto el *Civil Law* como el *Common Law* hoy están reevaluando sus posiciones con respecto al tema del daño en la responsabilidad. Por un lado, la doctrina de derecho continental ha aceptado, como lo hemos visto, que la responsabilidad puede cumplir otras funciones, distintas de la de resarcir. Por otro lado, encontramos la misma situación a la inversa en países del *Common Law*, donde en algunos casos los *punitive damages* se han desbordado y se requiere ahora limitar su extensión.⁹⁶ Dos polos opuestos en cuanto al factor punitivo-preventivo de la responsabilidad tienden así a acercarse, y este

⁹⁴ Vale referirnos a que de acuerdo a ALPA, el concepto mismo de la responsabilidad no puede desligarse de sus funciones, y es todo un entramado que debe funcionar armónicamente. Dice ROJAS que «definitivamente, le asistía plena razón a Guido ALPA, cuando ponía de presenta que los valores tutelados por la responsabilidad civil, la función de la misma y su estructura y presupuestos axiológicos, son temas indisolublemente ligados. Ver. ROJAS, *Apología...* op.cit., pág. 19

⁹⁵ ORDOQUI, Gustavo, *Las funciones del derecho de daños de cara al siglo XXI*, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, ed. Temis, Bogotá, 2010

⁹⁶ «While jurisdictions which admit punitive damages into their legal systems continue to grapple with their oddities and inconsistencies and question whether it is appropriate for them to retain, legislate, reform or abolish exemplary damages altogether, other jurisdictions in particular, those on the continent – have recently begun to support the idea of exemplary damages, or at least elements of them, in appropriate cases, with the hope that the awards of such damages might help to buttress their laws.» en *Punitive damages: Common law...* op.,cit., pág. 13

acercamiento tiende a limar las críticas y las inconsistencias de uno y otro sistema⁹⁷.

La cuestión sobre la cabida de esta figura en nuestro sistema es, de cierta forma, de pura vanidad jurídica y cultural: «así como una parte importante del temperamento anglosajón desconfía de los códigos, de la misma manera, una parte significativa del temperamento continental desconfía de los *punitive damages*»⁹⁸. En efecto, es común que uno y otro sistema sean refractarios cuando se trata de la aceptación de elementos del otro, así ocurre, por ejemplo, con la figura de la buena fe, tan rechazada en la doctrina anglosajona. Y sin embargo la cultura anglosajona ha aprendido a coexistir al menos de forma tibia con la codificación e incluso, de forma aún más limitada, con la *bona fides*. Así también lo señala Sir Henry BROOK; que los *punitive damages* pueden coexistir con nuestro sistema de derecho civil, como puede verificarse, por lo menos implícitamente, en sistemas de países como Dinamarca, Francia, Alemania, Hungría, Italia, Noruega, España, Suecia, como también en el derecho común europeo⁹⁹, donde al menos implícitamente existe tal figura.

En su reporte para la obra editada por KOZIOL y WILCOX sobre la actualidad de los *punitive damages* en Europa, Pedro DEL OLMO, autor español dice: «La idea de que la única función normativa de la responsabilidad civil sea la compensatoria no significa que sea algo que dependa de derecho natural»¹⁰⁰. El hecho de que así haya sido siempre, y eso que como hemos visto no ha sido así, no significa que así deba seguir siendo y que dicha función no pueda acompañarse de ninguna otra.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, otro doctrinante español, habló de una «crisis de algunos principios tradicionales de la responsabilidad civil» y mencionó también «una cierta relatividad del principio de reparación íntegra; y esto, en función [...] de subrayar el relieve que el daño estaba adquiriendo en

⁹⁷ De acuerdo con DE ÁNGEL, en los países donde se aceptan los *punitive damages* estos se han visto sometidos «a un proceso de racionalización que podría disipar, al menos en parte, los reparos que han venido suscitando en el mundo del civil law.» ver. *Daños Punitivos*, op.cit., pág. 22

⁹⁸ «*Just as an important part of the Anglo-Saxon temperament is to distrust codes of law, so too, an important part of the continental temperament is to distrust punitive damages*» en Wilcox, Vanessa, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, editado por Helmut Koziol y Vanessa Wilcox, Tort and Insurance Law Vol. 25, ed. Institute for European Tort Law of the Austrian Academi of Sciences, Viena, 2009, pág. 13

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ DEL OLMO, Pedro, en *Punitive Damages: Common Law...* op.cit, pág. 154

aquellos tiempos, pasando a ser un concepto medular en el derecho de la responsabilidad civil, cuando antes solo parecía ser un presupuesto al que no se prestaba especial atención»¹⁰¹.

En efecto, además de la función compensatoria, la responsabilidad civil puede cumplir otras que pueden servir a los fines del Estado moderno. La responsabilidad civil que consagra nuestro artículo 2341 Civil fue concebida en el seno del modelo de Estado liberal clásico donde primaba la autonomía de la voluntad privada y la libertad de mercado, como principio fundante sobre el cual orbitaba todo el derecho privado. Luego, con el advenimiento de un estado con perspectiva social, es absolutamente lógico que se deban reevaluar toda serie de instituciones jurídicas, en especial del derecho privado, donde con más ferocidad se enquistaron los principios del *Laissez faire*.

Pero, como vimos, y así lo ratifica DE ÁNGEL YÁGÜEZ, dicha reevaluación y evolución se dio sólo en tratándose de otros elementos de la responsabilidad pero no en cuanto al daño y su indemnización.

Según este autor «[n]o resulta correcto [...] sostener sin reparos que la orientación de nuestro derecho de daños sea clara y exclusivamente resarcitoria, con exclusión de la función sancionatoria sostenida hace cierto tiempo por numerosos y prestigiosos dogmáticos»¹⁰².

Luego agregaría el mismo autor que «[e]sta rama del derecho genera o logra objetivos por fuera de la reparación de los daños, y es loable que así sea [...] [n]o sería acertado, ya desde el punto de vista de política legislativa, entender el derecho de daños como una herramienta que persiga solo objetivos de reparación de daños, sin considerar que puede —y a mi entender debe— perseguir además otros objetivos, a veces muy distintos.»¹⁰³ Así como lo afirmaba DEL OLMO, quien enfatiza en que la presente es una cuestión que no toca con el núcleo del derecho civil sino, simplemente, todo radica en las funciones que, desde lo político, se le quieran exigir a la responsabilidad.

¹⁰¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Daños punitivos*, ed. Civitas, primera edición, Pamplona, 2012, pág. 59

¹⁰² Anzoátegui, Ignacio, *Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños*, En *La filosofía...* op.cit., pág. 284

¹⁰³ *Ibidem*.

7. Responsabilidad civil y prevención

En cuanto a las posibles funciones que puede cumplir la responsabilidad civil debe hacerse especial énfasis en la función preventiva. La aplicación de los *punitive damages*, o mejor —para efecto de caracterizar el factor preventivo—, de *exemplary damages* o penas ejemplarizantes—que como ya hemos dicho son sinónimos—, puede cumplir un papel fundamental dentro de la función preventiva de los daños.

Si no se tiene en cuenta la función preventiva de la responsabilidad debería aceptarse entonces que esta disciplina se debe limitar sólo a los aspectos *a posteriori* del daño; sería un mecanismo únicamente de garantía de acuerdo con el cual existe verdaderamente un simple costo adicional para dañar, más que una prohibición misma.

En efecto, no estaría prohibido dañar sino que el daño sería simplemente un rubro dentro de los costos de una u otra actividad. Y, cuando los daños no son solo patrimoniales sino extrapatrimoniales, relacionados con la personalidad de la víctima, ello implicaría que se estaría convirtiendo en medio a la persona, para la consecución del fin del causante del daño, y así, esta disciplina del derecho se dedicaría sólo a asignar costos, nunca a prevenirlos. Nuestra Constitución Política se opone a dicho estado de cosas.

«Dejad la prevención al derecho administrativo y al derecho penal pues a mí la víctima no me interesa», pondríamos en boca de la responsabilidad civil. En efecto, una de las críticas a la aplicación de los *punitive damages* señala que la función punitiva y de prevención es exclusiva del derecho penal y del administrativo sancionatorio. Pero esto en primer lugar desconoce que los principios de solidaridad, igualdad, etc., y la protección de los derechos a la vida, la integridad física, la propiedad, etc., son transversales a todo el derecho y no pueden encasillarse en una u otra rama del mismo, esa es la filosofía de nuestro derecho superior. Por eso no es extraño que los jueces incorporen en sus

providencias consideraciones de orden punitivo y preventivo, enmascarados en la función compensatoria; son principios que no pueden desconocerse, impidiendo al juez su tutela.

En segundo lugar, una manifestación en esta vía desconoce el principio de última ratio del derecho penal, como si este abarcara todos los eventos reprochables. No podemos propugnar por la expansión del derecho penal, el cual debe ser la última barrera de seguridad de la sociedad ante un acto ilícito, además de que la función exclusivamente represiva del derecho penal está actualmente en duda más que nunca y se piensa en otras vías que busquen más eficientemente la reparación de la víctima y las garantías de no repetición.

Entre la sanción civil y la sanción penal de los actos ilícitos existe una cifra oscura, una *tierra de nadie*, una *zona gris*, bajo la cual encontramos la proliferación de daños mediante conductas altamente reprochables sin que el derecho penal o administrativo sancionatorio tengan para ello una respuesta, y sin que el derecho civil pueda entrar a proteger a la víctima y a la sociedad ante semejantes conductas. Son muchos los eventos donde el juez civil debe quedarse cruzado de brazos, atado de manos, viendo cómo el causante doloso de un daño no recibe más consecuencia que una restitución o una ilusoria compensación; luego de que se lucró del daño causado y de que valoró desfavorablemente el hecho de tener, eventualmente, que indemnizar, no teniendo ningún incentivo para no realizar dicha conducta en el futuro o para que algún tercero haga lo propio.

No obstante las arduas críticas en MAZEAUD-TUNC, éstos aceptaban que una pena privada podría tener efectos positivos; en efecto, afirmaron que «[a] veces, ese beneficio logra apaciguar la antigua sed de venganza que dormita en el fondo del corazón de toda víctima. En otros casos, tiende a desalentar sencillamente, como una pena pública, la culpa y a castigarla si se produce»¹⁰⁴.

Ahora, ¿de qué manera se previene la ocurrencia de daños con la aplicación de *punitive damages*?

¹⁰⁴ MAZEAUD-TUNC, *Tratado...* op.cit., pág. 543

Para desentrañar las funciones de una institución como esta debe primero hallarse el fin que persigue: «una aproximación inteligente al estudio del derecho debe considerar sus fines y debe estar preparada para ponerlo a prueba, de forma crítica, a la luz de sus fines»¹⁰⁵. Los fines del derecho de daños los encontraríamos, entonces, en los principios y en derecho consagrados por nuestro derecho constitucional. Ya hemos mencionado que de no ser así podríamos recaer en sistemas de responsabilidad injustos, ajenos a toda moralidad, donde se ponga la prevención en un pedestal aún más alto que el de los derechos y valores de nuestro ordenamiento. Ello ocurriría si se adopta la concepción que aboga exclusivamente por la eficiencia, que algunas corrientes proponen. Por esto debemos reiterar que la función preventiva se debe buscar precisamente en función de los fines del Estado y del derecho. Con esta posición en mente, veamos lo que propone la corriente del *Law & Economics*.

Desde la perspectiva del *Law & Economics*

Desde un punto de vista del análisis económico del derecho, la minimización de los costos de los accidentes es el fin primordial del derecho de responsabilidad. Estos costos se pueden subdividir en costos primarios de accidentes (=los costos de tomar medidas de precaución y los de los daños que igual ocurran), costos secundarios de accidentes (=costos de tener que asumir determinado daño) y costos terciarios de accidentes (=los costos administrativos del sistema legal que debe lidiar con los daños)¹⁰⁶.

La reducción de los costos primarios se obtiene mediante la prevención general y la reducción de los segundos evitando la proliferación de los daños. Los terciarios se disminuyen si los costos de administrar la manera de lidiar con los daños se reduce. Según VISSCHER, con lo anterior, según el análisis económico del derecho de responsabilidad, la compensación no es considerada un fin sino un

¹⁰⁵ «An intelligent approach to the study of law must take account of its purpose, and must be prepared to test law critically in the light of its purposes» Ver. WILLIAMS, G, *The Aims of the Law of Tort*, Current Legal Problems, 1951, 137.

¹⁰⁶ G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 5a edición, 1977, pág. 27

medio para conseguir la reducción del costo; la reducción del número de eventos dañosos.¹⁰⁷

El análisis económico ve el derecho de responsabilidad como un instrumento para crear incentivos de comportamiento para los actores, para que internalicen las externalidades negativas que surgen con su conducta. De esta manera «la amenaza de ser condenado a responder induce a los actores a incorporar los posibles daños que puedan producir a otros en su decisión de qué tanto cuidado tomar y qué tanto realizar la actividad dañosa»¹⁰⁸.

De acuerdo con lo anterior, la condena de responsabilidad debe ser lo suficientemente alta para que el victimario internalice esas externalidades. De manera que en los casos de responsabilidad por culpa, la indemnización debe ser lo suficientemente alta para que el victimario sea impulsado a actuar prudentemente.

VISSCHER señala que el Derecho Penal y el derecho de la responsabilidad no pueden aislarse de completamente—*«they do not operate in a vacuum»*—, sino que son dos sistemas distintos que se preocupan ambos por los comportamientos no deseados, que buscan un mismo fin bajo distintos medios.

En efecto señala que «tanto el derecho de responsabilidad como el derecho penal son principalmente, instrumentos que pueden desincentivar comportamientos indeseados. Luego, la idea de que la responsabilidad civil se dirige a la compensación mientras que el derecho penal tiene como fin el castigo y la prevención, no puede ser compartida»¹⁰⁹.

La explicación de cómo se logra la prevención general es la siguiente. Tenemos que existen una serie de externalidades negativas producto de determinadas conductas. El creador de esas externalidades, es decir el victimario, sólo las considerará en la medida de la probabilidad de ser

¹⁰⁷ VISSCHER, en *Punitive damages...* op.cit., pág. 219

¹⁰⁸ «*The threat of being held liable induces the actors to incorporate the possible losses of others into their decision on how much care to take and how often to engage in the activity*», ver. *Ibidem*.

¹⁰⁹ «*[B]oth tort law and criminal law are primarily regarded as instruments which may deter undesirable behavior. Hence, the view that tort law aims at compensation while criminal law aims at punishment and deterrence, is not shared*», *Ídem.*, pág. 221

condenado a una indemnización. En los casos en que los daños exceden la probabilidad de ser condenado, el victimario no tiene incentivo alguno para no dañar; allí entra la figura de una pena civil —«*punitive damages can ameliorate this situation*»¹¹⁰— ya que si la probabilidad de ser condenado es inferior al 100% pero la indemnización que debe pagar si es hallado culpable excede el valor del daño, la responsabilidad que puede esperar el responsable por su conducta podrá de nuevo corregir esa anomalía. Así, si por ejemplo la probabilidad de ser condenado es del 50%, la indemnización debe ser por el duplo del daño causado¹¹¹.

Otro argumento que expone la corriente del análisis económico del derecho es el de que los *punitive damages* pueden servir para superar el problema de la apatía racional de la víctima. La posibilidad de obtener más que la compensación del daño podría inducir a la víctima para demandar al victimario, aún cuando los costos superan el daño sufrido y la posterior indemnización resarcitoria. Así, serviría la figura para compensar costos que no fueron producto de la conducta del victimario; que no hacen parte de manera directa del daño sufrido.¹¹²

Y es que de cierta manera la víctima que acude ante la jurisdicción para solicitar una condena por daños, en casos en que la conducta del victimario ha sido altamente torticera, reprochable, dolosa o gravemente culposa, el actuar de la víctima hace parte de la función de prevención del daño como uno de los fines sociales. Sin embargo, adelantar un proceso de responsabilidad implica costos, patrimoniales y extra patrimoniales, que personalmente debe cubrir la víctima. Aún cuando está cumpliendo también una función social. Los *punitive damages* podrían servir para cubrir esos costos adicionales de la víctima e incentivarla a demandar, superando el problema de la apatía e impidiendo que el causante del daño se lucre con su conducta¹¹³.

¹¹⁰ SEBOK, Anthony, WILCOX, Vanessa, *Aggravated damages, en Punitive damages...* op. cit., pág. 223

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ídem*, pág. 224

¹¹³ «*The prospect of being able to collect more than just compensatory damages might induce victims of law infringements to bring a suit, even though the costs outweigh the expected compensatory damages.*» *Ibidem*.

No obstante ser un argumento aparentemente válido, autores del análisis económico como POLINSKY y SHAVELL temen que esta consecuencia lleve a niveles de litigación excesivos, ya que los costos de litigar son altos y por lo tanto lo ideal sería incrementar las indemnizaciones tanto como para hacer el ajuste arriba mencionado pero no tanto como para incrementar el número de demandas. Evidentemente ello generaría problemas, más en un sistema judicial como el nuestro que peca de ineficiente y letárgico. Aunque esta aclaración de los mencionados autores pareciera a priori muy acertada, no se explica cómo se puede lograr a tiempo lo uno y lo otro, pues a menos que el ajuste del valor de prevención sea mínimo, es inevitable que va a comportar también un incentivo para litigar, y vale preguntarse si ello es del todo negativo. Como ya mencionamos, allí puede cumplir la responsabilidad civil una función de control social, para que la cifra oscura de eventos dañosos se reduzca y el factor *prevención* se potencialice.

VISSCHER también menciona una función de impedir la subestimación del daño. Este acápite parece muy aplicable a lo que hemos ya mencionado sobre el daño moral y la aplicación escondida de *punitive damages*. Para casos en que exista el riesgo de que las pérdidas sean de tan difícil valoración, como en casos de daños extra patrimoniales, o si la evaluación subjetiva de la externalidad negativa que sufrió la víctima es difícil de determinar. Ello también ocurre cuando cierto tipo de pérdidas son excluidas de la compensación; estas no dejan de ser una externalidad negativa sufrida por la víctima, y por ejemplo en casos de daños indirectos, los cuales en principio no serían indemnizables, valdría plantear la posibilidad de que cuando el causante del daño hubiera actuado con un grado de reproche alto, con dolo manifiesto, la adjudicación de una indemnización a título de pena pueda ajustar dicha situación y abarcar algunos tipos de daños que en principio no estarían cubiertos por la indemnización.

Contra este último argumento POLINSKY y SHAVELL también presentan algunos cuestionamientos. Señalan que como son verdaderos daños, la dificultad en su valoración no puede convertirlos en sanciones. Para evaluar el monto dentro de la condena por *punitive damages* se

presentaría el mismo problema para determinar el quantum del daño como tal. No obstante esta crítica, pensamos que el argumento es fuerte. Hay una serie de daños que se dejan por fuera de la indemnización o que no son considerados daños dentro de la construcción dogmática de este elemento, y vale preguntarse si no es válido ampliar el concepto de daño cuando nos encontramos ante una conducta altamente reprochable. Esto no es ajeno a nuestra normatividad, recordemos la diferencia entre los daños previsibles e imprevisibles en tratándose de la responsabilidad contractual, donde se responde sólo por los primeros en caso de culpa y por todos ellos en caso de dolo. La situación no es muy diferente; es cierto que existen argumentos de otra índole para sustentar dicha situación en la responsabilidad contractual, que versan sobre la naturaleza de las relaciones negociales donde los riesgos pueden ser previstos, pero véase que el argumento no es del todo descabellado. Y en cuanto al problema de la determinación del monto, recordemos que definir el quantum del daño indemnizable no es un obstáculo insuperable para otorgar una indemnización (el juez no puede abstenerse de hacerlo sólo por la indeterminación del valor, cuando sí del daño mismo), entonces vale preguntarse si acaso no sería válido aplicar una consecuencia como la de la norma penal ya citada (artículo 97 del Código Penal), en tratándose de daños morales, permitiendo que el quantum, por la dificultad de su valoración, pueda ser determinado por la conducta y no solo por el daño.¹¹⁴

Otro argumento es el de los *costos y beneficios inaceptables*, de acuerdo con el cual cuando el causante de un daño obtenga determinados beneficios del daño considerado como socialmente inaceptable, alternativamente, tomando el cuidado adecuado crearía muchos costos para el victimario, considerados socialmente irrelevantes. Se presenta el ejemplo de que una persona derive placer de causar un daño, y el solo hecho de tener que compensar los daños podría no persuadirlo de incurrir en la conducta dañosa, ya que después de compensar los daños, igual se obtuvo placer en ello. Por ejemplo, en los casos de abuso del derecho en que la intención es causar molestias el propietario del predio vecino, sin derivar de ello ningún provecho, en uso y abuso de mi derecho de propiedad, el

¹¹⁴ Ídem., pág. 225

hecho de que luego deba indemnizar perjuicios, además de la difícil valoración de los mismos, podría implicar que me sea indiferente indemnizar, pues ya obtuve el placer de incomodar a mi vecino, a cual podría tener para mí un valor mucho mayor al daño causado.

Siguiendo lo anterior, si la actuación del victimario es considerada como socialmente ilícita, el acto debe impedirse completamente y los daños deben ser lo suficientemente altos para que el causante del daño, quien se beneficia de forma inaceptable sea quien soporte los costos inaceptables. Según POLINSKY y SHAVELL, esta no es una razón válida ya que muchos actos socialmente indeseables no están asociados con una utilidad ilícita social, ya que no tienen el fin de causar un daño. Y otros autores como FRIEDMAN critican la idea de catalogar ciertas actividades como socialmente indeseables.

Finalmente, este argumento se fundamenta en el enriquecimiento injusto del victimario como una utilidad social ilícita. Es un enriquecimiento, podríamos decir, moralmente injustificado. Sin embargo, algunos autores consideran que el problema del enriquecimiento injusto y la posibilidad de que esa utilidad pase a la víctima, no tienen una justificación de orden punitivo y muchos autores lo encuadran como parte del daño moral.¹¹⁵ En efecto, hay quienes señalan que el lucro superior al daño que obtiene el victimario puede ser reubicado en cabeza de la víctima a título de daño moral, pues esta se vio afectada por la causación de un daño imputable a otro sujeto y tiene que ver cómo este se ha lucrado a expensas de la injusticia sufrida, y la manera de sanear ese daño moral sufrido no es otra que obteniendo el lucro de su victimario para sí.

Inducir a la transferencia voluntaria de la propiedad. De acuerdo con el movimiento del análisis económico, existen dos modos de transferir la propiedad¹¹⁶; mediante reglas de propiedad o a través de reglas de responsabilidad. El modo en que se de la transferencia depende de los costos de transacción; si estos son bajos se acude a la regla de propiedad, de acuerdo con la cual la transferencia puede lograrse de forma voluntaria mediante una negociación, donde el precio del bien está determinado por

¹¹⁵ Idem., pág. 227

¹¹⁶ Ver. COASE, Ronald, *Social Cost*, en *Journal of Law & Economics*, v. III, ed. U of Chicago Press, Chicago, 1960.

las partes. Por otro lado la regla de responsabilidad, cuando existen altos costos de transacción, implica que el beneficio que se persigue se debe tomar sin la voluntad de su titular, entonces el tomador debe pagar un valor objetivamente determinado al titular, a título de indemnización.

De acuerdo con POSNER, «cuando los costos de una transferencia voluntaria en el mercado son bajos, la regla de propiedad es económicamente preferible a la regla de responsabilidad, ya que el mercado es más confiable como registro de valores que el sistema legal»¹¹⁷. Los *punitive damages* podrían inducir al potencial victimario a buscar una transferencia voluntaria de la propiedad en vez de acudir a la vía de la regla de responsabilidad ya que esta sería demasiado costosa por el aumento que implican los *punitive damages*, sin los cuales el victimario podría decidir cometer la conducta dañosa ya que la compensación podría ser menor que su beneficio.

En la vía de este mismo argumento se dice que aún en casos en que la posibilidad de tener que indemnizar es del 100% podrían ser necesarios los *punitive damages*, ya que en un caso de bajos costos de transacción, si se toma un bien sin consentimiento, el victimario estaría convirtiendo una regla de propiedad en una de responsabilidad. Para evitar esta situación la sanción tiene que ser superior al daño. Así, el victimario elegirá adquirir el bien de forma consentida en vez de hacerlo arbitrariamente. Esto porque al pasar de una regla a otra se está perdiendo valor, ya que sólo el titular del bien puede valorarlo adecuadamente, y cuando se hace a través de una regla de responsabilidad el valor lo fijan el sistema legal y el mercado. VISSCHER nos presenta el ejemplo de la transferencia de la propiedad de un carro; suponiendo que yo valoro el carro de mi vecino más de lo que lo hace el mercado, pero la valoración subjetiva del carro sólo es conocida por mi vecino, titular del bien. Si adquiero mediante compraventa el carro de mi vecino, es seguro que el valor del mismo es mayor para mí de lo que lo es para él, porque el precio que estuve dispuesto a pagar fue lo suficientemente alto para que él me lo

¹¹⁷ «When the costs of voluntary market transactions are low, the property approach is economically preferable to the liability approach because the market is a more reliable register of values than the legal system». Ver. LANDES-POSNER, *The economic structure of tort law*, 1987, pág. 31.

vendiera. La transacción mejora la situación de riqueza. Por el otro lado, si yo robara el carro y sólo tuviera que pagar la indemnización de perjuicios, disminuiría la riqueza ya que aunque mi valoración personal del carro era superior a la del mercado, es posible que sea inferior a la valoración subjetiva de mi vecino, el dueño. De esta manera el precio que tendría que pagar en caso de robo debería ser superior al valor del mercado del mismo.¹¹⁸

El particular caso argentino que consagra el Estatuto de Protección al Consumidor

El artículo 52 bis de la Ley 23.361 se encuentra expresamente dedicado al «daño punitivo» y señala que 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, independiente de otras indemnizaciones que correspondan [...]». Este es el caso más claro que existe de una consagración legal de las penas privadas en sistemas de derecho civil y se manifiesta en uno de los ámbitos donde estas son quizás más necesarias. En efecto, el derecho de protección al consumidor trae consigo una serie de riesgos propios de las relaciones contractuales desiguales, donde hallamos una parte débil y otra fuerte, donde existe una disparidad enorme entre la información que tienen una y otra y su capacidad de negociación, además de la situación de que el consentimiento del consumidor se encuentra altamente coartado por la influencia que los agentes del mercado pueden ejercer sobre el mismo, a través de distintos medios. De igual forma, es en las relaciones de consumo donde puede presentarse mayor cantidad de daños, a veces de aparente poca entidad, pero que pueden ser más que considerables si se tiene en cuenta la suma de los perjuicios particulares.

El problema de la apatía de la víctima toma aquí mayor importancia, ya que puede, en ocasiones, no lograrse mediante la simple condena de reparación la necesaria función de desincentivar esa

¹¹⁸ «This higher sanction than the value of the entitlement is known as a “kicker”. Punitive damages likewise may serve to avoid the injurer from converting a property rule into a liability rule. Disgorging all gains the injurer yielded by committing the tort fits into this idea». VISCHER En punitive damages... op. cit., pág. 229

conducta y puede ser, como en muchas ocasiones ocurre, que le sea al productor, distribuidor o vendedor, más sencillo y económico reparar unos cuantos daños que evitar cometer la conducta que los produce. La cifra oscura de eventos dañosos, entiéndase esta como la diferencia entre los daños producidos y los daños efectivamente indemnizados, es significativa, dado el desinterés de algunas víctimas por adelantar un proceso de responsabilidad que puede ser altamente dispendioso; y una sanción administrativa no cambia mucho el panorama, ya que esta no logra convertirse en un incentivo para la víctima.

En esta misma vía, la probabilidad de que haya siempre una condena de responsabilidad es baja o al menos muy inferior al 100%. Como vimos, de acuerdo con teorías del análisis económico, a menor probabilidad de responder, menor será el incentivo a no causar daños. Por lo tanto, es necesario que exista una figura o elemento adicional en la condena, que incentive, por un lado, a la víctima a actuar contra el victimario y, por el otro, al causante del daño a no incurrir, al menos no intencionalmente o de forma manifiestamente negligente, en la conducta dañosa.

8. Sobre las críticas a los *punitive damages*

La doctrina mayoritaria es completamente reacia a aceptar o siquiera plantearse la cuestión de una potencial aplicación de los *punitive damages* o penas privadas en ordenamientos de derecho civil. No obstante, la gran mayoría de críticas evitan hacer un análisis de fondo de la cuestión. BUITRAGO señala que son «muchos los detractores de la sanción civil, que se apoyan en juicios retóricos, argumentativos y especulativos en torno a los fundamentos y funciones que atañen a la responsabilidad civil, cuando no es que tales juicios se convierten en reproches prácticos. Por esta línea se buscaría subrayar que la institución es improcedente e inconveniente.»

A fin de cuentas, cuando se agotan los argumentos filosóficos y jurídicos, la gran mayoría de críticas terminan desembocando en el terreno movedizo de la conveniencia, donde, consideramos,

también pierden la batalla. Pero las críticas, desde lo jurídico, pueden resumirse en tres: desconocimiento de la separación entre derecho penal y derecho civil, la violación del principio compensatorio o de reparación integral y el enriquecimiento sin causa de la víctima.

De acuerdo con DE ÁNGEL, «es más sensato y más humilde pensar que nuestro legislador no tenía realmente ninguna concepción determinada sobre la función del Derecho de daños, tarea que sólo puede acometer la judicatura en desarrollo del artículo 1902 CC—nuestro 2341—»¹¹⁹

En efecto, no podemos permitir que el derecho de la responsabilidad civil se estanque por lo que creemos que consideraron quienes en su momento consagraron la figura, y seguir buscando objeciones retóricas a la evolución de una institución que puede prestarse para el cumplimiento de los fines del estado moderno.

Según Jaime SANTOS BRITZ «no puede seguirse un criterio extremo en materia de indemnización de daños en general ni en concreto respecto de los daños patrimoniales, sino que con predominio del aspecto indemnizatorio no deja de haber elementos de pena o expiación, como tampoco puede descartarse esta última completamente en la reparación de los daños estrictamente patrimoniales»¹²⁰.

Con lo anterior en mente, es necesario dar una mirada a las críticas puntuales que se le formulan a una posible incorporación de la figura de las penas privadas en sistemas jurídicos de derecho civil.

9. Desconocimiento de la división entre lo penal y lo civil

Ya se ha tratado someramente una de las críticas principales que se le formula a la propuesta de los *punitive damages* y es el problema de la dicotomía *Derecho Civil-Derecho Penal*. El argumento es básicamente el siguiente: «las leyes que permiten ordenar el pago de *punitive damages* dañan la función represora de ciertas conductas particularmente lesivas para la sociedad, función que corresponde desarrollar [...] al Estado. El Estado y sólo el Estado puede castigar los comportamientos

¹¹⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Daños Punitivos...* op.cit., pág. 150

¹²⁰SANTOS BRITZ, Jaime, *Derecho de Daños*, Madrid, Editorial revista de Derecho Privado, 1962, pág. 252

más graves y lo hace mediante el Derecho Penal y mediante las acciones penales»¹²¹. En el fondo se argumenta que dar cabida a esta figura acabaría con el monopolio que ostenta el Estado para la imposición de las penas.

A través de este trabajo hemos demostrado cómo esta diferencia no es tan tajante, cómo la metáfora de la mesa que planteamos en un inicio, donde la responsabilidad penal y civil se alimentan de platos opuestos, y dicha distancia tiende a aumentarse, no es del todo cierta y que en muchas ocasiones el derecho penal y el derecho civil se alimentan de un mismo plato. Que en el fondo las normas que prohíben uno y otro comportamiento son de una misma identidad, con independencia de si están adscritas a lo penal o a lo civil.

No puede perderse de vista que, como ya lo hemos mencionado, existen unas conductas que ameritan una sanción pues son tan reprochables que la sociedad no puede permitirse su ocurrencia y el Estado debe buscar la forma de prevenirlas, pero que no se enmarcan en el catálogo de delitos penales¹²², ni deben hacerlo. En efecto son «actos *contra legem* que no son suficientemente graves para activar la aplicación del derecho penal». Hicimos ya énfasis en la naturaleza de «última ratio» del derecho penal, de cómo sus normas «sólo deben ser aplicadas a ciertos actos especialmente graves, que dañan la estructura jurídica social»; es un derecho reservado para las conductas más lesivas, reprochables y antisociales. Y la forma de prevenir esas conductas reprochables pero que no merecen una sanción penal no puede ser mediante la expansión del derecho penal que debe tender a mantenerse en el mínimo, sino mediante mecanismos alternativos, como la aplicación de penas privadas. En los ordenamientos donde se permite de forma explícita dicha solución, ésta «no es una condena de carácter penal, sino una condena de carácter civil que agrava la responsabilidad civil.»¹²³.

En efecto, como bien lo ilustran los casos en que factores punitivos hacen parte de nuestra

¹²¹ CARRASCOSA GONZALES, Aspectos..., op.cit., pág. 411

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ídem*., pág. 413

legislación civil, el sólo hecho de que una norma cumpla una función punitiva o preventiva, o no compensatoria, no la hace automáticamente una medida de carácter penal. Y por otro lado, más como un argumento de conveniencia, desde el mismo derecho penal se ha buscado que las funciones que este cumple sean reforzadas por otras ramas del ordenamiento.

«Los expertos, ya no civilistas, sino los propios penalistas aconsejan que el efecto intimidatorio no hay que buscarlo sólo a través del derecho penal y que para ello se debe recurrir a otras instancias de control social. Podrían considerarse algunos factores económicos y sociales que prestarían mayor utilidad a la comunidad. Esto permitiría que el derecho penal retomara su sendero, puesto que las normas penales, en sí mismas, no son suficientes: “y paradójicamente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad [...] de aquí se deduce que la norma penal solo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras”». El derecho civil puede entonces ser un verdadero complemento del derecho penal a la hora de sancionar y prevenir las conductas indeseables, y así no deben *meterse en el mismo saco* todas ellas, sin reconocer que existen unas mucho más graves y dañosas que otras y que aquellas sí requieren de las sanciones del derecho penal y de su función estigmatizadora, cuando las otras no. Esta situación ya la advertía RIPERT: «un acto voluntario puede constituir un delito civil, sin ser castigado por la ley penal. Así sucede con el dolo en los contratos, con el ocultamiento de efectos pertenecientes a una sucesión, con el estelionato»¹²⁴.

Ahora veamos algunas de las consideraciones de fondo, sobre lo penal y lo civil, que llevan a negar la introducción de los *punitive damages*. En cuanto a la presunción de culpa, hay quienes afirman¹²⁵ que en un sistema como el de responsabilidad civil, donde a nivel global se tiende a la objetivación de la responsabilidad, *strict liability*, de darse cabida a los *punitive damages* en sistemas de derecho civil, se llevaría no sólo a la punición por la vía civil sino además a la presunción de penas

¹²⁴ RIPERT-BOULANGER, *Derecho Civil*, op.cit., pág.21

¹²⁵ PANTALEÓN, Fernando, en *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 439

privadas. Sin embargo, la anterior no nos parece una crítica del todo válida. Debe recordarse que uno de los elementos esenciales de los *punitive damages* es el mayor grado de reproche que recae sobre la conducta del causante del daño, es decir dolo o culpa grave. Por supuesto que en determinados casos puede presentarse la responsabilidad objetiva del causante del daño o al menos la asignación a este de la carga de probar la calidad de su conducta, lo cual llevará a hacerlo responsable de los daños efectivamente causados, pero dicha presunción no podría de ninguna manera aplicarse a un caso de *punitive damages* donde esa culpa excesiva o el dolo deberán —ahí sí— probarse para poder lograrse una condena superior al daño. No existe presunción de dolo y en todo caso el demandante tendrá la carga de probar dicha calificación que invoca sobre la conducta del demandado.

Por otro lado, al tratarse de situaciones no cobijadas por el derecho penal no tiene por qué violarse el principio del *non bin in idem*, y principios como el de la presunción de inocencia no tendrían el peso que tienen en derecho penal, ya que se habla de una pena civil que no acarrea el carácter estigmatizador y represivo de la pena del derecho penal.

Violación del principio compensatorio

Un segundo argumento en contra de los *punitive damages* es la violación del principio compensatorio o resarcitorio de la responsabilidad, o principio de la reparación integral del daño¹²⁶, al que ya nos hemos referido. Como hemos visto, los *punitive damages*, efectivamente, plantean la posibilidad de que se condene por montos superiores al daño sufrido, más allá de la reparación integral. Ya hemos visto que en el caso colombiano es posible señalar normas que contemplan sanciones civiles

¹²⁶ Así sintetiza NARVÁEZ este principio, haciendo mención de lo punitivo: «la reparación integral del daño se basa en cuatro (4) principios, a saber: se debe cuantificar la incidencia en la persona y el patrimonio de la víctima salvo los casos en los cuales la ley tasa de antemano los perjuicios (art. 1031 C. de Co.) o un tope en la indemnización (art. 1881 C. de Co.); el daño debe ser reparado en función de la relación de causalidad con la actividad cumplida por el responsable; en la valoración sobre la extensión y cuantificación del daño no se debe atender a la mayor o menor entidad de la culpa, salvo la distinción contenida tanto en el artículo 1616 del Código Civil sobre el dolo y la culpa, como la denominada compensación de culpas prevista en el artículo 2357 del mismo estatuto y como la indemnización no debe constituir lucro o enriquecimiento para la víctima, deben desestimarse factores que revistan el carácter de meramente sancionatorios o punitivos.» Ver. NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, *Análisis crítico del principio indemnizatorio en los seguros de daños*, en Revista Iberoamericana de Seguros, Vol. 20, Número 34, 2011

que prevén reparaciones superiores al daño efectivamente causado, lo cual nos puede llevar a afirmar, al menos introductoriamente, que nuestro sistema no rechaza contundentemente ese tipo de sanciones.

El principio afirma que «los daños tienen naturaleza compensatoria o de resarcimiento y no carácter punitivo» y que «el objetivo de la indemnización es colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual»¹²⁷.

El problema con este argumento es meramente filosófico y atiende a la naturaleza del derecho de la responsabilidad civil y más exactamente de la obligación de reparar y las normas que así lo ordenan. La naturaleza de cualquier norma que imponga una sanción a una conducta busca en el fondo reprimirla y tildarla de indeseable (HART), y en el fondo la naturaleza preventiva-punitiva de las normas de responsabilidad civil lo son tanto como aquellas de las normas penales y sólo distan en cuanto a la consecuencia jurídica, una más severa que la otra, ya que precisamente unas conductas son más reprochables que las demás, pero no por eso aquellas no deben sancionarse o prevenirse. Como bien se dijo, es una cuestión de grado.

Siguiendo a CARRASCOSA, las normas que consagran «indemnizaciones para reparar el daño causado cumplen no sólo una función reparadora del perjuicio causado, sino también una función punitiva (=de castigo al concreto infractor), y una función previsor-admonitoria (=de advertencia y disuasión a terceros indeterminado y al mismo infractor específico para desincentivar la comisión de ciertos actos lesivos de derechos ajenos)»¹²⁸

Ya vimos como algunas normas de nuestra legislación civil consagran una sanción más allá de la reparación del daño causado a modo de castigo y prevención de ese tipo de conductas.

Según PANTALEÓN todo el desarrollo del derecho de responsabilidad civil se realiza a partir del principio indemnizatorio; dice lo siguiente: «La función normativa de la responsabilidad

¹²⁷ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de derecho patrimonial*, tomo II, 6ª ed., ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 783

¹²⁸ CARRASCOSA, *Daños punitivos...* op.cit., pág. 413

extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria; de ahí sus rasgos: a) no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño. b) es transmisible mortis causa a los herederos del responsable (artículo 105.1 CP). C) Es asegurable d) Incluso cuando se solicita dentro del proceso penal está sujeta al principio de rogación o instancia de parte e) No existe parte ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable, ni es materia reservada a la ley orgánica.»¹²⁹ Y también diría que no tiene la responsabilidad civil en ese ordenamiento las funciones de protección de los derechos absolutos, ni la evitación del lucro del dañador, por su actividad ilícita dañosa.

En cuanto a lo primero «a)» el hecho de que pueda o no graduarse la indemnización teniendo en cuenta la gravedad de la conducta: ello puede desvirtuarse si se comprende que el derecho de la responsabilidad civil debe cumplir también una función punitiva-preventiva y que de hecho la correspondencia de la indemnización con el daño no es cierta. En efecto, el daño dista mucho del daño resarcible, por cuanto este es «una categoría ideológico-jurídica mutable conforme a las crisis del sistema económico y político global»¹³⁰, el daño resarcible es en últimas una ficción jurídica (cuestión asimilable a la dicotomía verdad real y verdad procesal), en la cual, *daño*, finalmente, es lo que el ordenamiento le atribuya al responsable. Esto se evidencia esencialmente en las condenas por daño moral, el cual es un daño no resarcible y no compensable por definición, pero el ordenamiento permite, a modo de paliativo, que la víctima reciba del victimario un beneficio económico, el cual simbólicamente y ficticiamente compensa el daño sufrido. Y de hecho se debe acudir y se acude a la naturaleza del acto para graduar la indemnización por daño moral. El profesor SOLARTE resalta esta situación, afirmando que la reparación integral sólo opera en tratándose de los daños patrimoniales, dice que «cuando se producen daños extra patrimoniales, siendo posible o, mejor, indispensable, que se realice una evaluación de la extensión del daño, a través de la apreciación detallada del efecto nocivo que el hecho

¹²⁹ PANTALEÓN, Fernando, *Perfiles...* op.cit., pág. 59

¹³⁰ GHERSI, Carlos Alberto, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, págs. 26-27

ilícito haya producido en los bienes de la personalidad del afectado o en su esfera espiritual, ciertamente resulta complejo, cuando no imposible, “reconstruir” tales bienes o intereses, o, incluso, fijar el *quantum* de la respectiva reparación en dinero, toda vez que se trata de intereses del sujeto que no admiten una evaluación pecuniaria, lo que lleva necesariamente a que la cantidad que se determine como indemnización no corresponda o tenga equivalencia con el perjuicio realmente sufrido por la víctima.»¹³¹ En últimas, el principio de proporcionalidad entre el daño y la indemnización es ilusorio. Lo que sí se verifica es la existencia de un perjuicio, pero su cuantificación no es siquiera posible. Podríamos afirmar, entonces, que el principio compensatorio se limita a señalar que debe haber un daño que reparar, pero que este no tiene que, necesariamente, corresponder con la indemnización.

Por otro lado, teniendo en cuenta que lo que debe resarcirse, más que el daño como elemento objetivo, es el perjuicio que el mismo le produce a la víctima, debe tenerse en cuenta que aún el daño patrimonial no puede ser objetivamente evaluable, ya que el valor de un bien, de acuerdo con postulados del análisis económico del derecho, depende directamente del factor subjetivo de su propietario o quien tenga con el bien determinada relación. Por lo tanto, al indemnizar un daño patrimonial se tiene solo en cuenta el valor de mercado y no el interés particular que el bien comporta para el demandante; entonces el daño resarcible sería inferior al daño real y este no correspondería al valor real del daño. Los *punitive damages* son un mecanismo útil para realizar ese ajuste, ya que aunque no puede objetivamente tasarse ese mayor valor, este puede compensarse teniendo en cuenta el factor *reproche* de la conducta del dañador, de igual forma como se realiza, así sea de facto, para la determinación del quantum en tratándose de daño moral. De esta manera, la gravedad de la conducta del demandado puede extender el concepto de daño, y así se podría incluso mantener el principio indemnizatorio, introduciendo un factor punitivo a la valoración del mismo.

En cuanto a la característica «b)», atribuida a la responsabilidad civil por PANTALEÓN como

¹³¹ SOLARTE, Arturo, *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XII*, Editorial Diké, Medellín, 2009, pág. 139

consecuencia del principio indemnizatorio, ya que nos inclinamos por la naturaleza preventiva, más que punitiva, de los *punitive damages*, debe seguirse la regla de responsabilidad en cuanto a su transmisibilidad por causa de muerte. No obstante la fuente de responsabilidad es aquí un reproche contra la conducta del causante del daño, la función punitiva es apenas accesoria de la función preventiva que hemos planteado anteriormente, de suerte que es contra el patrimonio del causante del daño y no contra su persona que se dirige dicha sanción. Lo contrario desincentivaría el control que las víctimas ejercen sobre las conductas de sus victimarios e implicaría que la medida fuera de naturaleza plenamente punitiva, cosa que hemos desestimado en este escrito.

En cuanto a la asegurabilidad «c)» es claro que ese plus de los *punitive damages* no puede ser asegurable ya que de lo contrario dicha medida no serviría su función punitiva ni preventiva y ahí sí perdería cualquier fundamento. En su momento, los MAZEAUD, quienes tanto afirmó el principio compensatorio, dejó entrever la necesidad de una función preventiva en la responsabilidad, relacionada con el contrato de seguro: «El desarrollo del seguro de responsabilidad tiene por consecuencia evidente un aumento correlativo del número de accidentes.[...] se ha pensado, para contener la progresión creciente de los accidentes de automóvil, en obligar al conductor responsable, aunque esté asegurado, a pagar personalmente una fracción de la indemnización»¹³². Y precisamente esa fracción debe corresponder al monto al que se le condene a título de sanción. En un principio no puede pensarse en una compañía de seguros que acepte cubrir ese plus punitivo, sin embargo, para evitar riesgo de contagio en el mercado de los seguros, resultaría conveniente que una norma legal así lo impida.

En cuanto a la favorabilidad de la ley «d)», basta decir que al no tratarse de eventos típicos de responsabilidad, como en lo penal, sino a una cláusula general de responsabilidad civil, la favorabilidad como principio en lo sancionatorio sustancial resultaría irrelevante.

Enriquecimiento sin causa

¹³² MAZEAUD, *Lecciones...* op.cit., pág. 11

Un tercer argumento es el del enriquecimiento sin causa de la víctima, quien se vería lucrada más allá del daño que ha sufrido, a costa del demandado. Se ha dicho que «estos daños punitivos comportan un desplazamiento patrimonial sin causa que quiebra el principio de proporcionalidad. Las cantidades a pagar por este concepto resultarían excesivas en relación con el daño realmente causado y sufrido por las víctimas. Éstas se enriquecen más allá de los perjuicios verdaderamente sufridos, por lo que aumentan, sin causa jurídica alguna, su patrimonio.»¹³³

Sin embargo, de acuerdo con BUITRAGO, «nada impide, técnicamente, que una pena civil pueda ser destinada a la víctima y adicionarse a la indemnización de daños y perjuicios.» Este autor propone dar una mirada a la institución misma del enriquecimiento sin causa para develar cómo esta no es una crítica pertinente al tema de los *punitive damages*. En efecto, existiría por un lado un empobrecimiento del victimario y un enriquecimiento de la víctima (requisitos esenciales de la figura), sin embargo existe claramente una causa para dicha situación, cual es la conducta reprochable del primero y la correspondiente condena judicial por la suma respectiva, «con la cual no sólo se busca compensar el daño causado a la ilegalidad, sino uno más altruista y colectivo: prevenir la reiteración de esas conductas, buscando de paso la tranquilidad social que la sensación de seguridad brinda.

En efecto, esta es una causa legalmente legítima. De acuerdo con STUART MILL «la única finalidad por la que se puede ejercer con derecho un poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es la de impedirle que perjudique a los demás»¹³⁴. No puede haber una causa más meritoria para la aplicación de la figura que la prevención, la intención de evitar que tanto el demandado como cualquiera que se encuentra ante tal conducta causen un daño a otro. La causa, incluso, podría encontrarse en el orden constitucional.

Hay quienes proponen, para superar esta crítica, que el monto de la condena en razón de *punitive damages* se destine a lugar distinto del patrimonio de la víctima. Sin embargo, no encontramos que se

¹³³ CARRASCOSA GONZALEZ, op. cit., pág. 412

¹³⁴ JOSSELAND, *Derecho civil...* op.cit., pág. 295

justifique asignar el valor de la pena civil a un fondo común, o al menos no en su totalidad. De ser así se socavaría uno de los puntos positivos de la aplicación de *punitive damages*, esto es, la participación de la víctima en el control de los daños a escala social y, en el fondo, de la función preventiva cuya importancia ya hemos resaltado, a través de lo que el análisis económico del derecho ha denominado la superación de la apatía de la víctima.

En efecto, como ya lo hemos mencionado antes, en ocasiones el daño sufrido por la víctima es mínimo pero potencialmente o socialmente altísimo, o puede ser que el quantum del daño sea muy difícil o casi imposible de determinar. En estos casos la víctima no va a acudir a lo engorroso y costoso de la jurisdicción, ya que aún cuando no derive en pérdida, su beneficio será muy inferior a sus costos. Los *punitive damages* serían un incentivo legítimo para que los ciudadanos participen en el control social que debe ejercerse sobre quienes causan daños indiscriminadamente, de forma grosera, y que en últimas se lucran de la lentitud y lo dispendioso de nuestro sistema judicial. Quisiera remitirme a la opinión del profesor TAMAYO JARAMILLO sobre este particular:

«Pensamos que bajo ciertas condiciones tendría un buen efecto preventivo del daño. 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 en favor del perjudicado. Solo en esa forma se podría conseguir un adecuado comportamiento de los ciudadanos.»¹³⁵

De otra parte, hemos dicho que si ese valor no se adjudica a la víctima puede afectarse la función preventiva. En efecto, si aceptamos los argumentos ya expuestos de la corriente del análisis económico,

¹³⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, ed. Legis, 6ª reimpresión de la 2ª edición (2007), Bogotá, 2011, pág. 473

en cuanto a que la prevención se logra realizando el ajuste de la diferencia entre la probabilidad de ser condenado y el monto de la condena, cuando aquella no igual al 100%, pues a mayor probabilidad de ser condenado, mayor es el factor preventivo. El argumento de la apatía de la víctima en últimas propende porque se incremente la posibilidad de ser condenado, pues serán menos las víctimas que se queden cruzadas de brazos, indiferentes ante el daño que han sufrido y más las que con el incentivo del plus de los *punitive damages* buscarán una reparación y una condena para el causante del daño.

9. Propuesta para la aplicación de penas privadas o *punitive damages*

Por un lado, si aceptamos que este es un fenómeno latente en nuestro ordenamiento, tanto por su consagración en algunas normas civiles como, y especialmente, por su aplicación en sentencias judiciales, especialmente en tratándose de la condena por daño moral, podremos realizar un verdadero control sobre dichas condenas, para que las mismas se impongan de forma equitativa, igualitaria y coherente, y no por una discreción ilimitada del juez, quien haciendo elásticos los conceptos de los daños extra patrimoniales se ve obligado a insertar el reproche de la conducta, camuflado en otra figura, la cual, por demás, acaba por desnaturalizarse.

La aproximación a esta cuestión no puede ser completamente dogmática pues donde prevalece el dogma desfallecen la justicia y la sensatez. Hemos visto a lo largo de este trabajo que el derecho de daños puede cumplir y en efecto cumple funciones más allá de lo resarcitorio y que es una herramienta utilizada por nuestro legislador y nuestros jueces para insertar en sus providencias consideraciones de equidad que sirven para lograr los fines de la prevención y en últimas para mejor salvaguardar los fines del Estado colombiano y los derechos que su constitución consagra.

Ya nuestra Corte Constitucional ha señalado que una figura tal como los daños punitivos no serían contrarios a la constitución, en caso de una disposición legal que así los consagrare¹³⁶. Pero debe

136 «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

irse aún más lejos; hemos visto que aunque ninguna norma expresamente señala la posibilidad de aplicar penas privadas en las condenas de responsabilidad, existen sí algunas disposiciones dispersas que pueden ser herramientas útiles para el juez a la hora de incorporar dicho ítem en su sentencia. Es de especial relevancia el artículo 16 de la ley 446 de 1998, a la cual nos hemos referido, la que abre la posibilidad al juez de fijar el daño indemnizable teniendo la equidad como fundamento. Esta norma sería el sustento normativo para que el juez tenga en cuenta el mayor o menor grado de reproche de la conducta del causante del daño, de manera que pueda condenar a una indemnización superior al daño causado cuando una conducta altamente reprochable se verifique.

Utilizando dicha norma como sustento, debe dejarse de lado los argumentos historicistas y dogmáticos que abogan por la imposibilidad de la aplicación de esta medida por ir contra los principios fundantes del derecho civil. Vimos que la función sancionatoria es no sólo una función indirecta que puede cumplir la responsabilidad civil sino que es una función principal que siempre ha cumplido, y lo debe seguir haciendo. Esto se desprende no sólo del hecho de que la responsabilidad penal y la civil no se separaron tan tajantemente como plantean algunos sino de que sus normas, aquellas que consagran la responsabilidad por ilícitos penales y civiles son de idéntica naturaleza y persiguen un mismo fin. En efecto, tanto la sanción de responsabilidad civil como la sanción penal se dirigen indefectiblemente a prevenir la ocurrencia de determinados hechos, de ciertas conductas, que son lesivas para la sociedad y sus individuos. El hecho de que el deber de no causar un daño a otro sea anterior y principal al deber de reparar el daño causando así lo indican. La norma debe ir dirigida a disminuir en la mayor medida la ocurrencia de eventos dañosos y ello sólo se logra desincentivando las conductas de los agentes que incurrir en ellos.

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.» en sentencia de Corte Constitucional, C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

El análisis económico del derecho nos trae varios puntos que soportan este argumento. En especial, la cuestión de superación de la apatía de la víctima y la posibilidad de alcanzar daños que en principio son de difícil prueba o cuantificación resultan vitales. Por un lado, no son pocos los casos en los cuales las personas que sufren un daño prefieren conformarse con una indemnización ínfima, extra judicial, o simplemente quedarse cruzadas de brazos al no querer verse sometidas a tan mastodónico sistema judicial, el cual trae consigo costos, patrimoniales y no patrimoniales, que no están dispuestos a soportar. Dichos costos pueden incluso superar la expectativa de la indemnización que tienen quienes han sufrido el daño; y aún cuando ello se quede tan solo en una probabilidad, es un riesgo que quizás no muchos estén dispuestos a asumir. Las penas privadas son una solución útil y necesaria para superar esa apatía que tiene como consecuencia final la indemnidad del causante del daño, quien se ve lucrado por su actuar doloso o gravemente culposo y se beneficia del inoperante sistema judicial. Por otro lado, aún cuando el daño sufrido por la víctima sea de entidad significativa, podría verse ante semejante imposibilidad de probar su cuantía, que finalmente su derecho a ser indemnizado se tornara parcial o totalmente insatisfecho.

Ello también ocurre en casos en los cuales el verdadero perjuicio que acarrea el daño no es de una valoración que puede realizarse de manera objetiva. Hay eventos en los cuales el mercado no es un referente confiable para estimar el valor de un determinado bien, sino que su valor real sólo puede ser conocido y determinado por su titular. Es cierto que dicha diferencia podría ser corregida a través del daño moral, sin embargo no en todos los casos podría acudir a dicha figura, por ejemplo porque la relación de la víctima con el bien es meramente económica y no de su esfera afectiva. Por ejemplo, en el caso del daño sobre una obra de arte que no se encuentra evaluada actualmente en el mercado, su valor sólo es conocido por el propietario antes de ponerla en venta. En este caso, evidentemente, el daño no puede limitarse al valor de los materiales, ya que el perjuicio se verifica es en la pérdida de la obra como bien integral y en su valor intangible. Finalmente, sería un perito quien le otorgue su valor a

la obra, sin embargo ese valor, muy seguramente, no va a corresponder con el valor que a ella le daba su autor, y podría no haber estado dispuesto a despojarse de ella por el valor que “objetivamente” le han otorgado. Cuando el causante de un daño ha actuado de forma altamente reprochable, el juez, en equidad, debe tener en cuenta una posible mayor cuantía del perjuicio, y así hacerse preferible que este lo tase por lo alto y no por lo bajo. Quien debe soportar el alea de la incertidumbre del monto del perjuicio debe ser el causante del daño y no su víctima.

Otra es la propuesta, mucho más general, del análisis económico del derecho en cuanto a tener en cuenta las probabilidades de ser condenado a la hora de fijar la pena privada, y utilizar dicha situación para corregir la diferencia entre una sanción disuasiva y una no disuasiva, en búsqueda de la prevención. No vamos a proponer aquí inverosímiles mecanismos para determinar el porcentaje de la diferencia entre el daño y esa probabilidad, que debe agregarse a la condena, en cuanto esta sea inferior al 100%, pues cualquier propuesta sería especulativa, además de que no sería nunca de uso general. Ello en la teoría suena absolutamente lógico, pero, a la hora de ponerlo en práctica, no quedan más que puntos suspensivos. Sin embargo, en cuanto a su valor como mecanismo para lograr la prevención de eventos dañosos el planteamiento es teóricamente válido y es un motivo adicional que el juez debe tener en cuenta a la hora de fijar el monto de la indemnización. De manera que si el juez comprueba que la conducta del causante de un daño particular ha actuado con dolo, debería sumar a la cuantía del daño una especie de deducible; un monto que no se entiende como parte del daño propiamente dicho y que debe cubrir el causante del mismo, y, como sucede con esa figura en el derecho de seguros, debe hacerlo personalmente, es decir, dicha suma no sería nunca asegurable. Esto bajo una misma lógica, esto es, que el victimario no sea indiferente ante la causación del daño y tome todas las medidas a su alcance para que este no se produzca o, producido, que no se extienda, y, en este caso, para que no esté incentivado por la baja probabilidad de ser condenado. Y, al no haber manera de conocer con toda certeza cuál es esa probabilidad, ese valor adicional debe ser fijado por el juez en equidad, teniendo en

cuenta la gravedad de la conducta y las condiciones del victimario (el tema de las condiciones concretas del causante del daño es uno sólo quedará mencionado pues podría ser objeto de un trabajo separado, sin embargo, no cabe duda de que debe hacer parte de las consideraciones del juez a la hora de abordar *equitativamente* un caso concreto de responsabilidad). Este sería un mecanismo viable para aplicar las penas privadas en ausencia de consagración legal explícita.

Lo anterior no sería sólo aplicable a las condenas por daño moral. Como ya lo hemos señalado, el problema del principio indemnizatorio no se presenta solo en tratándose de los daños extra patrimoniales sino que se presenta con casi todo tipo de daños. El daño resarcible es una categoría jurídica y no corresponde a la entidad real de un perjuicio sufrido por el causante de un daño y, en todo caso, una correspondencia de la condena, exacta y proporcional al daño sufrido, sería siempre imposible; como bien lo ha señalado por varias vías la doctrina, una verdadera indemnización, que deje realmente indemne a la víctima, esto es, en la posición en que se encontraría de no haber ocurrido el evento dañoso, es completamente ilusoria. En todo caso hay apenas una compensación que puede ser más o menos simbólica; grado que no se puede determinar nunca con certeza. No obstante, sí es posible, de acuerdo con esta teoría, fijar un límite; necesariamente la probabilidad no puede ser negativa, esto es, inferior a 0, y por lo tanto el límite de la pena privada sería igual al valor del daño, y así el total de la condena podría acrecer en el doble del daño sufrido. Ello para determinar el valor de la pena en cuanto a su componente estrictamente punitivo o no compensatorio, ya que por otro lado, aquella parte de dicha pena que se relacione con la dificultad de cuantificar un determinado daño puede ser tasado por otra vía. Si, como hemos dicho, debe cuantificarse el perjuicio de forma favorable para la víctima y no a favor del victimario, con intención punitiva-preventiva el juez debe tasar el perjuicio por lo alto y no por la media ni, mucho menos, por lo bajo. Es decir, en caso que un determinado daño pueda estimarse en 100, pero también en 50, la condena no debe ser por 75 ni mucho menos por 50, sino por los 100, íntegros. Esto tiene que ver con la característica de certeza que se le atribuye al daño

indemnizable; pueda darse que, por ejemplo, un perito estime el valor de un determinado bien en el mercado, piénsese en el mercado de las obras artísticas o alguno otro que dependa de factores subjetivos y variables, entre \$100 y \$200; en ese caso la condena deberá ser por los \$200, siempre y cuando exista una conducta altamente reprochable que lo amerite. De igual forma, al estimar el monto de la condena por lucro cesante, por ejemplo, en caso de la muerte de un hijo del cual sus padres ya se encuentran en relación de dependencia económica, la expectativa de ganancia y éxito del joven debe ser valorada en contra del causante del daño, es decir, debe presumirse que aquel hubiera llegado a la mejor situación económica posible, según sus condiciones, y bajo criterios de razonabilidad, al momento de la ocurrencia de los hechos. Igualmente, debe tenerse en cuenta las condiciones del causante del daño y en relación con ellas se debe determinar dicho monto, de forma que la sanción sea efectiva (nuevamente, este punto merece un amplio análisis que no es parte de este trabajo).

Por otro lado, reiteramos que el monto de la pena privada debe ir a manos de la víctima, por las siguientes razones: primero que todo, como ya lo hemos mencionado se desestimaría la utilidad de la figura para servir de mecanismo para superar la apatía de la víctima. Pero por otro lado, y bajo una lógica similar, aún cuando la víctima esté dispuesta a acudir a la jurisdicción para lograr una indemnización del causante del daño, sería poco plausible que esta esté dispuesta a litigar en interés ajeno. En efecto, si el monto de la condena por *punitive damages*, se destinase a un fondo, público o privado, esto es, a un tercero, no habría interés alguno de la víctima en probar ese mayor reproche que es necesario para que este tipo de condena tenga lugar. Y es que puede ser que a la víctima del daño le baste con probar la simple culpa del dañador para así lograr que se le repare el daño sufrido, pero un mayor grado de reproche, léase dolo o culpa grave, van a necesitar un mayor esfuerzo probatorio por parte de la víctima, y el derecho penal ya nos ha enseñado las muchas veces insuperables dificultades que comporta la prueba del dolo, y ese esfuerzo, estas dificultades, pocas víctimas estarían dispuestas a afrontar si no es en interés propio. Por estas razones el monto adicional a que se condene a título de

pena privada debe ir siempre a reforzar el patrimonio de la víctima.

Adicionalmente, para evitar que las penas civiles se constituyan en una fuente ilimitada de enriquecimiento para la víctima —un *windfall*, según la doctrina norteamericana— es necesario fijar un límite, preferiblemente legal, a su monto. En un principio y por la vía jurisprudencial puede aplicarse la regla del duplo que aplica para la cláusula penal enorme, esto es, que el monto de la indemnización punitiva no puede superar el doble de la que tiene naturaleza compensatoria, sin embargo esta fórmula aunque proporciona una suerte de seguridad y control sobre la medida no nos parece del todo conveniente. Si lo que se pretende es generar un verdadero incentivo para el causante del daño, para que se vea compelido a evitar conductas dañosas, una regla de dos a uno no sería suficiente, por lo menos en la mayoría de los casos. El incentivo perverso de dañar proviene de la abrupta diferencia, en términos económicos, que se evidencia entre el costo de reparar el daño y el costo de evitarlo, por lo tanto se le debe dar al juez un campo de acción mucho más amplio para corregir esa «anomalía». Por lo tanto, por la vía legislativa, debería fijarse una limitación tal como la del 1:10 (indemnización compensatoria: indemnización punitiva) que se ha fijado en algunas decisiones en los Estados Unidos¹³⁷. Es cierto que este límite, como cualquier otro, es arbitrario (bien podría ser de 1:20), pero es una mediada necesaria para evitar que se desborde el uso de la figura, y claro está, la cifra señalada por el juez dentro de dicho límite debe, en todo caso, estar sustentada y motivada.

Como corolario de todo lo anterior podemos derivar en una serie de reglas para la aplicación de las penas privadas en derecho colombiano: (i) Las penas privadas deben aplicarse cuando se trate de conductas cometidas con dolo o culpa grave, y en especial en aquellos casos en los cuales el victimario se encuentre en una posición de superioridad ante la víctima, bien sea dentro de un mercado de productos o servicios en particular, o en alguna otra relación particular determinada. (ii) En aquellos casos en los cuales el daño sea cierto pero no así su cuantía, esta se debe determinar teniendo en cuenta

¹³⁷ MARTÍN-CASALS, Miquel, *La «modernización» de la responsabilidad civil*, en *Cuestiones Actuales en Materia de Responsabilidad Civil*, Servicio de publicaciones U. de Murcia, 2011, pág. 27

la gravedad de la conducta del victimario. Mientras más reprochable sea su conducta, mayor deberá presumirse que es la cuantía del perjuicio. (iii) En tratándose de condenas por daño moral se debe seguir la misma regla. Con fundamento en el principio de equidad, se debe tener en cuenta la conducta del dañador para determinar su cuantía. (iv) Deben dejarse de lado los principios de carga de la prueba, aplicables para determinar si procede o no la condena de reparar el daño causado, pues ellos no serían aplicables en tratándose de la condena a pagar a la víctima la pena privada. En este caso, no debe haber nunca presunción; esa conducta calificada, que requiere de un mayor reproche debe ser, en todos los casos, probada por quien la invoca. (v) Debe verificarse la existencia de un perjuicio para el demandante. Este debe obrar con un interés dentro del proceso, independiente del hecho de que pueda solicitar, y le pueda ser otorgado su valor, a título de pena privada, una suma superior al perjuicio sufrido. (vi) El importe de la pena debe acrecer a la indemnización otorgada a la víctima y no destinarse a fondos públicos —por lo menos no en su totalidad—. (vii) El valor de la condena por *punitive damages* no puede ser susceptible de aseguramiento. (viii) La condena debe ser pública para reforzar la función preventiva. (ix) Debe considerarse la situación particular del causante del daño a la hora de proporcionar la pena al perjuicio sufrido. (x) Como límite al monto de la pena privada debe tenerse el fijado para la cláusula penal; en este caso debe ser el valor que sea mayor entre el doble del daño sufrido por la víctima o el doble del beneficio obtenido por el victimario (mientras no se fije un límite legal).

Conclusión

La presente es apenas una aproximación, de muchas posibles, que pueden llevarse a cabo para abordar el tema de los *punitive damages* o penas privadas en nuestro ordenamiento. El dilema de incorporar o no semejante figura a sistemas como el nuestro ha aparecido constantemente en los diferentes ámbitos locales y regionales, específicamente en la doctrina especializada, pero ha sido sólo para luego desaparecer de forma igualmente abrupta.

Sin embargo, puede constatarse que la cuestión regresa cada vez con más fuerza, los argumentos que promueven su incorporación son cada vez más vigorosos. Ello porque con el tiempo se hace más necesaria la participación del derecho civil, y en particular de la responsabilidad civil o derecho de daños, para hacer frente a la creciente cantidad de nuevos tipos de daños y el mayor número de ellos. Las preocupaciones del derecho civil que en su momento surgieron ante la proliferación de daños en el nacimiento y expansión del industrialismo, hoy son aplicables para los crecientes riesgos, en entidad y cantidad, que vienen con la globalización. Este fenómeno amplía las posibilidades del mercado global pero también los riesgos en cabeza de sus consumidores, más aún cuando estos tienen cada vez menos control sobre las relaciones de consumo. En el mismo sentido, aunque es cierto que el consumidor tiene cada día más acceso a información, también lo es que la autenticidad y veracidad de esa información son cada vez menos confiables.

Pero no solo en el derecho de consumo sino en general, el derecho civil debe reforzar la acción del Estado ante la comisión de ilícitos, tanto civiles como penales, para que aquellos no sean simplemente un costo más y la protección de estos no se limite al derecho penal, el cual se demuestra cada día más ineficiente e ineficaz para lograr su cometido último, cual es la protección de los derechos de los ciudadanos y la sociedad mediante la prevención, general y especial.

Por eso el juez civil en sus decisiones debe, incluso hoy con las herramientas que los principios de equidad y prevención le otorgan en ausencia de una norma que expresamente lo señale, condenar al causante de un daño, no sólo a resarcir el daño sufrido por su víctima, sino además a una suma que denote el grado de reproche sobre la conducta de aquel y que sea suficiente para lograr que este no la repita y que otros que se encuentren en una misma situación, internalicen el costo de esa pena, cuando la externalidad negativa por sí sola no pueda disuadirlos de cometer la conducta. Teniendo en cuenta elementos de equidad, proporcionalidad, razonabilidad y prevención debe el juez hacer uso del potencial preventivo de la responsabilidad civil para mejor salvaguardar los derechos de los asociados.

Bibliografía

- ANZOÁTEGUI, Ignacio, *Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños*, en *La filosofía de la responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013
- ARISTIZABAL, David, *Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad civil colombiana*, en *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 40, No. 112, págs. 175-201
- BROOKE, Sir Henry, *The origins of punitive damages*, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, Tort and Insurance Law Vol. 25, ed. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, Viena, 2009
- BUITRAGO, J, *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2007.
- CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 5ª ed., 1977.
- CARRASCOSA GONZALES, Javier, *Daños Punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español*, en HERRADOR GUARDIA, Mariano (coordinador), *Derecho de Daños*, 2013.
- COASE, Ronald, *The problem of social cost*, en *Journal of Law & Economics*, v. III, ed. U of Chicago Press, Chicago, 1960.
- CHEN-WISHART, Mindy, «*Contract law*», Oxford University Press, 4a ed., Oxford, 2012.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Daños Punitivos*, ed. Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2012
- DEL OLMO, *Punitive damages in Spain*, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, Tort and Insurance Law Vol. 25, ed. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, Viena, 2009.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de derecho patrimonial*, t. II., 6ª ed., ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *El escándalo del daño moral*, Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2008.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, ed. Legis, 1ª ed., 2010.
- FABRA ZAMORA, *Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual*, en *La filosofía de la responsabilidad civil* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

GARCÍA, L. & HERRERA, M. *El concepto de daños punitivos o punitive damages*, Publicación Estudio Sociojurídico, Bogotá, 2003.

GHERSI, Carlos Alberto. *Valuación económica del daño moral y psicológico*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

HENAO, Juan Carlos, *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

HONORÉ, Anthony, *La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, en *La filosofía de la responsabilidad civil* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, ed. Temis, 1ª ed., Bogotá, 2013.

JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, Tomo II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones, Bosch y Cia Editores, Buenos Aires.

LAMBERT FAIVRE, Yvonne, *La evolución de la responsabilidad civil, de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*, Revue Trimestrelle de Droit Civil, vol.I, I, publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, París, 1999.

LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Elementos de la Responsabilidad Civil*, ed. Diké, 1ª ed., Medellín, 2009.

MARTÍN-CASALS, Miquel, *La «modernización» de la responsabilidad civil*, en *Cuestiones Actuales en Materia de Responsabilidad Civil*, Servicio de publicaciones U. de Murcia, 2011.

MAZEAUD, Henri y León; TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo III, Vol I, Ediciones Europa América, traducción de la 5ª edición, Buenos Aires, 1977.

MAZEAUD, Henry, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América, traducción de la 1ª edición, Buenos Aires, 1959.

MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte 2ª, Volumen II, *La Responsabilidad Civil*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1960.

MESSINEO, Francesco, *Derecho civil y comercial*, t. IV, obligaciones, parte general, ed. Ediciones Europa América, Buenos Aires, 1972.

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, *Análisis crítico del principio indemnizatorio en los seguros de daños*, en Revista Iberoamericana de Seguros, Vol. 20, no. 34, 2011.

ORDOQUI, Gustavo, *Las funciones del derecho de daños en el s. XXI*, en Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Derecho privado, t. IV, vol 2, ed. Temis, 2010.

PANTALEÓN, PRIETO, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, en MORENO MARTINEZ, Juan Antonio (coordinador), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

ROJAS, Sergio, *Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria*, Vniversitas, Editorial Javeriana, Bogotá, julio-diciembre, 2012.

SAMPEDRO, Julio Andrés, *La víctima en el sistema de justicia restaurativa*.

SANTOS BRITZ, Jaime, *Derecho de Daños*, Madrid, Editorial revista de Derecho Privado, 1962.

SEBOK, WILCOX, Aggravated damages, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, Tort and Insurance Law Vol. 25, ed. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, Viena, 2009.

SHAVELL, Steven, *Responsabilidad extracontractual por accidentes en el análisis económico del derecho*, en *La filosofía de la responsabilidad civil* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

SOLARTE, Arturo, *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XII*, ed. Díké, Medellín, 2009.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, ed. Legis, 6ª reimpresión de la 2ª edición (2007), Bogotá, 2011.

TAMAYO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, ed. Legis, Bogotá, 2007.

VINEY, Genevieve, *Tratado de derecho civil; introducción a la responsabilidad*, Universidad Externado de Colombia, traducción a la 1ª ed., 2007.

VISSCHER, Economic analysis of punitive damages, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, Tort and Insurance Law Vol. 25, ed. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, Viena, 2009.

WEINRIB, Ernest, *Responsabilidad extractontractual como justicia correctiva*, en *La filosofía de la responsabilidad civil* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.